

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF

FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação em Direito

Mestrado em Direito

**GOVERNANÇA EM REDES DE INTERATIVIDADE E
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO ÂMBITO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS**

ALINE MOURA DA SILVA BOANOVA

Passo Fundo – RS, março 2019

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF

FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação em Direito

Mestrado em Direito

**GOVERNANÇA EM REDES DE INTERATIVIDADE E
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO ÂMBITO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS**

ALINE MOURA DA SILVA BOANOVA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito da
Universidade de Passo Fundo - UPF, como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Giovani da Silva Corralo

Passo Fundo – RS, março 2019

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo carinho, dedicação e apoio incondicional, por perdoar as minhas ausências e por viver esse sonho junto comigo sem nunca questionar ou duvidar.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Giovani da Silva Corralo, pelo auxílio não só na elaboração deste trabalho, mas desde a Graduação em Direito, por estar sempre disponível e pelo carinho com o qual sempre me atendeu. Minha sincera gratidão e admiração.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UPF e todo seu corpo docente, na pessoa do seu Coordenador Prof. Liton Lanes Liton Lanes Pilau Sobrinho, meu orientador na Graduação, a quem também agradeço, em especial, pelo acompanhamento nesse percurso.

À Faculdade de Direito da UPF, e todos os seus colaboradores, na pessoa de seu Diretor Prof. Me. Edmar Viane Marques Daudt, que também me acompanha desde a Graduação e, em especial, pelo seu convívio.

À UPF, na pessoa do Vice-reitor de Extensão e Assuntos Comunitários, Prof. Dr. Rogério da Silva, também meu professor no Mestrado.

Por fim, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo incentivo financeiro que viabilizou minha dedicação à pesquisa.

DEDICATÓRIA

À Alyssa, com todo meu amor.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo - RS, março 2019

Aline Moura da Silva Boanova

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**(ESTA FOLHA SERÁ SUBSTITUÍDA POR ATA DE APROVAÇÃO ORIGINAL
COM ASSINATURAS)**

SUMÁRIO

RESUMO.....	11
RÉSUMÉ.....	12
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	13
INTRODUÇÃO	15
1 AS TRANSFORMAÇÕES DA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA NOS PERÍODOS PATRIMONIALISTA E BUROCRÁTICO: OS MOTIVOS DA AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	20
1.1 A TRILOGIA WEBERIANA DE DOMINAÇÃO NA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA COMO IDEAL TEÓRICO.....	20
1.1.1 A herança patriarcal das formas estatais pré-modernas: as dominações carismática e tradicional	21
1.1.2 A formação do Estado Moderno Absolutista sob o regime patrimonial-burocrático.....	25
1.1.3 A dominação racional-legal legitimada pelos estatutos: a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito.....	27
1.2 A <i>TERRA BRASILIS</i> E A FORMAÇÃO DA PRIMEIRA ESFERA PÚBLICA: PATRIARCALISMO E PATRIMONIALISMO DISTANTES DA MATRIZ WEBERIANA NO BRASIL LIBERAL-CONSERVADOR.....	31
1.2.1 As esferas pública e privada de dominação tradicional no Colonialismo brasileiro.....	32
1.2.2 O domínio da família sobre o Estado em Sérgio Buarque de Holanda e o domínio do Estado sobre o indivíduo em Raymundo Faoro: a racionalidade precária das concepções.....	34
1.2.3 Da Independência à proclamação da República: a primeira esfera pública do Brasil liberal-conservador	38
1.3 A MUDANÇA ESTRUTURAL DA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA NO NASCIMENTO DO ESTADO INTERVENCIONISTA: A BUROCRACIA ENTRE OS REGIMES AUTORITÁRIO, DITATORIAL E DEMOCRÁTICO.....	42
1.3.1 O <i>New Deal</i> e a intervenção política econômica de Keynes <i>versus</i> o livre-mercado de Hayek: o keynesianismo que modificou a esfera pública liberal para social	43
1.3.2 O Estado interventor: o agigantamento da esfera pública da “Era Vargas” na burocracia autoritária	46
1.3.3 A burocracia pública no pós-Vargas e na ditadura civil-militar (1964-1984): um mecanismo de desenvolvimento econômico distante da matriz weberiana.....	56

1.3.4 Entre a euforia democrática-populista (1984-1988) e a crise fiscal de 1980: o retrocesso burocrático da Constituição de 1988	62
2 ESTADO REGULADOR E GOVERNANÇA EM REDE: UM NOVO PARADIGMA DE INTERATIVIDADE NA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA.....	68
2.1 PASSADO, PRESENTE E FUTURO DO GERENCIALISMO: OS NÍVEIS DE COMPREENSÃO DA REFORMA ENTRE A DELIMITAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA E OS MEIOS DE CONTROLE REGULATÓRIO	69
2.1.1 O impacto do neoliberalismo e da globalização econômica: a dicotomia das reformas entre enfraquecer ou fortalecer o Estado	70
2.1.2 O contexto brasileiro da década de 1990 e a delimitação da esfera pública: o primeiro nível de implantação da reforma gerencial.....	77
2.1.3 O futuro do paradigma gerencial no Brasil: notas introdutórias para o pós- <i>new public management</i>	83
2.2 ESTADO REGULADOR CONTEMPORÂNEO: PACTO DEMOCRÁTICO <i>VERSUS</i> MERCADO E O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO.....	86
2.2.1 O principal <i>trade off</i> do Estado Regulador: superar as <i>government failures</i> principal crítica da teoria econômica dominante.....	87
2.2.2 Entre a liberdade e a proteção de direitos: o limite da regulação estatal sob o pano de fundo da racionalidade das ações humanas individuais.....	94
2.2.3 A constitucionalização do Estado Democrático de Direito brasileiro e a transição do paradigma interventor para o regulador	103
2.2.4 O fundamento da regulação estatal para além da economia: a efetivação dos direitos fundamentais.....	112
2.3 GOVERNANÇA EM REDES INTERATIVAS: O PERCURSO DO ESTADO BRASILEIRO PARA A ATUAÇÃO EM REDES DE COMPROMISSO, COOPERAÇÃO E COORDENAÇÃO NO MEIO DIGITAL.....	125
2.3.1 O Princípio da Eficiência no paradigma gerencial: os caminhos para o pós- <i>new public management</i> no Brasil.....	127
2.3.2 A consolidação da governança pública por meio do Banco Mundial e sua fragmentação no ordenamento brasileiro.....	132
2.3.3 Política de Governança brasileira, Banco Mundial e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico: a atuação dos <i>stakeholders</i> em redes de compromisso, coordenação e cooperação.....	141
2.3.4 Governança em redes de interatividade: um novo paradigma entre Estado e sociedade civil em espaços virtuais e a inclusão digital	148
3 GOVERNANÇA EM REDES INTERATIVAS E REGULAÇÃO: A OBRIGATORIEDADE DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....	154

3.1 REFORMA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA: O FORTALECIMENTO DA GESTÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS POR MEIO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO	155
3.1.1 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico: uma Política Regulatória dinâmica, contínua e consistente.....	155
3.1.2 Agências reguladoras brasileiras: o berço norte-americano e peculiaridade nas dimensões da autonomia reforçada.....	161
3.1.3 A emergência de uma reforma: o inventário regulatório das agências reguladoras e as falhas de rede no processo decisório	171
3.1.4 <i>Whole of government</i> e a administração policêntrica: o poder de coordenação e a autonomia das agências reguladoras	179
3.2 A DECISÃO <i>EVIDENCE-BASED</i> E A GOVERNANÇA EM REDE: DUAS DIMENSÕES DO INTERESSE PÚBLICO EM HARMONIA COM A REGULAÇÃO POR MEIO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO	183
3.2.1 Princípio da melhoria regulatória: o processo decisório <i>evidence-based</i> e o problema da qualidade regulatória.....	183
3.2.2 Fortalecimento da cooperação e a regulação por <i>nudges</i> : a categorização dos <i>insights</i> da racionalidade utilizando a análise de impacto regulatório.....	188
3.2.3 Interesse público, <i>Responsiveness</i> e Direitos Fundamentais: a identificação do problema regulatório.....	191
3.2.4 <i>Compliance</i> na defesa do interesse público: do controle dos <i>policy makers</i> ao controle das redes de interesse particular na análise de impacto regulatório.....	195
3.3 GOVERNANÇA, ESTADO DE DIREITO, LEGITIMIDADE E A TERCEIRA DIMENSÃO DO INTERESSE PÚBLICO: REALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA E CONFIABILIDADE NA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO	203
3.3.1 Os dois sentidos da governança em redes interativas e a legitimidade em dois níveis.....	203
3.3.2 Transparência e da <i>accountability</i> : a instrumentalização dos mecanismos de controle não-hierárquicos na análise de impacto regulatório	208
3.3.3 <i>Reliability</i> como garantia de planejamento, monitoramento, desempenho e avaliação: a integralização dos processos na análise de impacto regulatório <i>ex ante</i> e <i>ex post</i>	214
3.4 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PRINCÍPIOS DE GOVERNANÇA: A ESSENCIALIDADE E A OBRIGATORIEDADE ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS.....	216
3.4.1 A essencialidade da análise de impacto regulatório no processo decisório <i>ex-ante</i> e <i>ex-post</i> das agências reguladoras: a adoção dos princípios da Política de Governança	217
3.4.2 Governança regulatória no processo decisório: obrigatoriedade da análise de impacto às agências reguladoras	221

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	226
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	231

RESUMO

A implantação do paradigma gerencial no contexto brasileiro em meados da década de 1990 transformou as relações entre o Estado, mercado e sociedade civil, que passaram a se dar preponderantemente por meio da regulação. A descentralização da administração pública culminou com a criação das agências reguladoras brasileiras em um regime especial, dotadas de autonomia reforçada. Todavia, o insultamento da especialidade pública no âmbito das agências reguladoras fez com que se questionasse essa prerrogativa frente aos mandamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a presente pesquisa se volta ao problema das falhas regulatórias quanto ao processo decisório *ex-ante* e *ex-post* no âmbito das agências reguladoras, apontadas pela Casa Civil na Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR. Verifica-se, então a possibilidade da utilização da análise de impacto regulatório pautado pelos princípios e diretrizes da Política de Governança brasileira nos processos decisórios das agências regulatórias como um instrumento obrigatório. A partir disso se pondera sobre as transformações sociais, políticas e econômicas que determinaram a esfera pública brasileira nos períodos patrimonialista e burocrático, o objetivo é justificar a autonomia das agências reguladoras, criadas como uma forma de blindagem da interferência político-partidária, garantindo-lhes neutralidade. Ademais se discorre acerca do paradigma gerencial e a formação do Estado Regulador brasileiro tecendo reflexões sobre as finalidades da regulação em conformidade com o Pacto Democrático. Ao mesmo tempo, se traça considerações sobre a eficiência, contextualizando a criação da Política de Governança brasileira. A intenção é criar elementos para a reflexão no âmbito das agências reguladoras. Por fim, se examina o plexo regulatório das agências brasileiras, as orientações reformistas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico e a possibilidade de a análise de impacto regulatório comportar os princípios e diretrizes da Política de Governança nos processos decisório *ex-ante* e *ex-post* das agências brasileiras de forma obrigatória. O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, que tem como base lógica operacional o método hipotético-dedutivo e a abordagem qualitativa e quantitativa. Nesse sentido, a pesquisa parte da análise geral da regulação e da governança no Brasil, seguida pela análise das agências reguladoras quanto ao processo decisório. Concluiu-se que a implantação obrigatória da análise de impacto regulatório padronizada pela governança é uma ferramenta capaz de resolver o insultamento da especialidade pública no processo decisório *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras, sem comprometer a especialidade técnica-setorial e fortalecendo a autonomia das agências reguladoras pela confiabilidade da boa regulação.

Palavras-chave: Agências Reguladoras; Análise de Impacto Regulatório; Estado; Governança; Regulação.

RÉSUMÉ

La mise en œuvre du paradigme managérial dans le contexte brésilien au milieu des années 1990 a transformé les relations entre l'État, le marché et la société civile, qui ont commencé à prévaloir sur la réglementation. La décentralisation de l'administration publique a abouti à la création d'agences de réglementation brésiliennes sous un régime spécial, dotées d'une autonomie accrue. Cependant, l'insulte de la spécialité publique au sein des organismes de réglementation a amené cette prérogative à être mise en cause par rapport aux commandements de l'État de droit démocratique. Dans ce contexte, la présente étude aborde le problème des défaillances réglementaires en ce qui concerne les processus de décision *ex ante* et *ex post* au sein des agences de régulation, souligné par la Maison Civile dans le Note technique n° 4/2017/AESP/SAG/CC-PR. La possibilité d'utiliser l'analyse d'impact de la réglementation basée sur les principes et les lignes directrices de la politique de gouvernance brésilienne dans les processus de prise de décision des agences de régulation en tant qu'instrument obligatoire est vérifiée. Nous en déduisons les transformations sociales, politiques et économiques qui ont déterminé la sphère publique brésilienne au cours des périodes patrimonialiste et bureaucratique. L'objectif est de justifier l'autonomie des agences de régulation, créées comme une forme de protection contre l'ingérence partisane, leur garantissant neutralité. En outre, il est question du paradigme de la gestion et de la formation de l'État de réglementation brésilien, qui réfléchit aux objectifs du règlement conformément au pacte démocratique. Dans le même temps, nous développons des considérations d'efficacité, contextualisant la création de la politique de gouvernance brésilienne. L'intention est de créer des éléments de réflexion au sein des agences de régulation. Enfin, il examine le cadre réglementaire des agences brésiliennes, les orientations réformistes de l'Organisation de coopération et de développement économiques et la possibilité d'analyser l'impact de la réglementation afin d'inclure les principes et lignes directrices de la politique de gouvernance dans les processus décisionnels *ex-ante* et *ex-post*. L'étude proposée fait référence à la recherche fondamentale, dont la logique opérationnelle est la méthode hypothétique-déductive et l'approche qualitative et quantitative. En ce sens, la recherche commence par l'analyse générale de la réglementation et de la gouvernance au Brésil, suivie de l'analyse des agences de régulation en ce qui concerne le processus décisionnel. Il a été conclu que la mise en œuvre obligatoire de l'analyse d'impact réglementaire normalisée par la gouvernance est un outil capable de résoudre l'insulte de l'expertise publique dans le processus décisionnel *ex-ante* et *ex-post* des agences de régulation, sans compromettre l'expertise technico-sectorielle et renforcer l'autonomie des agences de régulation pour la fiabilité d'une bonne réglementation.

Mots clés: Agences de régulation; Analyse d'impact réglementaire; Etat La; Gouvernance; Règlement.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIB	Ação Integralista Brasileira
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANL	Aliança Nacional Libertadora
ANA	Agência Nacional de Águas
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
BIRD	Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
CADE	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CSN	Companhia Siderúrgica Nacional
DASP	Departamento Administrativo do Serviço Público
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
EMBRAER	Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A
E-SIC	Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão
IFC	Corporação Financeira Internacional
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
MIGA	Agência Multilateral de Garantia de Investimentos
MRE	Ministério de Relações Exteriores

Nº	Número
OCDE	Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OGP	<i>Open Government Partnership</i>
ONG	Organização Não Governamental
PRO-REG	Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação
PSD	Partido Social Democrático
SAG	Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais
SGR/TCU	Sistema de Gestão de Riscos do Tribunal de Contas da União
TCU	Tribunal de Contas da União
TIC	Tecnologia de Informação e Comunicação
UDN	União Democrática Nacional
USIMINAS	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A

INTRODUÇÃO

As décadas de 1970 e 1980 simbolizaram um período de escassez de recursos por conta da crise de dimensões econômica, social e administrativa, interligadas pelo modelo keynesiano de Estado, carecendo de significativas transformações estruturais e de gestão em todo mundo. O neoliberalismo ascende apontando a fragilidade do *Welfare State* na garantia o bem-estar social e na promoção da estabilidade econômica, por meio de intervenções macroeconômicas, lançando como proposta a redução do Estado e o protagonismo do mercado como fator de regulação social.

A globalização econômica apresenta uma nova forma de produção tecnológica proveniente das multinacionais, exigindo um diferente modo de intervenção do Estado na economia. Diante desse quadro, se apresentam os movimentos reformistas disseminados pelo mundo e, por consequência, o dilema dos Estados entre o enfraquecimento ou fortalecimento interno.

No Brasil a reação política à crise fiscal iniciada em 1980 deu causa à decisão de implementar a reforma gerencial (1995), que acompanhou as tendências mundiais de ajustes administrativo e político observados nos governos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher. O modelo inspirado no *new public management* delimitou as áreas de atuação do Estado, transferindo para a iniciativa privada (mercado e sociedade) as suas atividades não essenciais.

As privatizações e as *publicizações* exigiram uma forte desregulamentação estatal, marcada pelos excessos, para dar ao paradigma regulatório contornos gerenciais menos intervencionistas. As alterações na gestão e estrutura se operaram como uma reforma de Estado, visando uma atuação eficiente, abandonando o procedimentalismo e a rigidez da burocracia weberiana.

A incorporação de princípios da iniciativa privada fez com que a gestão pública se descentralizasse e se voltasse para os resultados. A nova administração pública, pautada pela governança, visava restaurar as condições de governabilidade do país. Foram incorporados ao aparato estatal mecanismos de controle e participação social buscando consolidar o regime democrático recém-inaugurado na transição iniciada em meados da década de 1980.

Diante desse contexto, a criação das agências reguladoras foi uma medida de governança para dar capacidade ao governo. Seu regime especial prevê uma autonomia reforçada garantir a neutralidade das decisões em relação aos critérios político-partidários.

Nesse sentido, se acreditava que o conhecimento técnico-setorial e a garantia das autonomias iriam conferir a estes entes uma regulação setorial eficiente. Todavia o que se observou foi o insultamento da especialidade pública e a flexibilização de mandamentos constitucionais inerentes ao Estado de Direito, afastando as agências reguladoras da consecução do interesse público. Isso se comprovou quando a Casa Civil efetuou uma análise no processo decisório quanto à regulação *ex-ante* e *ex-post*, resultando na Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR, concluído que existem falhas regulatórias de rede, caracterizando uma balcanização.

Nesse sentido, a problemática que envolve o presente trabalho consiste em encontrar uma alternativa que, preservando as autonomias, incorpore os princípios e diretrizes de governança ao processo decisório das agências brasileiras, considerando ainda, a particularidade técnico-setorial, que deve permanecer intacta.

A hipótese que se apresenta consiste em implementar a análise de impacto regulatório, padronizada pelos princípios e diretrizes da Política de Governança brasileira, aos processos decisórios *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras, o que deverá se dar de forma obrigatória. Com isso se resolverá o problema do insultamento da especialidade pública, fortalecendo as autonomias e mantendo a especialidade técnico-setorial.

O Brasil vive um momento em que a Cooperação Internacional é um elemento muito presente nas implantações das Políticas e no desenvolvimento das reformas. O país é parceiro do Banco Mundial no Programa *Country Partnership Framework* (2018-2023), em decorrência disso a influência dessa agência pode ser notada pelo conteúdo da Política de Governança brasileira, disposta no Decreto 9203/2017. Por esse motivo, se utiliza largamente na pesquisa diversos Relatórios do Banco acerca do conteúdo de governança. Além disso, o Brasil é parceiro-chave da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, apresentando candidatura à país-membro em maio de 2017. A Organização é pioneira em prestar Cooperação Internacional em reformas regulatórias entre seus países-membros, em 2008 coordenou uma revisão do sistema regulatório brasileiro, emitindo recomendações para melhoria regulatória. Dessa forma se emprega na pesquisa sua vasta bibliografia acerca de regulação.

A linha de pesquisa a ser seguida é relações sociais e dimensões do poder. No estudo se investiga possibilidades para a melhoria regulatória quanto ao processo decisório das agências brasileiras. A regulação estatal tem uma tripla instrumentalidade, ela decorre do direito, da economia e da sociedade. Ao estudar a forma com que esses três vetores se

relacionam se está a falar de relações de poder que são mediadas pelo Estado Democrático de Direito, estabelecendo os limites e os objetivos da regulação. O que demonstra a relevância do tema e sua vinculação com a linha de pesquisa.

O objetivo geral é demonstrar que a implementação da análise de impacto regulatório, pautada pelos princípios e diretrizes da Política de Governança e de forma obrigatória, irá resolver o insultamento da especialidade pública nos processos decisórios das agências reguladoras, contribuindo para a melhoria regulatória.

Como objetivos específicos busca-se ponderar sobre as transformações da esfera pública brasileira nos períodos patrimonialista e burocrático com o objetivo de compreender os motivos que levaram à criação das agências reguladoras dotadas de autonomia reforçada. Também se pretende estudar o nascimento do Estado regulador brasileiro com o paradigma gerencial, bem como as finalidades da regulação frente ao Pacto-democrático, delimitando o objeto da regulação. Ainda se quer demonstrar a consolidação do conceito de governança no Brasil, resultando na Política de Governança estabelecida como um processo em redes de interatividade. Por fim a pesquisa irá evidenciar o plexo regulatório das agências brasileiras com foco no processo decisório, discorrendo sobre a análise de impacto regulatório sob os padrões dos princípios e diretrizes de governança aplicados ao processo decisório das agências reguladoras, demonstrando a sua essencialidade e obrigatoriedade.

Para isso o primeiro capítulo explica a trilogia de dominação weberiana na formação do Estado Moderno como uma categoria histórica-conceitual. A sua aplicação ao contexto brasileiro como um ideal teórico busca explicar o engendramento entre as esferas pública e a privada na máquina administrativa, muitas vezes distante da matriz weberiana, assumindo contornos próprios. Primeiramente, sob a dominação tradicional, dividida em patriarcal e patrimonial, compreendendo o período Colonial à República Velha. Posteriormente, na formação da esfera pública brasileira, transformada pelo intervencionismo, sob a dominação racional-legal da administração burocrática entre os regimes autoritário, ditatorial e democrático.

No segundo capítulo se busca explicar o paradigma gerencial como um fenômeno que teve objetivos imediatos de combater a crise fiscal de 1980, mas que lançou suas sementes para o futuro. A reforma gerencial (1995) fez nascer a função reguladora estatal e o compromisso de uma atuação baseada em alocações eficientes. A partir disso se estabeleceu uma nova relação entre Estado, mercado e sociedade que, sob o pano de fundo democrático,

busca uma regulação social e econômica. O desenvolvimento da governança teve seu início marcado pela fragmentação no ordenamento brasileiro, evoluindo para a Política de Governança brasileira disposta pelo Decreto 9203/2017, baseada em uma ação em redes de interatividade atuando em coordenação, cooperação e compromisso para consecução do interesse público.

No terceiro e último capítulo a regulação será analisada sob o ponto de vista das agências reguladoras brasileiras, contextualizando esses entes e sua autonomia reforçada dentro da regulação. Voltando-se para o estado da arte do processo decisório quanto à regulação *ex-ante* e *ex-post* e suas falhas regulatórias. O papel da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico é preponderante no estudo da regulação, fornecendo o teor da análise de impacto regulatório. Diante disso esse instrumento é estudado como um meio obrigatório capaz de implementar os princípios e diretrizes da Política de Governança ao processo decisório *ex-ante* e *ex-post*.

O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, que tem como base lógica operacional o método hipotético-dedutivo e a abordagem qualitativa e quantitativa. Nesse sentido, a pesquisa parte da análise geral da regulação e da governança no Brasil, seguida pela análise das agências reguladoras quanto ao processo decisório.

Quanto ao método de procedimento, este será o monográfico. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e a bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos internacionais e legislações domésticas, principalmente a brasileira, e fontes bibliográficas, como livros de leitura corrente, publicações e periódicos. Ademais, livros de referência ou de consulta, informativa e remissiva, bases de dados.

A metodologia utilizada consistiu primeiramente em verificar as transformações da esfera pública brasileira nos períodos patrimonialista e burocrático como uma forma de entender a autonomia das agências reguladoras brasileiras. Em um segundo momento buscou-se estudar o gerencialismo brasileiro com o intuito de entender a reforma que deu causa à criação das agências reguladoras brasileiras. Após isso, a análise da função do Estado regulador e o objeto da regulação, tem a intenção foi criar um campo de atuação regulatória para as agências, a ser aplicado na análise de impacto regulatório. Posteriormente, o estudo da governança, baseado nos relatórios do Banco Mundial, terá sua utilidade para definição do seu objetivo, que é atingir o interesse público, dos princípios e diretrizes que irão compor a análise de impacto regulatório e da sua perspectiva de desenvolvimento. Depois disso, a

investigação das agências reguladoras será realizada para verificar a extensão da sua atuação e de suas autonomias. Logo após, se pretende dar conteúdo à análise de impacto regulatório, baseando-se nos estudos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Em seguida, ao contextualizar os princípios e diretrizes da Política de Governança à análise de impacto regulatório pretende estabelecer um novo padrão. Por fim, se fará a verificação da presença dos princípios e diretrizes de governança ao processo decisório das agências, pretendendo demonstrar a obrigatoriedade do padrão proposto para a análise de impacto regulatório

1 AS TRANSFORMAÇÕES DA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA NOS PERÍODOS PATRIMONIALISTA E BUROCRÁTICO: OS MOTIVOS DA AUTONOMIA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

A descrição do passado¹ recente de formação do Estado brasileiro sob as perspectivas de desenvolvimento econômico, social e político, cria a possibilidade de entender a emergência do paradigma da intervenção. É essencial a compreensão da tensão entre Estado e sociedade, sob o pano de fundo econômico, como propulsor das transformações da esfera pública.

Sem qualquer pretensão histórica, esse recorte tem o intuito de demonstrar os motivos pelos quais as agências reguladoras foram criadas sob um regime especial, o que lhes atribui uma autonomia reforçada. Assim, se pretende delinear os reflexos do cenário mundial e suas adaptações à realidade brasileira, nas formas patrimonialista e burocrática, demonstrando como a máquina pública se molda a partir dessas influências protagonizadas pelos atores sociais, econômicos e políticos. Sobretudo, evidenciando como o país “foi ‘inventado’ de cima para baixo, autoritariamente,”² conservando o interesse particular na gestão pública, como uma herança do patrimonialismo, submersa na burocracia.

1.1 A TRILOGIA WEBERIANA DE DOMINAÇÃO NA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA COMO IDEAL TEÓRICO

Max Weber é um dos mais importantes ícones da investigação sociológica. Sua teorização acerca do poder e a estruturação dos tipos de dominação em carismática, tradicional e racional-legal não podem ser interpretados como uma “sucessão linear de etapas, cujo ponto de partida é o tipo carismático e cujo ponto de chegada é o modelo legal-

¹ Norbert Elias, ao relatar o processo civilizatório afirma que a sociedade não é um produto acabado, mas sim fruto de uma construção paulatina que para ter as “características que lhe atribuímos [como as] formas de Estado, [...] [é essencial a] existência de uma estrutura particular de relações humanas, de uma estrutura social peculiar, e de correspondentes formas de comportamento.” ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: Uma história dos costumes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., vol. 1, 1994. p. 73.

² FREIRE, Paulo, 1921. **A importância do ato de ler: em três artigos que se completam**. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1989. p. 21.

burocrático.”³ O estudo de Weber não se resume à dimensão temporal, mas sim, deve ser compreendido em ideais teóricos sociológicos que coexistem e continuam presentes submersos no Estado contemporâneo em diferentes graus de intensidade.

A trilogia da dominação weberiana esteve presente nas fases estatais pré-modernas⁴ e acabou por influenciar o processo de formação do Estado Moderno.⁵ Especificamente quanto ao Absolutista, são notórios os traços patriarcais e patrimoniais, provenientes dos modelos que o antecederam. Ao longo do seu desenvolvimento as antigas influências foram, ao mesmo tempo, se modificando e cedendo espaço à burocracia racional, consolidada no Estado de Direito liberal-burguês. Decorre disso a essencialidade da investigação dos modelos patriarcal e patrimonial como pressupostos teóricos do burocrático, sob os prismas carismático, tradicional e racional-legal.

1.1.1 A herança patriarcal das formas estatais pré-modernas: as dominações carismática e tradicional

Weber destaca que a ação social do Estado é o resultado de condutas individuais e também formará um padrão de influência e dominação, impactando nas relações, que se transformarão associativas. O Estado enquanto associação será formado por dois sistemas de autoridade, um baseado na regulamentação da própria ação, chamado de “autoridade administrativa”. Enquanto o outro será o sistema de autoridade que governa outras ações, chamado de “autoridade regulamentadora.”⁶

³ HANKE, Edith. **Max Weber ‘Herrschaftssoziologie. Eine werkgeschichtliche Studie.** Max Webers Herrschaftssoziologie: Studien zu Entstehung und Wirkung .Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 19-46. p. 34.

⁴ “Dentre as formas estatais pré-modernas podemos destacar a Oriental ou Teocrática, a *Pólis* Grega e a *Civitas* Romana. Algumas características foram marcantes na forma estatal medieval, dentre as quais: A - permanente instabilidade política, econômica e social; B - distinção e choque entre poder espiritual e poder temporal; C - fragmentação do poder, mediante a infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, corporações, etc.; D - sistema jurídico consuetudinário embasado em regalias nobiliárquicas; E - relações de dependência pessoal, hierarquia de privilégios”. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** 8ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21-22.

⁵ Podemos nos valer da categorização dos tipos de Estado. Jellinek que com sua obra *Teoria General del Estado*, é uma das figuras mais expressivas no assunto, dividindo as fases em: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno. JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado.** Maipú, 1970. p. 311-312.

⁶ WEBER, Max. **Conceitos básicos de Sociologia,** 2002. p. 93.

Weber acentua que a legitimidade da autoridade encontra a validade na tradição, por ser considerada digna de imitação, na crença racional de seu valor absoluto, ou, por ter sido instituída de modo positivo.⁷ A autoridade legítima estará revestida de poder e exercerá diferentes tipos de dominação. Na concepção clássica weberiana o “poder significa toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade.”⁸ A dominação para o autor é caso especial e recairá “no sentido muito geral de poder, isto é, possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria.”⁹ Aqui a dominação se apresenta em um sentido de obediência, se revestindo em três formas legítimas,¹⁰ ou seja, ela pode ter caráter carismático, tradicional ou racional-legal.¹¹

A dominação carismática é a forma mais explícita de coexistência entre os tipos retratados por Weber, podendo estar presente nas configurações patriarcal, patrimonial e burocrática, pois está ligada à figura heroica, um ser portador de “dons físicos e espirituais específicos, considerados sobrenaturais.”¹² Os tipos mais puros carismáticos são “[...] a autoridade do profeta, do herói guerreiro e do grande demagogo.”¹³ Sua justificativa se dá em virtude de “[...] devoção afetiva à pessoa do senhor e a seus dotes sobrenaturais e, particularmente: a faculdades mágicas, revelações ou heroísmo, poder intelectual ou de oratória.”¹⁴ Está baseada na “[...] veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas.”¹⁵

Em termos de estrutura, o carisma “[...] não conhece nenhuma forma e nenhum procedimento ordenado [...] o portador do carisma assume as tarefas que considera adequadas

⁷ WEBER, Max. **Conceitos básicos de Sociologia**, 2002. p. 63.

⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, V 1. p. 33.

⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**, 1999, V 2. p. 188.

¹⁰ “[...] não há, na realidade, tipos puros: ao lado, ou dentro, de uma dominação carismática, convivem formas, traços ou aspectos da dominação tradicional, assim como na dominação racional-burocrática pode existir, com predomínio em muitos aspectos, a dominação tradicional. Ou, em outras palavras: um tipo pode desfigurar-se com a presença, real e não de fachada, de outro tipo.” FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista USP, n. 17, p. 14-29, 1993. p. 16.

¹¹ A dominação racional-legal será abordada no item 1.1.3 “A dominação racional-legal legitimada pelos estatutos: a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito”

¹² WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 324.

¹³ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**, 2008, p. 9.

¹⁴ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**, 2008, p. 134.

¹⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 1, 1999. p. 141.

e exige obediência e adesão em virtude de sua missão.”¹⁶ Weber considera que o carisma tem um papel revolucionário, opondo-se à tradição, aos costumes e à vida cotidiana.¹⁷ Desse modo, a dominação carismática “pura” é “[...] instável num sentido muito específico, e todas as suas alterações têm, em última instância, uma única fonte.”¹⁸ A instabilidade da relação de poder entre o chefe e o discípulo ocorre na medida em que a legitimidade se baseia no êxito pessoal, ou na crença desse, pois “quando ele [chefe] é ‘abandonado’ pelo seu Deus, ou despojado da sua da força heroica e da fé das massas na sua qualidade de chefia, desvanece-se o seu poder.”¹⁹

A dominação tradicional é o segundo tipo weberiano e se baseia na “crença cotidiana, na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade.”²⁰ A dialética entre a tradição e a vontade do senhor divide o poder “[...] numa região estritamente cimentada pela tradição e noutra da livre graça e arbítrio, em que ele governa segundo o agrado, a afeição, a aversão, e sobretudo também mediante favores pessoais a pontos de vista influentes.”²¹ A coexistência das “esferas fortemente ligadas pela tradição e das esferas livres da acção [sic!] é comum a todas as formas tradicionais de poder.”²² O caráter tradicional se divide em dois tipos ideais, o patriarcalismo e o patrimonialismo²³.

A dominação patriarcal é um tipo muito presente nas monarquias e um dos principais modelos pré-burocráticos. Weber expõe que o patriarcalismo encontra lastro na crença da inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre, ou seja “[...] em virtude da crença na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais de há muito existentes.”²⁴ A submissão é “[...] pessoal ao senhor que garante a legitimidade das regras por este estatuídas [...] sagradas pela tradição.”²⁵ A sua essência reside em relações pessoais que se baseiam “na autoridade

¹⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 323.

¹⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 329.

¹⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 332.

¹⁹ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**, 2008, p. 9.

²⁰ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 1, 1999. p. 141.

²¹ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**, 2008, p. 7.

²² WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**, 2008, p. 7.

²³ O patrimonialismo será abordado no item 1.1.2 “A formação do Estado Moderno Absolutista sob o regime patrimonial-burocrático”

²⁴ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008, p. 131.

²⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 234.

do chefe da comunidade doméstica, [...] a posição autoritária pessoal [...] está a serviço de finalidades objetivas, a continuidade de sua existência, o ‘caráter cotidiano.’”²⁶

Os elementos que constituem o patriarcalismo, como o poder paterno e a piedade filial, não se baseiam em “[...] vínculos de sangue reais, por mais que sua existência seja seu pressuposto normal [...] a primitiva concepção patriarcal trata [...] o poder doméstico sob o aspecto de propriedade [...]”²⁷ Uma característica importante dessa organização é justamente que ela “[...] serve-se das massas, que por toda parte são seus partidários indicados. Não o herói, mas o príncipe ‘bondoso’, é por toda parte o ideal glorificado na lenda das massas.”²⁸

A estrutura patriarcal começou a sofrer transformações quando o poder doméstico passou a figurar de forma descentralizada, “mediante a cessão de terras e eventualmente de utensílios a filhos ou outros dependentes da comunidade doméstica [...]”²⁹ Esse é o germe da dominação patrimonial pura (não estamental).³⁰ De certa forma o patriarcalismo permaneceu presente no patrimonialismo, dando origem ao “patrimonialismo patriarcal [que] é a dominação das massas por um indivíduo,”³¹ legitimando-se “[...] diante de si mesmo e dos súditos como protetor do ‘bem-estar’ destes últimos.”³²

Do engendramento das duas formas nasce uma concepção de Estado paternal, equiparando-se à relação do pai para com os filhos que ainda não atingiram a idade da razão. Esse é o “Estado providente”, a lenda do patrimonialismo, “[...] que não brota da livre camaradagem baseada no juramento de fidelidade, mas sim de uma relação autoritária entre pai e filhos: o ‘pai do povo.’”³³ Esse aspecto influenciou fortemente a relação entre Estado e sociedade na passagem para a forma patrimonial-burocrática.

²⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 234.

²⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 234.

²⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 321.

²⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 238.

³⁰ O patrimonialismo não estamental, vinculado somente à propriedade, descrito por Weber como “puro” era um “[...] complexo de dominação específico, rigorosamente vinculado à tradição: a dominação territorial, a qual interliga o senhor e o camponês dependente por vínculos firmes, não solúveis.” WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 239.

³¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 321.

³² WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 321

³³ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 321.

1.1.2 A formação do Estado Moderno Absolutista sob o regime patrimonial-burocrático

O Estado Moderno³⁴ europeu do século XV³⁵ reunia “as concepções latina e feudal de autoridade – *imperium e senhoriagem* – permitindo-se personificar o Estado na figura do rei, ficando na história a frase de Luiz XIV, o Rei Sol: *L'État c'est moi* – O Estado sou eu.”³⁶ A monarquia absolutista inaugura a fase estatal moderna trazendo consigo as heranças da dominação tradicional. Apesar disso, dois dos seus traços mais marcantes foram o enfraquecimento do patriarcalismo e a ascensão da burocracia racional sobre a organização patrimonial, que se deu em uma transição chamada de Estado patrimonial-burocrático.

Na transição do patriarcalismo para o patrimonialismo estamental ocorre a sobreposição de uma dominação (patriarcal) composta de poder doméstico, corporal e senhorial, por outra (patrimonial) constituída pelo poder político (militar e judicial).³⁷ O universo desses aspectos de dominação se reduz a dois tipos de poder: o patrimonial tradicional e o político extrapatrimonial.³⁸

O Estado Patrimonial tem como características, além da dominação estatal-patrimonial, a tradição, o privilégio, o direito consuetudinário e a presença de um quadro administrativo, e sobretudo, a confusão entre público e privado. As codificações e leis do senhor “[...] respiram o espírito do chamado ‘Estado de benefícios’: uma combinação de princípios ético-sociais e de princípios utilitarístico-sociais domina e imbui toda robustez formal do direito.”³⁹ No patrimonialismo o monarca era o único “[...] senhor da riqueza territorial, dono do comércio — o reino tem um *dominus*, um titular da riqueza eminente e perpétua, capaz de gerir as maiores propriedades do país, dirigir o comércio, conduzir a

³⁴ Na formação do Estado Moderno “la monarquía absoluta es la primera que ha realizado en Occidente, después de la época romana, la idea de la unidad del Estado” JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Maipú, 1970. p. 312.

³⁵ “La institucionalización del Estado constituye la culminación de un proceso que se inicia en las principales ciudades italianas (Florencia, Génova, etc) durante el siglo XV. Allí aparece la expresión lo stato para designar en general a toda organización jurídico-política y su forma de gobierno, ya fuera que esta última tuviera carácter monárquico o republicano” CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Tomo I. 8ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 39.

³⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 37.

³⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 302

³⁸ “O primeiro, inerente ao próprio modelo, decorre da dominação pelo patrimônio. Já o segundo, é fruto de um tipo constituído apenas por indivíduos politicamente dominados (súdito político), uma vez que, sua relação de dependência com o senhor está ligada ao prestígio de sua posição e à eficiência do aparato estatal, inexistindo o fator patrimônio na sua composição” WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 241.

³⁹ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**, 2008, p. 7.

economia como se fosse empresa sua.⁴⁰ Weber relata que a administração patrimonial⁴¹ cuidava de necessidades privadas e pessoais, era voltada para a gestão patrimonial do senhor.

A aproximação da organização burocrática no âmbito do patrimonialismo se deu pela expansão das funções patrimoniais⁴² e pela ascensão da economia monetária de prestações na obrigação⁴³ de abastecimento material do monarca.⁴⁴ O primeiro fator exigiu uma “[...] progressiva divisão e racionalização [...] [assumindo] alguns traços burocráticos.”⁴⁵ Já o segundo aspecto incide de forma que a “[...] racionalização das finanças [...] passa a adotar a rotina de uma administração burocrática, com um sistema regulamentado de contribuições em dinheiro.”⁴⁶

A incorporação de fundamentos racionais na administração patrimonial justifica o Estado moderno patrimonial-burocrático. Entretanto, a “burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo.”⁴⁷ Todavia, a incorporação da racionalização na organização patrimonial não foi o fator decisivo para a ascensão da burocracia racional no âmbito do Estado Moderno. Esse fenômeno se deu principalmente pela queda do Feudalismo e pelo processo de surgimento do capitalismo na “época das revoluções burguesas” que culminaram na ascensão do Estado de Direito.

⁴⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**, 1996. p. 36.

⁴¹ Na estrutura administrativa patrimonial os ocupantes dos cargos eram funcionários escolhidos entre as relações pessoais do senhor, baseadas na obediência e na proximidade, não havendo exigência de especialidade técnica para a função. A investidura ao cargo diferenciava o súdito, que passava a gozar de certa parcela de poder perante seus pares, pois a função se vinculava a um direito pessoal. O poder se dividia entre a “[...] tradição compromissiva e sagrada ou por direitos fixos de determinados indivíduos, e o livre-arbítrio pessoal do senhor.” Todavia, esse poder era limitado pela dependência pessoal de submissão ao senhor. Que, inicialmente, combatia os monopólios estamentais de cargos e estereotipagem das funções oficiais com competências fluídas e decisões de cunho pessoal na tentativa de manutenção de um poder central. Por outro lado, essa prática fazia com que a atuação dos funcionários fosse determinada no interesse econômico de cada um”. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 254-255.

⁴² “Quando a administração de grandes formações políticas está patrimonialmente organizada, toda tentativa de determinar ‘competências’ acaba [...] afogada numa maré de títulos oficiais com sentido que varia quase totalmente por livre-arbítrio.” WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 254.

⁴³ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 249.

⁴⁴ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 241.

⁴⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 253.

⁴⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 2, 1999. p. 255.

⁴⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**. 1996. p. 101.

1.1.3 A dominação racional-legal legitimada pelos estatutos: a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito

O cenário europeu do século XV era “[...] um universo feudal desmoronando [...] sob o peso das manufaturas e das monarquias.”⁴⁸ Por um lado os senhores feudais já não toleravam as exigências de monarcas “[...] aventureiros e de circunstância, que impunham uma tributação indiscriminada e mantinham um estado de guerra constante, que só causavam prejuízo à vida econômica e social.”⁴⁹ Por outro lado, “la presión internacional conduce a una racionalización de la organización del gobierno, motivada por la incapacidad del rey feudal para satisfacer con viejos instrumentos las nuevas exigencias diplomáticas, militares y financieras,”⁵⁰ impulsionando o fortalecimento da burocracia.

Outro fator decisivo para rejeição do patrimonialismo, que também corroborou para o término do sistema Feudal, foi o surgimento do Capitalismo, pois a “racionalidade material [imposta pelo patrimonialismo], regida por valores, exige a presença de um poder ou de uma instância superior, que reja, regulamente e ordene a sociedade e a economia.”⁵¹ Com o fim das invasões bárbaras e a expansão europeia da “era dos descobrimentos” a importação das riquezas do novo continente para o europeu fomentou o mercantilismo o que favoreceu a transição.

Com desenvolvimento da economia de mercado o “[...] capitalismo [brota] quebrando com violência a casca exterior do Feudalismo, que [...] não encontrará, no patrimonialismo, as condições propícias de desenvolvimento.”⁵² O novíssimo modelo de produção capitalista, ainda em fase embrionária “demandava um conjunto de normas impessoais/gerais que desse segurança e garantias aos súditos [burguesia em ascensão], para que estes pudessem comercializar e produzir riquezas [e delas desfrutar] com segurança e com regras determinadas.”⁵³ Para tal foi necessária uma “organização burocrática [que] vem a ser o elemento fundamental [na] realidade material do Estado: o monopólio do sistema monetário,

⁴⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**, 1996. p. 33.

⁴⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**, 2012. p. 29.

⁵⁰ MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid, Trotta, 1998. p. 30.

⁵¹ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 16.

⁵² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**, 1996. p. 38.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 36.

o monopólio do sistema fiscal, o monopólio da realização da justiça [...].”⁵⁴ A “racionalidade formal [...] coincide com o capitalismo, no qual se levam em conta, no seu funcionamento, a calculabilidade e a previsibilidade das ações sociais.”⁵⁵

Se observa que o encadeamento das “circunstâncias históricas, que parte do patrimonialismo e alcança o estamento, fecha-se sobre si mesmo, com a tutela do comércio de trânsito, fonte do tesouro régio, do patrimônio do rei,”⁵⁶ modificando assim a legitimação do monarca baseado no patrimônio e estabelecendo a separação entre público e privado, pois “o reino não é mais o domínio do rei: o soberano é o domínio da nação.”⁵⁷

A monarquia absolutista se vê diante da crescente exigência de racionalidade formal para conduzir assuntos administrativos, financeiros e militares,⁵⁸ logo o Estado Absolutista “calca-se, como bem assinala Max Weber, na burocracia e no exército. Isso significa dizer que o modelo de dominação carismática soçobra diante do modelo de dominação legal-racional,”⁵⁹ baseada na “[...] legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação [legal].”⁶⁰

O Estado Absolutista incorpora o modelo burocrático em dois aspectos considerados nucleares e essenciais à sua conservação, ou seja, no exército e na organização. A importância do primeiro aspecto se dá pelo fato de que o “poder do exército será fundamental para a manutenção do cerne da estrutura do Estado Moderno: a soberania territorial.”⁶¹ Ao passo que a organização burocrática⁶² proporciona que “los problemas militares, financieros y administrativos comienzan a resolverse con una misma mentalidad racionalista, que busca los medios técnicos para alcanzar sus fines.”⁶³ O Absolutismo encontra na organização

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 37.

⁵⁵ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 16.

⁵⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**, 1996. p. 76.

⁵⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**, 1996. p. 61.

⁵⁸ WEBER, Max. **O que é Burocracia**, 2010. p. 56.

⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 38.

⁶⁰ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. V 1, 1999. p. 141.

⁶¹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 38.

⁶² “O cargo patrimonial carece da distinção entre a esfera privada e a oficial, mero delegado do poder público, sem que disponha de especialização profissional, como o funcionário burocrático. Os funcionários patrimoniais consideram o cargo como um direito pessoal do funcionário e não, como acontece no Estado burocrático, uma consequência [sic!] de interesses objetivos”. FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 19.

⁶³ MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**, 1998. p. 30.

burocrática um meio de legitimar sua atuação e de justificar na racionalidade legal o seu desempenho.⁶⁴

Todavia, na virada do século XVIII a burguesia buscava o poder político, cedido à aristocracia em nome do econômico.⁶⁵ O fim do século foi marcado pela crise da “Velha Ordem” em toda a Europa,⁶⁶ como um processo decorrente da Secularização e do Renascimento, trazendo à tona o ideal de Estado misto, que, além da tradição, se fundamenta no consenso racional dos cidadãos.⁶⁷ Naturalmente, a Revolução democrática “[...] se liga de maneira a algumas corrientes contractualistas, por un lado, y por otro, a la revolución liberal”.⁶⁸

Então em 1789, como um divisor de águas, ocorre a Revolução Francesa, lutando por ideais de consagração e reconhecimento dos direitos à liberdade, igualdade e fraternidade como naturais do homem. O movimento revolucionário conquista a renúncia dos nobres aos seus privilégios aprovando a Declaração dos Direitos do Homem,⁶⁹ marcando o início de um novo período político. Com isso a “França forneceu o vocábulo e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo.”⁷⁰ Na queda do Absolutismo, para formação do Estado de Direito, ocorre o abandono das tradições da monarquia e o fundamento passa a ser o consenso racional. Com isso o Estado deixa de ser patrimonial-burocrático para se tornar administrativamente burocrático. Nesse cenário a burocracia racional encontra condições para desenvolvimento, evoluindo para os padrões burocráticos modernos.

A organização burocrática foi observada nas “formas de Estado muito diversas, desde o patrimonial e feudal ao burocrático primitivo, e é particularmente próprio do absolutismo principesco primitivo.”⁷¹ A sua adesão se propagou entre “os Estados europeus modernos e,

⁶⁴ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 16.

⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 41.

⁶⁶ HOBBSAWM, Eric J. **A revolução francesa**. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 10.

⁶⁷ MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**, 1998. p. 35.

⁶⁸ MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**, 1998. p. 25.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 49.

⁷⁰ HOBBSAWM, Eric J. **A revolução francesa**, 1996. p. 9.

⁷¹ WEBER, Max. **O que é Burocracia**, 2010. p 74.

cada vez mais todas as corporações públicas desde o período das monarquias absolutas”⁷² utilizaram a burocracia para legitimar sua atuação. Weber enfatiza a dependência do Estado Moderno à burocratização administrativa, pois de um “[...] ponto de vista técnico, é óbvio que o grande Estado moderno depende totalmente de uma estrutura burocrática. Quanto mais for o Estado, e quanto mais for ou gerar uma grande potência, mais necessariamente estará nesse caso.”⁷³

Weber ressalta que “o homem político [...] age de uma forma objetiva, sem preocupação da pessoa, *sine ira et studio*, sem ódio e portanto sem amor,”⁷⁴ No paradigma burocrático “[...] todo o curso das funções políticas internas do Estado, da justiça e administração, é regulado pelo [...] pragmatismo das razões de Estado.”⁷⁵ O poder experimentado na burocracia racional é decorrente dos estatutos, uma vez que “não se obedece à pessoa, em virtude do seu direito próprio, mas da regra estatutária que determina a quem e enquanto se lhe deve obedecer. Quem ordena obedece também, ao promulgar uma ordem, a uma regra: à lei ou ao “regulamento”, a uma norma formalmente *abstracta*.”⁷⁶

Para Weber, “o fim absoluto do Estado é salvaguardar [ou modificar] a distribuição externa e interna de poder [...]”⁷⁷ na burocracia racional “o poder costuma antes assentar internamente em razões jurídicas, razões da ‘sua legitimidade.’”⁷⁸ Isso se adequa plenamente com a concepção de Estado de Direito, que representa o primeiro regime jurídico-político da sociedade, guardião das liberdades individuais, sob a ideológica liberal “com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna liberdade contra o despotismo na área continental europeia”.⁷⁹

Contudo, os três tipos de dominação weberiana têm uma dimensão temporal, porém são concepções típicas-ideais que se ligam ao corpo social eliminando qualquer tipo de pureza, demonstrando uma continuidade submersa nos modelos estatais. Essas afirmações encontram fundamento no cenário brasileiro compreendido entre o processo de colonização

⁷² WEBER, Max. **O que é Burocracia**, 2010. p 21.

⁷³ WEBER, Max. **O que é Burocracia**, 2010. p 32.

⁷⁴ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Organização e Introdução H.H. Gerth e C. Wright Mills. Tradução Fernando Henrique Cardoso. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. p. 382.

⁷⁵ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 1979. p. 382-383.

⁷⁶ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**, 2008, p. 2.

⁷⁷ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 1979. p. 383.

⁷⁸ WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**, 2008, p. 2.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 1980. p. 41.

lusitano até a contemporaneidade, onde a dominação carismática, tradicional e racional-legal são suportes teóricos para compreensão da estrutura administrativa-estatal.

1.2 A *TERRA BRASILIS* E A FORMAÇÃO DA PRIMEIRA ESFERA PÚBLICA: PATRIARCALISMO E PATRIMONIALISMO DISTANTES DA MATRIZ WEBERIANA NO BRASIL LIBERAL-CONSERVADOR

O resgate histórico do período Colonial (1500–1815) propõe uma verificação da formação estatal-administrativa brasileira integrada aos tipos ideais de dominação da matriz weberiana, partindo das perspectivas social, econômica e política. Investigando assim, o grau de apropriação privada dos meios de gestão da máquina pública, bem como a ingerência pública sobre a economia e a sociedade na constituição do Estado Nacional. A delimitação público-privada não se refere a uma descrição polarizada das esferas, mas sim a forma dialética de interação desses elementos com o trinômio Estado, sociedade e economia inseridos na administração pública.

Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro, protagonizam duas construções clássicas do patrimonialismo largamente utilizadas como instrumento comparativo da sobreposição, por vezes recíproca, entre os domínios privado e público, seja em relação ao Estado-família (Holanda) ou ao Estado-indivíduo (Faoro). Todavia, ambas demonstram a precariedade da racionalidade na formação do Estado Nacional.

O embate entre a “raiz conservadora - herança do burocratismo-patrimonial do Brasil-Colônia e [...] valores de matriz liberal - propagados durante o Império e nos primórdios da República,”⁸⁰ marcam a formação da primeira esfera pública brasileira. Da mesma forma que houve uma incorporação local à formação patrimonialista, o liberalismo que se formou no Brasil diferiu do europeu.⁸¹ A principal faceta de sua origem reside no fato de ter sido “canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terras e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial,”⁸² utilizando-se amplamente da máquina estatal para manutenção dos privilégios oligárquicos.

⁸⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 71.

⁸¹ O liberalismo europeu é caracterizado como “ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza” WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 75.

⁸² WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 75.

Todos esses fatores tornaram a esfera pública a forma política e jurídica de legitimação do poder oligárquico, antes detentor somente do poder econômico. A precariedade da organização racional-legal, baseada em uma burocracia principesca, reflete no campo político mantendo o patrimonialismo submerso no uso da máquina pública para interesse próprio. Já no campo social repercute na dependência da sociedade ao poder estatal, sem qualquer possibilidade de autonomia para ver satisfeitos os interesses coletivos.

1.2.1 As esferas pública e privada de dominação tradicional no Colonialismo brasileiro

A herança⁸³ da colonização ibérica-lusitana (1500-1815), representada pelo patriarcalismo e pelo patrimonialismo, com nuances burocráticas principescas, originou um corpo administrativo resultante do “[...] embate daquele racionalismo burocrático, que queria executar na terra nova um projeto oficial, com esse espontaneísmo que ia se formando ao deus-dará, debaixo do poderio e das limitações da ecologia tropical e do despotismo do mercado mundial.”⁸⁴

No contexto colonial o entendimento da dominação tradicional weberiana se adapta à realidade brasileira, incorporando variáveis como o prolongamento do poder doméstico sobre o político, a concepção de centralização e descentralização, a vinculação da gestão à tradição e arbítrio do senhor no mandonismo.⁸⁵

⁸³ Jessé de Souza discorda da influência ibérica-lusitana do patrimonialismo como fator preponderante da colonização dizendo que “no Brasil, desde o ano zero, a instituição que englobava todas as outras era a escravidão, que não existia em Portugal, a não ser de modo muito tópico e passageiro. Nossa forma de família, de economia, de política e de justiça foi toda baseada na escravidão. Mas nossa autointerpretação dominante nos vê como continuidade perfeita de uma sociedade que jamais conheceu a escravidão a não ser de modo muito datado e localizado”. SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p 32.

⁸⁴ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 246.

⁸⁵ “O mandonismo não é um sistema, é uma característica da política tradicional. Existe desde o início da colonização e sobrevive ainda hoje em regiões isoladas. A tendência é que desapareça completamente à medida que os direitos civis e políticos alcancem todos os cidadãos. A história do mandonismo confunde-se com a história da formação da cidadania”. MURILO DE CARVALHO, José. **Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual**. Scielo: Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000200003. Acesso em 18 de set. 2018. [s.p].

Gilberto Freyre caracteriza a sociedade colonial como agrária, escravocrata e híbrida.⁸⁶ Na interação de interesses entre escravo e senhor sempre prevalece a “racionalidade [burocrática principesca] do projeto intencional da Coroa, tolhido, é certo, pelo voluntarismo anárquico do plantador, do minerador, do contrabandista.”⁸⁷

O Brasil colonial era “[...] antes de tudo, um ‘negócio’ do Rei, e todos os assuntos que se referem à administração pública são vistos dêste [sic!] ângulo, [...] problemas políticos e administrativos que suscita a colônia americana são sempre abordados de um ponto de vista estritamente financeiro.”⁸⁸

A administração era pautada pela fusão das “esferas de poder estatal e privado [que] se imbricam, aqui, sobrepondo-se ocasionalmente uma à outra, mas atendendo sempre aos condicionamentos objetivos da escravidão e do monopólio da terra como princípios ordenadores da economia colonial.”⁸⁹ A incidência do domínio privado⁹⁰ ocorreu com maior intensidade no regime das capitanias hereditárias (1532)⁹¹ e, posteriormente enfraquecido no Governo-geral (1549),⁹² após o fracasso da administração privada, mas sempre esteve presente na relação entre Estado, sociedade e economia.

Todos os fatores descritos acerca do período colonial contribuíram para a produção do patrimonialismo brasileiro, um fenômeno único, dissonante da matriz monárquica-ibérica, não por sua gênese, mas por seu conteúdo ditado pela escravidão.⁹³ A confusão entre as

⁸⁶ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003. p. 92.

⁸⁷ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil**, 1995, p. 256

⁸⁸ PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**, 1979, p. 362.

⁸⁹ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil**, 1995, p. 256.

⁹⁰ “O donatário era um grão-senhor investido de poderes feudais pelo rei para governar sua gleba de trinta léguas de cara. Com o poder político de fundar vilas, conceder sesmarias, licenciar artesãos e comerciantes, e o poder econômico de explorar diretamente ou através de intermediários suas terras e até com o direito de impor a pena capital.” RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil**, 1995, p. 87.

⁹¹ Em 1532, como uma exceção ao monopólio da Coroa Portuguesa, surgem as “donatarias, distribuídas a grandes senhores, agregados ao trono e com fortunas próprias para colonizá-las, constituíram verdadeiras províncias. Eram imensos quinhões com dezenas de léguas encrestadas sobre o mar e penetrando terra adentro até onde topassem com a linha das Tordesilhas”. RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil**, 1995, p. 86.

⁹² A falência do projeto calcado em administração privada das capitanias hereditária fez emergir em 1549 o que se chamou de governo geral, inicialmente com sede na Bahia, a “[...] Coroa portuguesa assumiu diretamente o seu controle e preocupou-se em instituir uma administração central para se ocupar das questões de defesa contra os ataques dos invasores e dos índios mais belicosos,” o que mais tarde, sediado no Rio de Janeiro, seria conhecido como vice-reino. COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, RJ, v. 42, n. 5, p. 829-874, 2008, p. 833.

⁹³ Na pureza da teoria weberiana “[...] as relações patrimoniais desintegram o patriarcalismo puro. A organização estatal-patrimonial, embora reproduza na ordem política, a forma de poder doméstico,

esferas pública e privada era uma particularidade muito presente no período colonial. A força do poder doméstico do clã familiar e a extensão do poder político do Estado ensejam teorias acerca da sobreposição do domínio de um sobre o outro. É nesse sentido que a exposição tem sequência descrevendo as concepções de Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro acerca da construção do patrimonialismo brasileiro distante da matriz weberiana.

1.2.2 O domínio da família sobre o Estado em Sérgio Buarque de Holanda e o domínio do Estado sobre o indivíduo em Raymundo Faoro: a racionalidade precária das concepções

Sérgio Buarque de Holanda compreende o patrimonialismo como uma construção social do sistema escravista,⁹⁴ moldado a partir de padrões patriarcais e personalíssimos,⁹⁵ isentos de racionalidade, guiados pelo interesse econômico de manutenção da escravidão⁹⁶ e conservação da propriedade.⁹⁷

O clã patriarcal era uma “[...] unidade em que se agrupa a população de boa parte do país, e que, na base do grande domínio rural, reúne o conjunto de indivíduos que participam das atividades deles [sic!] ou se lhe agregam [...]”⁹⁸ A família brasileira,⁹⁹ núcleo desse clã,

particulariza-se com a presença do quadro administrativo.” FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 18. Não há, para Weber a coexistência do funcionário patrimonial e do patriarcalismo, tão pouco a presença do personalismo, esses elementos se somaram ao patrimonialismo no processo de colonização brasileiro.

⁹⁴ Segundo Caio Prado Júnior, resgatando sua influência marxista, o traço mais marcante da sociedade brasileira no início do século XIX é a escravidão, pois representou o renascimento de uma instituição que parecia abolida no Ocidente, mas que ressurgiu no continente americano após a “era dos descobrimentos”. Esse fato “se filia a um conjunto de conseqüências [sic!] que farão do instituto servil, aqui na América, um processo original e próprio, com repercussões que somente vistas de tal ângulo se poderão avaliar.” PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**, p. 267.

⁹⁵ “Não se compreende, no entanto, o uso do conceito de “patrimonialismo” entre nós se não o cotejamos com seu “irmão gêmeo”, a noção de “personalismo”. Ainda que o “pai” da idéia [sic!] de “personalismo” tenha sido Gilberto Freyre, quem a sistematizou e a ligou umbilicalmente à noção de patrimonialismo foi o “filho rebelde” de Freyre: Sérgio Buarque de Holanda” SOUZA, Jessé. **Max Weber, Corrupção e Patrimonialismo**. In: WEBER, Max. *A Psicofísica do Trabalho Industrial*. Tradução Daniel Fanta. São Paulo: Alphagraphics, p 135-139, 2009. p. 135.

⁹⁶ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil**, 1995, p. 49-50.

⁹⁷ “No Brasil [...] as grandes plantações foram obra não do estado colonizador, sempre sumítico em Portugal, mas de corajosa iniciativa particular [...] que, concorrendo às sesmarias, dispôs-se a vir povoar e defender militarmente, como era exigência real, as muitas léguas de terra em bruto que o trabalho negro fecundaria” FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003. p 106.

⁹⁸ PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**, 1979. p. 284.

⁹⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**, 2003. p 107-108.

reuniu “sobre a base econômica da riqueza agrícola e do trabalho escravo, uma variedade de funções sociais e econômicas. Inclusive [...] a do mando político: o oligarquismo e o nepotismo.”¹⁰⁰ Além disso, Holanda destaca o personalismo como outra variável que constitui o patrimonialismo.

Para determinar a relação entre o personalismo e o patrimonialismo, descreve o “homem cordial” brasileiro como um contraponto ao “pioneiro” protestante norte-americano,¹⁰¹ “[...] movido por interesses racionais que permitiriam a construção de instituições modernas como mercado capitalista competitivo e Estado racional centralizado, o ‘homem cordial’ seria dominado por emoções que não controla.”¹⁰² Um dos produtos desse “[...] descontrole emotivo seria uma visão quase exclusiva do interesse próprio, na verdade uma forma de interesse próprio mal compreendido, já que não se conseguiria perceber interesses coletivos de qualquer espécie.”¹⁰³

Holanda demonstra a “[...] ligação entre a noção de personalismo, enquanto atributo das relações intersubjetivas entre nós, e a noção de patrimonialismo, compreendida como uma espécie de ‘materialização institucional’ do personalismo.”¹⁰⁴ Dessa maneira, enquanto o

personalismo é representado pela prática social do homem cordial na esfera privada e pública, o patrimonialismo [o] representaria como membro de um suposto ‘estamento’ estatal. Como ele usaria o poder estatal em suas mãos se não vê nada além do próprio interesse?¹⁰⁵

Com isso, Holanda aponta para a apropriação do domínio público pelo privado. O excesso de personalismo na atuação pública, precário quanto à racionalidade, baseado no

¹⁰⁰ A organização familiar foi protagonista da colonização, “sobre ela o rei de Portugal quase reina sem governar” Gilberto Freyre acentua que a família, como “fator colonizador,” retirou do Estado esse encargo estabelecendo contornos de uma aristocracia senhorial, contribuindo para o aparecimento das raízes conservadoras do Brasil. FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**, 2003. p 113.

¹⁰¹ “O pioneiro americano é a figura histórica, sabemos todos, que mais se parece com o tipo ideal weberiano do protestante ascético, enquanto o “suporte social” por excelência, daquilo que Weber denominava de ‘racionalismo ocidental’. Esse racionalismo que Weber denomina de ‘racionalismo da dominação do mundo’, ambíguo de fio a pavio para Weber, é transformado em ‘modelo absoluto’ de ação moral e política pelas mãos de Buarque (como aliás em toda apropriação liberal de Weber em todos os lugares) para explicitar precisamente aquilo que o ‘homem cordial’ brasileiro não é. SOUZA, Jessé. **Max Weber, Corrupção e Patrimonialismo**, 2009. p. 136.

¹⁰² SOUZA, Jessé. **Max Weber, Corrupção e Patrimonialismo**, 2009. p. 136.

¹⁰³ SOUZA, Jessé. **Max Weber, Corrupção e Patrimonialismo**, 2009. p. 136.

¹⁰⁴ SOUZA, Jessé. **Max Weber, Corrupção e Patrimonialismo**, 2009. p. 136.

¹⁰⁵ SOUZA, Jessé. **Max Weber, Corrupção e Patrimonialismo**, 2009. p. 136.

interesse próprio e orientado pela “cordialidade,” tornou o Estado um prolongamento do poder do *pater-familias* na política. Demonstrando um viés conservador na apropriação privada sobre a pública. Para o autor não houve de fato uma separação entre as esferas de poder, mas um prolongamento do privado no âmbito nos meios públicos de gestão estatal.

De outro lado, Raymundo Faoro explica que o patrimonialismo “não se mede apenas pela extensão. Tem a profundidade coincidente com a história brasileira, nesta incluída a sua origem ibérica.”¹⁰⁶ Dessa forma Faoro acentua a dificuldade de fixar o âmbito do patrimonialismo nacional, quando se sai dos tipos ideais puros weberianos e se entra na história, com suas mesclas e impurezas.

Na concepção do autor o patrimonialismo foi uma superação do poder doméstico patriarcal pelo político, visto sob o prisma institucional de domínio público sobre o privado. Faoro determina que a orientação patrimonial-estamental se dava pela racionalidade material, obedecendo a “[...] valores éticos, valores religiosos e principalmente valores políticos,”¹⁰⁷ essa construção se distancia da racionalidade-burocrática, pois é incompatível com a “igualdade jurídica e as garantias institucionais contra o arbítrio.”¹⁰⁸

A forma patrimonial-estamental vinculou o indivíduo em uma relação de dependência ao poder que regulamentava e ordenava a sociedade e a economia sem conhecer limites ou oposição. A relação Estado-sociedade se reduzia à uma ordem “[...] política em que os indivíduos são basicamente governantes ou são governados. O soberano e seu quadro administrativo controlam diretamente os recursos econômicos e militares do seu domínio - que é também seu patrimônio.”¹⁰⁹

No que diz respeito ao trato econômico “o poder estatal seria, diretamente ou de maneira derivada, o dono das terras e o regulador da economia.”¹¹⁰ Faoro ressalta a ausência de um capitalismo político no patrimonialismo embasado em dois fatores. Primeiro, na precariedade da racionalidade burocrática que condicionasse seu desenvolvimento, como ocorrera nas monarquias ibéricas no desmonte do sistema feudal. Segundo, pelo fato do poder público deter os “[...] recursos econômicos e administrativos [...] a empresa é, dessa forma, uma iniciativa particular viável por meio da dádiva pública.”¹¹¹ No Brasil o “capitalismo se

¹⁰⁶ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 17.

¹⁰⁷ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 16.

¹⁰⁸ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 16.

¹⁰⁹ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 16.

¹¹⁰ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 16.

¹¹¹ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 17.

desenvolvia sem o capital, como produto e recreação da acumulação exercida pelo próprio Estado”¹¹²

Faoro considera como principal característica do Estado Patrimonial o domínio público sobre o privado, resultando em uma relação de dependência da sociedade para com o Estado. Em que pese haver uma negação da analogia entre o sistema familiar e o sistema de governo, restou preservada uma representatividade patriarcal, porém transferida para o Estado. Faoro não nega o poder oligárquico patriarcal, porém, para ele “o poder político do Estado está concentrado em um estamento aristocrático-burocrático de juristas, letrados, e militares, que derivam seu poder e sua renda do próprio Estado,”¹¹³ reproduzindo a formação lusitana.

Em todos os momentos “[...] o poder público dispõe da riqueza, da propriedade e dos bens particulares, como se não pertencessem aos particulares, mas a eles estivessem revogavelmente confiados,¹¹⁴ o Estado cuida da sociedade como um pai cuida dos filhos que ainda não atingiram a idade da razão, completando a metáfora do Estado Paternal. Demonstrando assim, “a grande oposição [...] entre uma sociedade guiada e controlada pelo Estado, de cima, e as sociedades onde o Estado é um fenômeno tardio e o autogoverno se combina com o exercício das liberdades econômicas.”¹¹⁵ A dominação público-privada no estamento-patrimonial se deu às avessas da tradição anglo-saxã liberal em que a ruptura com o sistema patriarcal ocorreu a partir da crença na capacidade e no uso da razão do corpo social, que administra suas demandas de forma autônoma, sem a tutela estatal inserida em todos os setores da sociedade, mas sim naquilo em que lhe é essencial governar.

Na narrativa de Faoro o Estado Patrimonial se confunde com a noção de Estado Interventor, remetendo à ideia de que o Estado seria um obstáculo ao amadurecimento racional da sociedade civil, pois “sempre que temos Estado, temos um estamento que o controla em nome de interesses próprios impedindo o florescimento de uma sociedade civil livre e empreendedora.”¹¹⁶

Assim as concepções de patrimonialismo no Colonialismo divergem hermeneuticamente na sobreposição público-privado, mas apontam simbioticamente para o

¹¹² WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 41.

¹¹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**. In Pinheiro, Wilhelm e Sachs (Orgs.), *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, p. 222-259, 2001, p. 4.

¹¹⁴ FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**, 1993. p. 17.

¹¹⁵ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 129.

¹¹⁶ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 130.

problema da precária presença de racionalidade,¹¹⁷ seja no interesse estritamente privado e tomado pela emoção do “homem cordial” em Holanda, seja pela intervenção estatal castradora de autonomia em Faoro. A lacuna racional observada no período colonial não chegará a ser preenchida nas fases históricas que o sucederam posto que o modelo liberal desenvolvido no Brasil foi dominado pelo conservadorismo.

1.2.3 Da Independência à proclamação da República: a primeira esfera pública do Brasil liberal-conservador

O Império (1822 – 1889)¹¹⁸ e a República Velha (1889-1930) incorporaram um “sopro”¹¹⁹ racional ao Brasil, porém de forma anômala, onde o conservadorismo¹²⁰ manteve o patrimonialismo submerso no coronelismo e, mais tarde, no clientelismo. O liberalismo caboclo que impulsionou a Independência (1822)¹²¹ era constituído de uma ambiguidade que reunia aspirações clássicas liberais (liberdade e autonomia) de forma seletiva, pois

¹¹⁷ Após as invasões napoleônicas que ocasionaram a transferência da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, ocorre um período de transição da administração colonial para o Estado nacional e uma forte implantação da burocracia principesca. Com a instituição do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve (1815-1822), a Família Real transformou uma “[...] constelação caótica de organismos superpostos em um aparelho de Estado”, impulsionando a “[...] emergência do espaço público e a formação da burguesia nacional, tornando impossível a restauração da situação colonial anterior e favorecendo a independência nacional”. COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 831.

¹¹⁸ No período Imperial o Brasil foi dividido em províncias, substituindo as capitanias, a primeira Constituição brasileira (1824) mantinha a monarquia e assegurou a unidade do Estado de forma centralizada. COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 837.

¹¹⁹ “O liberalismo entre nós não surge como demanda de setores burgueses ciosos de garantir espaços de autonomia e ação contra uma ordem estamental e elitista. Dá-se aqui precisamente o contrário. O liberalismo passa a ser o ideário do ‘mandonismo privado’”. SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**, 2017. p 77.

¹²⁰ “O ‘conservadorismo’ compreende, aqui, atitude, condição ou forma de ser, consciente ou não, envolvendo procedimentos, estratégias e práticas que compartilham uma visão de mundo, cuja dinâmica se processa por evolução natural da ordem social, engendrada no contexto de uma historicidade assentada na tradição, experiência, hierarquia, centralização, formalidade legal, propriedade patrimonial e diferenciação social”. WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 36.

¹²¹ Os conflitos em matéria fiscal, as propostas em discussão nas cortes para a retomada da condição colonial do Brasil e a exigência do retorno do príncipe a Lisboa colocaram-no em franca oposição aos interesses da metrópole, ensejando a realização de uma sequência de atos políticos de peso que culminaram com a independência, pouco mais de um ano depois da partida de d. João VI. A sete de setembro de 1822, d. Pedro I declarou a independência e instituiu o governo do Brasil, valendo-se do aparato da regência do Reino Unido que se partia. COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 831.

estruturadas em um conteúdo oligárquico,¹²² sem o viés revolucionário europeu, se expressou pela “necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias.”¹²³ Postulado pela tradição republicana,¹²⁴ foi uma “retórica liberal sob dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas.”¹²⁵

No período Imperial, tem início o primeiro ciclo Estado-sociedade, denominado “Estado e Integração Territorial.”¹²⁶ Ocorre então a discrepante conciliação do liberalismo com o patrimonialismo. A formação liberal-conservadora, contrária ao abolicionismo, de núcleo oligárquico se dissociava das “práticas democráticas e, excluindo grande parte das aspirações dos setores rurais e urbanos populares, movia-se convivendo e ajustando-se com procedimentos burocráticos-centralizadores,”¹²⁷ inerentes à dominação patrimonial. Esse cenário que “permitiria o ‘favor’, o clientelismo e a cooptação [...] introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental”¹²⁸ A Constituição Imperial (1824) consagrava o “compromisso entre a burocracia patrimonial, conservadores e liberais moderados, [...] [contendo] fórmulas conciliatórias para ajustar o Estado patrimonial ao modelo liberal de exercício do poder.”¹²⁹

A emergência da República Velha sobre a monarquia Imperial, na sua proclamação em 1889, reúne fatores que ultrapassam o abolicionismo,¹³⁰ tais como a “crise militar e o estreitamento das relações entre a Igreja e o Estado, [...] [onde] a crise econômica foi uma das razões principais.”¹³¹ A tomada do poder¹³² pelo movimento Republicano representou a

¹²² Tal constatação é comprovada pelo anteprojeto da “Constituição Mandioca”, cuja Assembleia constituinte foi dissolvida em 1823 COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 837.

¹²³ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 75-76.

¹²⁴ O movimento republicano era formado por dois polos, o federalismo e o liberalismo, cujas reivindicações eram de maior participação política e autonomia regional. O primeiro era “protagonizado por lideranças políticas de São Paulo e do Rio Grande do Sul e o segundo representado pelos políticos da cidade do Rio de Janeiro”. COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 839.

¹²⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 76.

¹²⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas** - Revista de Ciências Sociais, 41, p. 15-51, 2012. p. 16.

¹²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 79.

¹²⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 76.

¹²⁹ ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 61.

¹³⁰ Em 13 de maio de 1888, o governo imperial rendeu-se às pressões e a princesa Isabel de Bragança assinou a Lei Áurea, que aboliu a escravidão no Brasil.

¹³¹ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 76.

¹³² Pequenos incidentes entre líderes militares e o governo acabaram dando o último estímulo aos oficiais descontentes para que deflagrassem o golpe de 15 de novembro de 1889. O que houve foi uma marcha de 600 soldados liderados pelo marechal Deodoro da Fonseca contra o quartel-general do Exército, onde estava

alteração do domínio político que se transferiu da exploração da cana-de-açúcar para o café, alterando geograficamente o monopólio do poder da zona nordestina para a sul e sudeste, mais intensamente em São Paulo.

A Constituição Republicana (1891) “francamente inspirada na Constituição americana de 1787, consagrou a República, instituiu o federalismo e inaugurou o regime presidencialista.”¹³³ Abolidas as principais instituições monárquicas, como o Poder Moderador, o Conselho de Estado e a vitaliciedade do Senado, a autonomia dos estados e o novo pacto político acomodou os interesses da oligarquia hegemônica. A incorporação de um “individualismo liberal-conservador, expressando formas de governo e de representação sem nenhum vínculo com a vontade e com a participação popular”¹³⁴ tornaram o constitucionalismo republicano uma retórica, uma vez que autoritário e antidemocrático.

O federalismo e a democracia representativa¹³⁵ são pontos centrais na primeira constitucionalização republicana do Brasil. Esses dois elementos foram um avanço. Entretanto, segundo Victor Nunes Leal, deram condições para a criação de um sistema político, baseado em barganhas e privilégios, que permitia a existência nociva de uma ordem privada no poder público, se está a falar do coronelismo.¹³⁶ Nesse fenômeno não há confusão ou sobreposição entre público ou privado, mas uma metamorfose em que o “coronel e o governador obedeciam a dinâmicas distintas, mas interagiam, imbricavam-se, invadiam

reunido o ministério. COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 839.

¹³³ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 839.

¹³⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 2002. p. 110.

¹³⁵ “[...] a emenda Lauro Sodré, [representou a corrente estadualista, artigo 68 da Constituição republicana] que deixou ao critério das assembleias estaduais definir o que se deveria entender por “peculiar interesse” dos municípios, trataram os Estados de restringir o princípio da eletividade da administração local. Alguns excetuaram apenas os municípios das capitais, cujos prefeitos passaram a ser nomeados; outros estenderam o princípio da nomeação do prefeito àqueles em que houvesse estâncias hidrominerais ou obras e serviços de responsabilidade do Estado; outros, finalmente, não hesitaram em tornar todos os prefeitos de livre nomeação do governo estadual”. LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e Voto: O município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª ed., 1966, p. 67.

¹³⁶ “[...] concebemos o “coronelismo” como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa. Por isso mesmo, o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras.” LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e Voto: O município e o regime representativo no Brasil**, 1966, p. 23.

reciprocamente seus territórios, corroendo e alterando no processo a própria natureza do público e do privado.”¹³⁷

Leal, embora otimista, apontava para uma problemática que iria além do próprio fato histórico que conceitua o coronelismo e caracteriza a figura do coronel. Se trata das camadas desse fenômeno, que revelam muitas características nocivas.¹³⁸ Entre elas, um falseamento da representatividade, uma democracia política, desvinculada do ideal pleno,¹³⁹ em que o coronel pode assumir outras lideranças adaptando-se à contemporaneidade, ultrapassando as barreiras temporais.

As transformações políticas, econômicas e sociais alteraram as formas administrativas-estatais observadas no Brasil entre os séculos XVI e XIX. As Constituições Imperial (1824) e a Republicana (1891) refletiram na estruturação política e jurídica de legitimidade do poder oligárquico, centralizado na primeira e descentralizado nos estados na segunda. Estava formada a primeira esfera pública, que sem abandonar a influência do poder privado, se remete preponderantemente à gama de interesses hegemônicos das oligarquias. Nesse cenário o engendramento do poder público com o privado lançou as raízes patrimonialistas para além do Colonialismo, que sobreviveu submerso no liberalismo-conservador. Império e República Velha “são obrigados a transigir com o chamado poder privado. Com a democratização relativa do país, o poderio dos senhores locais tende a crescer, pelo eleitorado que dominam e podem jogar na balança política.”¹⁴⁰

A falta de uma organização preponderantemente racional-legal na estrutura política remete à duas situações. A primeira demonstra que o agir público se desenvolve em função do interesse econômico privado. A segunda configura um corpo social altamente dependente em relação ao Estado, incapaz de exercer a democracia de forma autônoma. A representação social do “brasileiro comum” excluído é descrita em um dos mais importantes “romances de formação” do modernismo cultural do país, cujo autor é Mário de Andrade. Macunaíma, o personagem principal que dá nome à obra,¹⁴¹ vive todas as metáforas das questões sociais-

¹³⁷ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e Voto: O município e o regime representativo no Brasil**, 1966, p. 7.

¹³⁸ São características do Coronelismo, entre outras, “o mandonismo, o filhotismo [nepotismo], o falseamento do voto, a desorganização dos serviços públicos locais.” LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e Voto: O município e o regime representativo no Brasil**, 1966, p. 23.

¹³⁹ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e Voto: O município e o regime representativo no Brasil**, 1966, p. 7.

¹⁴⁰ WILLEMS, Emílio. **Burocracia e patrimonialismo**. São Paulo, 1945. Separata de Administração Pública, ano 3, nº 3 (setembro, 1945). p. 6.

¹⁴¹ ANDRADE, Mário de. **Macunaíma**. Belo Horizonte: Itatiaia, 22ª ed, 1986.

políticas-econômicas brasileiras do século XIX. Não prospera, tão pouco crê no seu potencial, o que, por vezes, é confundido com preguiça, tornando-o um “anti-herói”. A falta de identidade no multiculturalismo, denominada por Andrade de “sem caráter,” não um mau caráter, faz com que Macunaíma não se sinta responsável por nada, pois lhe falta o sentimento de pertencimento da sociedade.

Contudo, a exigência de racionalidade-legal descende da modernização ocorrida no país no início do século XX, processo fortemente influenciado pela crise econômica norte-americana de 1929 e pela cultura da intervenção política macroeconômica como um fator de desenvolvimento.

1.3 A MUDANÇA ESTRUTURAL DA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA NO NASCIMENTO DO ESTADO INTERVENCIONISTA: A BUROCRACIA ENTRE OS REGIMES AUTORITÁRIO, DITATORIAL E DEMOCRÁTICO

No plano internacional, a mudança estrutural da esfera pública ocorre entre as duas guerras mundiais. Diante do momento de dificuldade, generalizado nas dimensões social, econômica e política, as fórmulas keynesianas, exitosas na “Grande Depressão”, tiveram grande influência nas práticas de intervenção macroeconômica e na promoção da justiça social por parte do Estado. O *Welfare State* surge quebrando a reduzida esfera pública Liberal assumindo demandas sociais para redução da desigualdade e com o encargo de garantir a estabilidade econômica.

No Brasil a mudança na esfera pública tem início com a queda do Pacto Conservador Republicano (1889-1930).¹⁴² A emergência do Estado Novo (1930) provoca uma alteração na relação Estado-sociedade, pois “ao contrário do que aconteceu na Independência, agora é a sociedade que se antecipa ao Estado,”¹⁴³ provocando a incidência dos seus interesses na pauta estatal, com a realização de políticas sociais. Esse aspecto foi enfraquecido durante a ditadura civil-militar (1964-1984) sob a supressão de direitos e garantias. Ressurgindo apenas

¹⁴² A Constituição republicana sustentava uma democracia falseada na representatividade, dominada pelas oligarquias hegemônicas. O poder era descentralizado na figura dos “governadores e das oligarquias locais, [...] mas o aumento do poder dos governadores era contraditório: se de um lado tinham mais poder em relação à União, tinham menos em relação aos coronéis locais.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 9.

¹⁴³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 20.

na transição democrática (1977-1988). O regime democrático nasce como uma resposta popular ao poder ditatorial, consolidando o Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988.

Nesse sentido, a organização burocrática da administração pública se configura como uma resposta diferente para cada tipo de regime brasileiro, tal instabilidade, por vezes, mantém a burocracia nacional afastada, da matriz weberiana. Sua implantação ocorreu em 1930, na “Era Vargas” (1930- 1954), sob uma configuração autoritária, que caracterizou o período. Seu escopo era dar condições à modernização do país, com seus princípios hierárquicos e centralizados, baseada em uma racionalização rígida dos procedimentos. Na ditadura civil-militar, a segunda reforma burocrática ocorrida em 1967 encontrou na descentralização um meio para o desenvolvimento econômico do país. Por fim, na redemocratização, a manutenção do paradigma burocrático foi vista como um retrocesso, acusando um modelo oneroso, lento e ineficiente, imerso na crise do Estado brasileiro da década de 1980.

1.3.1 O *New Deal* e a intervenção política econômica de Keynes *versus* o livre-mercado de Hayek: o keynesianismo que modificou a esfera pública liberal para social

A crise norte-americana de 1929¹⁴⁴ foi um desastroso evento que impactou vários países do mundo, alterando a estrutura e a forma de interferência do Estado na economia. Diante do crítico aumento da taxa de desemprego, Herbert Hoover presidente americano (1929-1933), adotou uma posição de não interferência política na economia, acreditando que a relação encontraria naturalmente um equilíbrio. A ascensão de Franklin Roosevelt à presidência, em 1933 incorporou uma postura político-econômica intervencionista com o fim de recuperar a economia nacional, focando na diminuição das taxas de desemprego impulsionada pelo gasto público e fomento ao consumo. O chamado *New Deal*, intensificou a intervenção e o planejamento estatais sobre a economia. Em 1934 John Maynard Keynes

¹⁴⁴ Seu início coincidiu com a escassez dos frutos colhidos pelos Estados Unidos na Primeira Guerra Mundial (1914-1918), seu fim se deu no decorrer da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). O meio de produção capitalista americana, resultante do taylorismo e do fordismo, contraponto à industrialização just in time toyotista, transformou a superprodução em estoques gigantescos sem as demandas bélicas. ROTHBARD, Murray N. **America's Great Depression**. Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2000. p. 55-80.

racionalizou seus mandamentos na obra *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, consagrando a teoria keynesiana como salvadora da depressão de 1929.

O intervencionismo estatal na economia observado na “Grande Depressão” originou o maior confronto econômico do século XX, o *boom and bust*, protagonizado por John Maynard Keynes (teoria keynesiana) e Friedrich August von Hayek, representante da Escola Austríaca. O keynesianismo teorizava que os mercados deveriam ser guiados por ações estatais de estímulos para o crescimento econômico (*boom*), pois não há um mecanismo de mercado para guiar as decisões acerca do investimento e do consumo, ou seja, para conter o “*animal spirit*” do empresário. Essa lacuna seria preenchida com as chamadas políticas de estabilização utilizando os agregados (macroeconomia), mediante despesas de gastos públicos em um determinado período para complementar os gastos do consumidor, ou por políticas fiscais e de crédito, como reduções nas taxas de juros que viessem a estimular o consumo.¹⁴⁵

Contrariamente, Hayek acreditava no livre-mercado, corolário do *Laissez-Faire*, fundamentando que o subjetivismo, o individualismo e a formação espontânea dos preços são o conhecimento baseado no auto ajuste entre investimento e consumo.¹⁴⁶ Os preços formados livremente fornecem mensagens sobre a escassez relativa ou incentivam a despesa ou o investimento.¹⁴⁷ Hayek critica amplamente Keynes no texto *Reflections on the Pure Theory of Money of Mr JM Keynes*, publicado em 1931, onde se insurge principalmente contra a ausência de um pré-conhecimento das ações humanas para formular um método de intervenção que estabilizasse definitivamente os investimentos e o consumo. Na sua visão as políticas governamentais propostas por Keynes com base nos agregados interferem nas decisões de mercado criando uma “bolha” temporal ilusória, o resultado ao fim do ciclo será um *bust*.¹⁴⁸

Em que pese o esforço do representante da Escola Austríaca, o keynesianismo foi amplamente desenvolvido nos Estados Unidos no *New Deal*. A Escola Austríaca,

¹⁴⁵ KEYNES, John Maynard. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

¹⁴⁶ HAYEK, F. A. *The Pure Theory of Capital*. Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2009.

¹⁴⁷ HAYEK, F. A. *The use of knowledge in society*. *American Economic Review*, n. 4, p. 519-530, 1945. Disponível em: <https://www.econlib.org/library/Essays/hykKnw.html?chapter_num=1#book-reader> Acesso em: 28 set. 2018.

¹⁴⁸ HAYEK, F. A. *Reflections on the Pure Theory of Money*. In: *Econometrica*, vol. 33 (August), p. 270-295, 1931.

considerada heterodoxa, ressurgiu na discussão acerca do intervencionismo econômico na crise norte-americana de 2008.¹⁴⁹

No início do século XX com a “industrialização, o progresso econômico e a democratização [...] [houve] uma alteração substancial no modelo liberal de Estado limitado, com a incorporação dos aspectos de ‘justiça social’”.¹⁵⁰ O Estado de Direito criado no contexto Liberal-burguês privilegiou os direitos “individuais tradicionais, que consistem em liberdades”.¹⁵¹ Todavia, os chamados direitos sociais, que consistem em poderes, também estão presentes no Estado de Direito. Enquanto os primeiros “exigem [...] obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos”,¹⁵² os segundos “só podem ser realizados se for imposto a outros um certo número de obrigações positivas”.¹⁵³

Começa assim uma transformação com a quebra da esfera pública Liberal, assumindo contornos sociais. A postura *Laissez-Faire* não mais comportava a realidade social, econômica e política do momento entre as duas guerras mundiais. Estavam em xeque dois pilares do ideal Liberal. O primeiro, que, apoiado por Adam Smith, considerava irracional qualquer restrição ao livre-mercado,¹⁵⁴ e, o segundo, a concepção de que somente a garantia das liberdades dariam condições de emancipação social.

A inclusão de justiça social no âmbito do intervencionismo político na economia proposto por Keynes foi responsável pela ascensão do *Welfare State*, a formação estatal econômica e socialmente ativa, dirigente do crescimento econômico e garantidora de equidade social. Embora criticada¹⁵⁵ por muitos, foi uma tentativa de resolver a crise de

¹⁴⁹ Diante da falência do Banco Lehman Brothers o governo americano reestatiza as agências de Fannie Mae e Freddie Mac, privatizadas em 1968, totalizando um investimento público de US\$ 200 bilhões. Gerando um efeito dominó no restante do mundo, que em maior ou menor grau, lançaram mão de recursos públicos para recuperar seus sistemas financeiros. PIZZI, William Pizzi - **Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body?** In: Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in Honour of Professor Mirjan Damaska. Edited by John Jackson, Máximo Langer, and Peter Tillers. - Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 39-80

¹⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 45.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 14.

¹⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 2004. p. 14.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 15.

¹⁵⁴ SMITH, Adam. **A mão invisível**. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 60-65.

¹⁵⁵ “O Estado providência, como agente central de redistribuição e, portanto, de organização da solidariedade, funciona como uma grande interface: substitui a face-a-face dos indivíduos e dos grupos”

solidariedade, ou seja, para suprir a necessidade de “reconhecimento dos direitos sociais [o que] suscita [...] uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade.”¹⁵⁶ Isso exige uma lógica reversa da ação negativa e fundamento de proteção da limitação do poder e do papel do Estado negativo, porque “os direitos sociais exigem, para sua realização prática [...] a ampliação dos poderes do Estado”.¹⁵⁷

De fato, é a questão social e econômica que faz com que o “‘*État Gendarme*’ se transforme no Estado Intervencionista do século XX, [...] é a crise do liberalismo, por um lado, que vai gerar novas formas de exercício do poder e de políticas públicas”,¹⁵⁸ mas que manteve “[...] intactas, em certa medida, as postulações centrais do pensamento liberal de organização do poder e liberdades”.¹⁵⁹

Em síntese, a ampliação da esfera pública com o triunfo de Keynes sobre Hayek enfraqueceu o liberalismo, inaugurando uma nova época. O Estado Social assume contorno intervencionista e uma função de promover a justiça social, lançando raízes por todo mundo. Os reflexos no Brasil da crise de 1929 e do pensamento keynesiano são observados na oposição ao Pacto Conservador Republicano (1930) que deu fim à República Velha e fez surgir o Estado Novo. O Estado intervencionista brasileiro, pautado pela administração burocrática-racional, busca a modernização entre a dicotomia de crescimento econômico e implementação de políticas sociais.

1.3.2 O Estado interventor: o agigantamento da esfera pública da “Era Vargas” na burocracia autoritária

A queda da República Velha com a crise política de 1920¹⁶⁰ determina o início da “Era Vargas” (1930- 1954) impulsionando o começo do ciclo Estado-sociedade chamado de

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Tradução Joel Pimentel de Ulhoa. Brasília: UNB, 1997. p. 32.

¹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 35.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 35.

¹⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 46.

¹⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 2013. p. 46.

¹⁶⁰ A oposição ao pacto conservador da República Velha, com suas eleições fraudadas e restritas, era o ponto de união entre os tenentistas. Dentro do movimento, no entanto, conviviam desde as demandas liberais por voto secreto e por maior liberdade de imprensa até o desejo de um Estado forte como meio de se contrapor ao mandonismo rural. Parte do grupo se radicalizou politicamente na Coluna Prestes, cujo líder, Carlos Prestes, seria o fundador do Partido Comunista Brasileiro. Parte do grupo se alinhou desde a

“Nação e Desenvolvimento.”¹⁶¹ O referencial investigatório proposto será justamente a estruturação do espaço público a partir das variáveis política, econômica e social. Para tanto, o objeto de investigação se centrará preponderantemente nas Constituições brasileiras de 1934, 1937 e 1946, pois elas representam o reflexo das transformações no país.

A crise mundial iniciada com o *crash* da bolsa de Nova York em 1929 foi a oportunidade que Vargas aproveitou para romper com aliança liberal da oligarquia do café.¹⁶² A “Grande depressão” provocou a queda dos preços do café levando a uma forte desvalorização da moeda local que, imediatamente, acaba estimulando a indústria, obrigando o Brasil ao processo de modernização, caracterizada “pela diversificação da economia, pelo primeiro ciclo de industrialização, pela urbanização e pela organização política das camadas urbanas.”¹⁶³

Nas eleições presidenciais de 1930, a oposição formada por Getúlio e as oligarquias mineiras, foi derrotada pelo paulista Júlio Prestes. O descontentamento dos derrotados e do movimento Tenentista¹⁶⁴ fez surgir uma “aliança política instável de 1930, que levou não ao Estado liberal sonhado [...], mas ao Estado burocrático e autoritário do primeiro Vargas.”¹⁶⁵

A vitória do movimento político-militar na Revolução de 1930 deu início ao Governo Provisório (1930-1934). A participação social e as organizações partidárias nas revoltas, principalmente pelo movimento tenentista, consagrou Vargas como um líder populista das massas urbanas.¹⁶⁶ Isso já denunciava o crescimento da luta de interesses não só das oligarquias¹⁶⁷ contra a condução hegemônica da política e da economia (Política Café com

Revolução de 30 com Getúlio Vargas, enquanto outra parte ainda lhe exerceu feroz oposição todo o tempo”. SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 89.

¹⁶¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 17.

¹⁶² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 20.

¹⁶³ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 840.

¹⁶⁴ O Tenetismo foi um “movimento de oficiais de baixa patente que ansiavam pela renovação moral do Brasil a partir de cima, pelo Estado reformador [se opunham às] Eleições nas quais menos de 1% da população votava, eleições que, mesmo assim, eram sistematicamente fraudadas, perfaziam a “democracia” da República Velha”. SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 77.

¹⁶⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 9.

¹⁶⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 20.

¹⁶⁷ A Política Café com Leite, formada por paulistas e mineiros, começou a ser contestada por outros grupos oligárquicos, que dominavam estados como Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Bahia, exigindo uma alternância no poder e denunciando fraudes nas eleições.

Leite), mas também de uma “classe média urbana ainda incipiente, mas que queria se ver representada em um esquema político completamente dominado pela ínfima elite dos proprietários.”¹⁶⁸ Assim, o Governo Provisório é o produto da soma dos interesses liberais da população à intenção conservadora das oligarquias não dominantes. Vargas sintetizou várias classes em um pacto informal e fortemente autoritário pela interferência militar.¹⁶⁹

Em 1934 a Assembleia Nacional Constituinte promulgou a Constituição de 1934 e elegeu de forma indireta Getúlio Vargas presidente da República, encerrando o Governo Provisório. A Constituição de 1934 teve uma vigência de curta duração, entretanto, alterou significativamente a estrutura da esfera pública. Impulsionada pela Revolução constitucionalista de 1932, inspirada na Constituição de Weimar,¹⁷⁰ manteve o federalismo republicano e “concentrou competências no nível da União. Promoveu a uniformização das denominações dos cargos de governador e prefeito e fixou limites para a organização e as atribuições dos legislativos estaduais.”¹⁷¹

Todavia, abriu caminho para demandas inéditas em uma difícil tarefa de conciliar os interesses recém pleiteados pela sociedade com a conservação da hegemonia oligárquica. Assim as inovações incluíram a intervenção na ordem econômica, as políticas sociais, inspiradas no *Welfare State*, apontadas como populistas pelo caráter assistencialista e pela intervenção direta nas relações trabalhistas, a expansão da educação e da cultura, e, por fim, a segurança nacional.¹⁷² Dessa forma teve início o Pacto Nacional-popular (1930-1959), que autoritário e industrializante, teve em Vargas seu principal ator político.¹⁷³

O golpe do Estado Novo (1937-1945) pela implantação de um regime autoritário foi a alternativa getulista de continuidade ao próprio poder e também para conter a radicalização político-partidária dos embates integralistas e comunistas entre a Ação Integralista Brasileira

¹⁶⁸ SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 77.

¹⁶⁹ Reunia “a burguesia industrial nascente, a burocracia pública moderna que também estava dando seus primeiros passos, a classe trabalhadora urbana, intelectuais nacionalistas e de esquerda, e setores da velha oligarquia: os setores “substituidores de importações” (que não produziam para a exportação), como o dos criadores de gado (do qual Vargas fazia parte) do Sul e do Nordeste”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 20.

¹⁷⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Ed. 2, 1995. p. 351.

¹⁷¹ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 843.

¹⁷² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Ed. 2, 1995. p. 352.

¹⁷³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 20.

(AIB) e a Aliança Nacional Libertadora (ANL).¹⁷⁴ Esses movimentos, de formas difusa e integral, representavam uma oposição ao seu governo.

A ideologia de continuidade do Estado se sustentava pelos pilares “novo e nacional,” em uma tentativa de conciliação da modernização com a tradição, representando uma barreira aos modelos liberais. O sentimento de nacionalidade tinha como objetivo a integração nacional, combatendo o regionalismo e o mandonismo, pretendendo criar uma sociedade moderna.¹⁷⁵ Foram desenvolvidas frentes de reformas nos campos específicos da economia, do trabalho, da educação, da cultura e segurança nacional. De forma geral, a *civil service reform*,¹⁷⁶ atingiu o setor privado, pois “o surgimento de grandes organizações empresariais públicas e privadas promovia o surgimento de uma burocracia moderna, voltada para produção.¹⁷⁷

Sob os *standards* autoritários da modernização conservadora a Constituição de 1937 instaurou um regime apoiado pelo militarismo, suprimindo os direitos políticos, centralizando¹⁷⁸ o poder nas mãos do chefe do Executivo. A maior soma de poderes do presidente constava nas “disposições transitórias,” possibilitando que esse governasse o país

¹⁷⁴ A Ação Integralista Brasileira – AIB foi um movimento inspirado no fascismo italiano que defendia um ideário nacionalista, antiliberal e antisemita. A Aliança Nacional Libertadora – ANL –, organização inspirada na proposta das frentes populares surgidas em diversos países da Europa com o objetivo de combater o avanço do nazi-fascismo. CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Radicalização política**. In: Anos de Incerteza (1930-1937). Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_radpol001.htm>. Acesso em: 18 jan. 2019. [s.p]

¹⁷⁵ CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Estado Novo – um golpe na democracia**. In: Anos de Incerteza (1930-1937). Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_golpe_estado.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019. [s.p].

¹⁷⁶ “Na França, Inglaterra e Alemanha, acontecera na segunda metade do século anterior, e nos Estados Unidos, na primeira década deste século.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 10.

¹⁷⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 10.

¹⁷⁸ “Um dos principais mecanismos de centralização político-administrativa utilizados pelo Estado Novo foi o sistema de interventorias. Dentro desse sistema, os executivos estaduais passaram a ser chefiados por interventores diretamente subordinados a Vargas. No lugar das assembleias legislativas foram criados departamentos administrativos, cujos membros eram nomeados também pelo presidente da República e, em alguma medida, exerciam um controle sobre os atos dos interventores. Aos departamentos administrativos cabiam a aprovação dos Decretos-Leis dos interventores, a aprovação e a fiscalização dos orçamentos estaduais, a avaliação do desempenho e da eficácia dos órgãos estaduais e a apresentação de sugestões de mudança, entre outras tarefas”. CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Novas interventorias e departamentos administrativos**. In: Diretrizes do Estado Novo (1937-1945). Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos37-45/ev_poladm_interventorias.htm>. Acesso em: 19 jan. 2019. [s.p].

por meio de decretos-leis, criando as condições que achasse necessárias para a modernização da nação.¹⁷⁹

A constitucionalização objetivou o fortalecimento estatal, por meio da centralização e da intervenção, tornado o Estado um agente fundamental da produção e do desenvolvimento econômicos. O incentivo à industrialização se desenvolve na lógica nacionalista ao prever a progressiva nacionalização da exploração de recursos naturais e de indústrias estrangeiras. A adoção de racionalismo e eficiência no agir administrativo, de forma descentralizada, tem sua expressão no artigo 67 que previa a “instituição de um ‘departamento administrativo’ [...] o Departamento Administrativo do Serviço Público,”¹⁸⁰ dando início à divisão entre burocracia central e descentralizada. O impacto econômico da Constituição de 1937 foi observado na continuidade do forte intervencionismo estatal,¹⁸¹ decorrente de 1930. Esse foi um reflexo do sucesso da política intervencionista do *New Deal*, que “levava a pensar que ela também seria possível e desejável para promover o crescimento das economias periféricas.”¹⁸²

O ciclo “Nação e Desenvolvimento” exigiu uma revolução modernizadora capaz de promover a industrialização, como modelo de crescimento, diminuindo a preponderância agrícola na economia brasileira. Para isso eram necessários mecanismos de controle da crise econômica mundial de 1929, além de racionalizar o plano administrativo estatal. Segundo Getúlio Vargas o atraso econômico do país decorria da desorganização financeira e das deficiências administrativas do Estado.¹⁸³

Nesse sentido, a alternativa posta em prática foi a burocracia weberiana, baseada na racionalidade-legal dos estatutos, com seus princípios centralizadores e hierárquicos, criando condições para a chamada Revolução Industrial brasileira. A burocratização do Estado Novo

¹⁷⁹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Ed. 2, 1995. p. 366.

¹⁸⁰ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)**. 2009. CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. Disponível em: <<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/dicionarios/verbete-tematico/departamento-administrativo-do-servico-publico-dasp>> Acesso em: 19 jan. 2019. [s.p].

¹⁸¹ Houve a negociação da dívida externa e da criação de conselhos regulatórios nas áreas de finanças, comércio e recursos energéticos, como o Conselho Nacional do Petróleo ou o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica. Houve um estímulo à industrialização em decorrência dos limites de importação impostos pela Guerra. CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Estado Novo – um golpe na democracia**. 2004. [s.p].

¹⁸² COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 842.

¹⁸³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**. Revista de Sociologia e Política, n. 28, p. 9-30, 2007. p. 49.

se inspirou na “organização do serviço civil americano. Estava voltada para a administração de pessoal, de material e do orçamento, para a revisão das estruturas administrativas e para a racionalização dos métodos de trabalho.”¹⁸⁴ O “Estado Novo enalteceu a técnica em contraposição à política, veiculada como o lado sujo dos ‘interesses privados,’”¹⁸⁵ em uma tentativa de superação das mazelas patrimonialistas que instrumentalizavam a máquina pública.

A reforma burocrática da administração pública teve início na década de 1930, todavia, somente em 1936, com a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil, “se consolida [...] no Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que passou a ser seu órgão executor e, também formulador da nova forma de pensar e organizar a administração pública.” O DASP foi criado pelo Decreto-lei 579, de junho de 1938, “surgia então a idéia [sic!] de que os serviços públicos na ‘administração indireta’ deveriam ser descentralizados e não obedecer a todos os requisitos burocráticos da ‘administração direta’ ou central.”¹⁸⁶ Era, essencialmente, um órgão central de pessoal, material, orçamento, organização e métodos.¹⁸⁷ A implantação da burocracia ocorreu sob orientação tecnicista-moralista, no combate ao clientelismo¹⁸⁸ e à administração anárquica que mantinha o patrimonialismo submerso. A reforma atingiu a estrutura e a gestão do Estado sob duas perspectivas. Na primeira, a administração se volta para si “partindo do pressuposto de que melhor pessoal no serviço público significa necessariamente melhor administração pública. Assim, uma reforma com essa perspectiva tem por ponto focal o sistema do mérito.”¹⁸⁹ Houve a valorização da competência técnica para o acesso e promoção com relação aos cargos públicos. Com isso se buscava assegurar uniformidade, impessoalidade e padronização por meio de normas e métodos estabelecidos por um órgão central,¹⁹⁰

¹⁸⁴ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 846.

¹⁸⁵ D’ARAÚJO, Maria Celina. **O Estado Novo**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 31.

¹⁸⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 12.

¹⁸⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 11.

¹⁸⁸ “Clientelismo [...] de modo geral, indica um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto”. MURILO DE CARVALHO, José. **Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual**, 1997. [s.p].

¹⁸⁹ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Uma Reforma da Administração de Pessoal Vinculada ao Processo de Desenvolvimento Nacional**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 4 (1): 7-31, jan/jun. 1970. p. 2

¹⁹⁰ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Uma Reforma da Administração de Pessoal Vinculada ao Processo de Desenvolvimento Nacional**, 1970. p. 2.

combatendo o sistema de nepotismo herdado do patrimonialismo. Na segunda perspectiva, a reforma se volta para os objetivos de desenvolvimento econômico, social e cultural do próprio país,¹⁹¹ assumindo um “importante papel importante ao participar da criação das primeiras empresas de Economia mista”¹⁹² do país. As duas dimensões da reforma se unem “para a obtenção não apenas de eficiência, mas, acima de tudo, de eficácia”¹⁹³ na administração do Estado Novo. Na burocratização moderna o país passava agora a contar com a burocracia de Estado e a burocracia da descentralização, “dois grupos que teriam entre si seus conflitos, mas que seriam principalmente solidários na busca, de um lado, de maior poder e prestígio, e, de outro, de êxito no projeto de desenvolvimento nacional em curso.”¹⁹⁴

Ao fim da fase pioneira (1938-1945) de constituição do DASP sua atuação já anunciava alguns erros e acertos da burocracia no Brasil. Como resultados positivos aparecem a coibição de alguns privilégios, a impessoalização, a igualdade (formal) de oportunidade baseada no mérito, a ênfase em aspectos éticos e jurídicos, a melhoria qualitativa de um razoável contingente de servidores públicos, a institucionalização da elaboração e execução orçamentária, a introdução no serviço público de processos de simplificação e padronização e racionalidade, o despertar do interesse pelo estudo da ciência da administração e a preocupação com o papel do Estado na promoção e regulamentação do desenvolvimento econômico e social.¹⁹⁵

Já os pontos negativos são generalização e a forma imediatista de sua implantação, os cargos de confiança das chefias, a centralização do poder decisório, a exacerbação do controle, a busca da eficiência, sem a preocupação teleológica e a estrita adesão às soluções padronizantes e miméticas, um exagero do princípio da isonomia.¹⁹⁶

O declínio do Estado Novo se deu pela contradição entre regimes frente ao quadro de relações internacionais, especialmente pela participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), ao lado dos aliados, combatendo o autoritarismo. A pressão pela

¹⁹¹ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Uma Reforma da Administração de Pessoal Vinculada ao Processo de Desenvolvimento Nacional**, 1970. p. 2.

¹⁹² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 28 9-30, jun. 2007. p. 16.

¹⁹³ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Uma Reforma da Administração de Pessoal Vinculada ao Processo de Desenvolvimento Nacional**, 1970. p. 2.

¹⁹⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**, 2007. p. 16.

¹⁹⁵ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)**. 2009. [s.p].

¹⁹⁶ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Uma Reforma da Administração de Pessoal Vinculada ao Processo de Desenvolvimento Nacional**, 1970. p. 12.

democratização do país marcou vários episódios como o Manifesto do Mineiros (1943) e organização da União Nacional de Estudantes (1943), a fundação da União Democrática Nacional (1945).¹⁹⁷ O apoio das massas populares à Vargas resultou no “Queremismo” manifestando o desejo sua permanência no poder. A política brasileira passou a se dividir em dois campos, o do getulismo e o do antigetulismo, que iriam marcar ainda, por muitos anos, a política brasileira. Diante do desgaste da figura de Vargas e do esvaziamento do apoio militar, em outubro de 1945 ocorre sua deposição, dando fim ao Estado Novo, encerrando também a primeira fase da “Era Vargas” e iniciando o primeiro processo de redemocratização brasileiro.

O período democrático (1945-1964) tem início no pós-guerra sob a estrutura eleitoral deixada pelo Estado Novo getulista antes de sua deposição, o Ato Adicional à Constituição de 1937¹⁹⁸ previa eleições gerais no mês de dezembro de 1945. O general Eurico Gaspar Dutra, apoiado por Vargas,¹⁹⁹ passa a governar o país e promulga a Constituição de 1946. Era o retorno do regime democrático e do federalismo de 1934, um divisor de águas no constitucionalismo brasileiro, acompanhando a tendência antifascista, principalmente na Europa. O texto constitucional, enquanto resultado dos vários pactos ideológicos da Assembleia Constituinte, em sua maioria composta por representantes do Partido Social Democrático (PSD) e a União Democrática Nacional (UDN), reuniu aspirações para o futuro imerso no presente.²⁰⁰ Consagrou as liberdades individuais em moldes liberais-conservadores, já conhecidos pelo Brasil, em um acumulado de dispositivos que se tornaram letra morta. Enquanto o mundo vivia a dicotomia entre centralização e descentralização estatais em decorrência da Guerra Fria,²⁰¹ a Constituição democrática de 1946 adicionou

¹⁹⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Ed. 2, 1995. p. 382-388.

¹⁹⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Ed. 2, 1995. p. 384.

¹⁹⁹ Na redemocratização Vargas foi “eleito Senador Constituinte pelo Rio Grande do Sul, na legenda do Partido Social Democrático, e por São Paulo, pelo Partido Trabalhista Brasileiro – sem falar dos seis estados e do Distrito Federal, que o elegeram Deputado Federal –, o antigo ditador, embora tenha carregado para o PTB um significativo número de votos, assumiu a cadeira de Senador pelo PSD gaúcho por decisão da própria Assembleia Constituinte.” FREIRE, Américo. **Redemocratização e eleições de 1945**. In: Entre dois governos: 1945-1950. Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_gv/htm/1Entre_dois_governos/Redemocratizacao_e_eleicoes_de_1945.as> p. Acesso em: 23 jan. 2019.

²⁰⁰ CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. FREIRE, Américo. **Entre dois governos: 1945-1950 > A constituição de 1946**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2017. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/DoisGovernos/Constituicao1946>>. Acesso em: 19 jan. 2019. [s.p].

²⁰¹ A Guerra Fria teve início no pós-guerra de 1945, onde EUA (capitalista) e URSS (socialista) saíram fortalecidos e protagonizaram a dicotomia entre esses dois modelos até a queda do muro de Berlim em

prerrogativas que mantinham ou possibilitam a intervenção estatal, fato é que a mesma Carta recebeu diferentes contornos quando comparados os governos de Getúlio (1951-1954) e de Kubitschek (1956-1961).

A redemocratização se beneficiou das cicatrizes autoritárias do Estado Novo, reconfigurando a rigidez da burocracia getulista. Isso atingiu a organização burocrática da fase pioneira do DASP, pois ela guardava relação com o regime autoritário, não conquistando o respaldo necessário no ambiente democrático. O prejuízo do retorno democrático se deu pela perda de grande parte das atribuições do DASP, simbolizando a retomada dos “velhos componentes patrimonialistas e os novos fatores clientelistas.”²⁰²

A burocracia encerra a primeira fase tecnicista-moralista (1930-1945) tornando-se populista (1950) “caracterizada pela predominância do tratamento de massa como critério fundamental do sistema de pessoal,”²⁰³ definida pelos contornos de favoritismo partidário (empreguismo à base de filiação política), enfraquecimento pelo sistema do mérito, massificação no tratamento dos problemas de pessoal, extensão indiscriminada de benefícios e vantagens.²⁰⁴

O retorno de Getúlio à presidência eleito democraticamente em 1950, marcou o início da breve segunda fase da “Era Vargas”. Na volta ao poder há uma tentativa infrutífera de Vargas no sentido de retornar ao prestígio e às atribuições da fase pioneira do DASP. Os principais empecilhos eram decorrentes da lógica liberal democrática de 1946, que de um lado impedia práticas autoritárias e de outro era inóspita ao sistema de mérito.²⁰⁵

Diante das limitações autoritárias da Constituição de 1946, Getúlio utilizou o programa nacionalista²⁰⁶ e reformista para aumentar a intervenção política na economia, contrariando interesses conservadores, desencadeando o crescimento das forças opositoras.

1989, fato que simbolizou o fim à Guerra Fria e sucedeu o colapso soviético em 1991. Disponível em: <<https://www.history.com/topics/cold-war/cold-war-history>> Acesso em: 19 jan. 2019.

²⁰² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 13.

²⁰³ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Uma Reforma da Administração de Pessoal Vinculada ao Processo de Desenvolvimento Nacional**, 1970. p. 10.

²⁰⁴ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Uma Reforma da Administração de Pessoal Vinculada ao Processo de Desenvolvimento Nacional**, 1970. p. 12.

²⁰⁵ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)**. 2009. [s.p].

²⁰⁶ “Nesse período, foram criadas 13 empresas estatais, entre elas a Petrobras e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES), grande pilar da política de fomento da política nacional. Vargas também tentou controlar a remessa de lucros das empresas estrangeiras e criar a Eletrobrás, empresa controladora do setor elétrico.” COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 847.

Então em “1954, a polarização entre getulistas e udenistas acaba por levar o processo político a um nível tal de acirramento que o presidente se suicida”²⁰⁷ pondo fim à “Era Vargas”.

O poder carismático e autoritário de Getúlio Vargas, como líder máximo do regime, determinou o controle das massas, especialmente as populares. A passagem controversa e marcante de Vargas pelo comando do Brasil marcou época com suas características intervencionistas e populistas,²⁰⁸ consolidando a crença de que no “Estado, do Estado e pelo Estado, viria a solução dos problemas brasileiros. Dessa crença, derivaram inúmeras iniciativas do governo que marcaram, pelo menos, 60 anos da história brasileira,”²⁰⁹ bem como discussões sobre a intervenção e a delimitação do tamanho estatais e a relação dessas práticas às crises.

Ao fim da “Era Vargas” o modelo burocrático não chegou a ser implementado conforme a matriz weberiana, longe disso, pois nem a proposta reformista de 1936 foi acabada. Dessa forma “não eram apenas as forças atrasadas do patrimonialismo e do clientelismo que jogavam contra as tentativas de prosseguir com reforma burocrática de 1936,”²¹⁰ as forças comprometidas com o desenvolvimento do país, presentes no governo Vargas e Kubitschek (1956-1960) e também no regime militar (1964-1984),²¹¹ viam na rigidez burocrática um impedimento à expansão econômica. Sobretudo durante o crescimento acelerado dos “cinquenta anos em cinco” desenvolvido pelo Plano de Metas de Kubitschek.

²⁰⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p 21.

²⁰⁸ “A noção de populismo como mecanismo de deslegitimação dos interesses populares, sob a forma de uma reação liberal à entrada das massas trabalhadoras na política, tem aqui seu nascimento histórico. Como os interesses das massas são diferentes, a forma de deslegitimá-los é negar-lhe racionalidade. Foi o que nosso liberalismo fez e faz o tempo todo entre nós.” SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p 83.

²⁰⁹ CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Política social**. In: Anos de Incerteza (1930 - 1937). A Era Vargas. Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_politica_social.htm>. Acesso em: 19 jan. 2019. [s.p].

²¹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 13.

²¹¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 13.

1.3.3 A burocracia pública no pós-Vargas e na ditadura civil-militar (1964-1984): um mecanismo de desenvolvimento econômico distante da matriz weberiana

Na transição Vargas (1930-1954) – Kubitschek (1956-1960) o Brasil encerrava o ciclo de fusão da Revolução Industrial à Democrática. Esse fenômeno desencadeou a Revolução Capitalista, o país já não era mais uma “sociedade mercantil e patriarcal, mas uma sociedade capitalista industrial na qual a acumulação de capital e a incorporação de progresso técnico passavam a fazer parte integrante do processo econômico.”²¹² O otimismo e a euforia eram sentimentos comuns de realização, a construção de Brasília (1960) foi um símbolo da Revolução Nacional. O nacionalismo dos anos 1950 e 1960 “não tinha qualquer caráter étnico, nem religioso; era apenas econômico e motivo de orgulho para seus adeptos, porque significava a formulação de um grande projeto comum de desenvolvimento.”²¹³

Nesse período segue a tendência observada desde a implementação da reforma burocrática (1930), quando já havia uma divisão entre a burocracia de Estado, que correspondia à administração direta e outra paralela que correspondia à descentralização. Durante o governo de Kubitschek essa prática registrou uma crescente cisão “entre a administração direta, entregue ao clientelismo e submetida, cada vez mais, aos ditames de normas rígidas e controles, e a administração descentralizada.”²¹⁴ As autarquias, empresas públicas, institutos e grupos especiais *ad hoc*²¹⁵ eram dotados de “maior autonomia gerencial e podiam recrutar seus quadros sem concursos, preferencialmente entre os formados em *think tanks* especializados, remunerando-os em termos compatíveis com o mercado.”²¹⁶ Isso se intensificou pois “a cada desafio surgido na administração do setor público, decorrente da própria evolução socioeconômica e política do país, a saída utilizada era sempre a criação de novas estruturas alheias à administração direta.”²¹⁷

²¹² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**, 2007. p. 19.

²¹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 32.

²¹⁴ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 848.

²¹⁵ “O grande desenvolvimento da burocracia pública brasileira, entretanto, estava realizando-se paralelamente, por meio das empresas estatais, de organizações – na época, quase-estatais – como a Fundação Getúlio Vargas, criada em 1944 por Vargas e por autarquias como o BNDES.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**, 2007. p. 19.

²¹⁶ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 848.

²¹⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 848.

A decisão de Kubitschek de pôr em prática o Plano de Metas para industrialização e modernização do país pela via descentralizada avivou o prestígio da “burocracia gerencial”, paralela à estatutária. A consequência disso foi o “adiamento da difícil tarefa de reformulação e profissionalização da burocracia pública existente”²¹⁸ Formavam-se assim duas realidades burocráticas no país com “ilhas de excelência no setor público voltadas para a administração do desenvolvimento, enquanto se deteriorava o núcleo central da administração.”²¹⁹ A burocracia da descentralização “assumiria o papel de liderança política na transição para o capitalismo industrial deveria ser profissional, mas liberada das amarras do formalismo burocrático.”²²⁰ Em 1963 Goulart (1961-1964) “criou a Comissão Amaral Peixoto, que deu início a novos estudos para a realização da reforma administrativa. Seu principal objetivo era promover uma ampla descentralização administrativa até o nível do guichê.”²²¹ Esses trabalhos foram interrompidos pelo golpe de 1964.

No plano internacional, a Revolução Cubana de 1959 provocou o acirramento da Guerra Fria na América Latina, a “radicalização da esquerda e o alarmismo da direita”²²² alteraram o “quadro otimista que o governo Kubitschek deixara, enquanto uma crise econômica interna aprofundará a crise política.”²²³

Internamente, Goulart tentava administrar as heranças de seus antecessores, a intervenção estatal macroeconômica, e o desenvolvimento baseado no crescimento acelerado, ambos sem mecanismos institucionais para acumulação de recursos. As tentativas de estabilização, como o Plano Trienal²²⁴ de Celso Furtado, foram abandonadas antes da implantação integral por conta das resistências social e política.²²⁵ A impossível conciliação entre crescimento econômico, reformas sociais e combate à inflação, a instabilidade política da falta de representatividade popular e a renúncia de Jânio (1961) lançariam seus reflexos

²¹⁸ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 848.

²¹⁹ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 848.

²²⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 12.

²²¹ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 849.

²²² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**, 2007, p. 1.

²²³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012, p. 21.

²²⁴ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, 1995, p. 455-456.

²²⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil 1930-1967**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968, p. 131-138.

na sociedade, desacreditando a solução dos conflitos pela via democrática e simpatizando com a intervenção militar defensiva.

A direita ganhou os “conservadores moderados para sua tese: só uma revolução purificaria a democracia, pondo fim às lutas de classes, ao poder dos sindicatos e aos perigos do comunismo.”²²⁶ Esse ambiente de polarização deu causa à associação dos militares à burguesia industrial, que apoiados pelos norte-americanos, utilizaram sua força e implantaram o regime civil-militar²²⁷ com o golpe de 1964, dando termo ao governo de Goulart²²⁸ e iniciando os “anos de chumbo” (1964-1984).

A ditadura civil-militar cresceu com a polarização de interesses, rompendo o Pacto popular-nacional de Vargas entre “burguesia industrial, burocracia política e trabalhadores,”²²⁹ cassando direitos políticos e garantias asseguradas em 1946. Entretanto, a nova formação manteve o foco no desenvolvimento econômico, de forma centralizada se mantendo centrada no autoritarismo e na exclusão do “ponto de vista político e social, afastando os trabalhadores e as esquerdas do poder e promovendo uma forte concentração de renda da classe média para cima.”²³⁰ Os Atos Institucionais editaram a Constituição de 1946 e possibilitaram a promulgação da Constituição de 1967. O novo texto constitucional buscou institucionalizar e dar legitimidade à ditadura com ânimo de permanência, abandonando a transitoriedade²³¹ do golpe. Além disso procurou intensificar a segurança nacional, limitando a liberdade dos civis. Mesmo durante sua vigência o protagonismo foi dos Atos Institucionais que implantaram as principais alterações do regime.

No regime militar a administração pública continua dividida entre direta (estatuária-central) e indireta (paralela-descentralizada), esse aspecto contraditório demonstra, de um lado “a concentração e centralização do poder na União”²³² e, de outro, a “rápida e significativa ampliação da administração indireta ou descentralizada *vis-à-vis* a

²²⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, 1995. p. 458.

²²⁷ Entre 1964 e 1969 foram baixados 17 Atos Institucionais pelo regime militar regulamentados por 104 atos complementares. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, 1995. p. 470-480.

²²⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 21.

²²⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**, 2007. p. 20.

²³⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**, 2007. p. 21.

²³¹ “A primeira intervenção militar na política brasileira foi a proclamação da república (1989); a segunda, a revolução de 1930; a terceira, a derrubada de Vargas e o retorno à democracia, em 1945”. Em todas essas ocasiões a intervenção militar não teve caráter de permanência. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 14.

²³² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**, 2007. p. 21.

administração direta ou centralizada a nível federal.”²³³ Em 1967, “Roberto Campos comanda uma reforma administrativa ampla – a reforma do Decreto Lei 200”²³⁴ visando a industrialização e o crescimento econômico, pois sua proposta era de “chancelar e dar mais coerência à experiência de descentralização e de montagem de uma administração paralela que caracterizara esse desenvolvimento no plano administrativo.”²³⁵ Para isso garantiu-se autonomia de gestão à administração indireta. Além disso, a reforma “[...] fortaleceu e flexibilizou o sistema do mérito, tornou menos burocrático o sistema de compras do Estado.”²³⁶ A reforma atingiu vários setores da administração pública:

em primeiro lugar, prescrevia que a administração pública deveria se guiar pelos princípios do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de competência e do controle. Em segundo, estabelecia a distinção entre a administração direta — os ministérios e demais órgãos diretamente subordinados ao presidente da República — e a indireta, constituída pelos órgãos descentralizados — autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Em terceiro, fixava a estrutura do Poder Executivo federal, indicando os órgãos de assistência imediata do presidente da República e distribuindo os ministérios entre os setores político, econômico, social, militar e de planejamento, além de apontar os órgãos essenciais comuns aos diversos ministérios. Em quarto, desenhava os sistemas de atividades auxiliares-pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria e serviços gerais. Em quinto, definia as bases do controle externo e interno. Em sexto, indicava diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos. E finalmente, estatua normas de aquisição e contratação de bens e serviços.²³⁷

No aspecto da descentralização essas exterioridades reformistas afastaram a burocracia pública dos padrões clássicos. Enquanto o DASP, “restrito à administração do pessoal, mantinha-se preso aos princípios da Reforma Burocrática de 1936,”²³⁸ todavia enfraquecido pela redemocratização de 1946.

A reforma de 1967 cumpriu seu papel dando condições operacionais aos Planos Nacionais de Desenvolvimento econômico, porém, facilitou a sobrevivência de práticas clientelistas relacionadas à pessoalidade como critério de nomeação aos cargos e carreiras

²³³ WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Organização governamental e administrativa, voltada para o processo de desenvolvimento nacional: o caso brasileiro**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 7-36, 1979, p. 8

²³⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 64

²³⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 64.

²³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 14.

²³⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 853.

²³⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 65.

públicos.²³⁹ Como aspecto positivo, a descentralização combateu a excessiva rigidez da burocracia implantada no Estado Novo, o que para Bresser representou a primeira representação gerencial da administração pública no Brasil. Todavia faltaram alguns fatores para que fosse aberto caminho para gerencialismo, tais como “clara distinção entre as atividades exclusivas de Estado e as não-exclusivas, o uso sistemático do planejamento estratégico ao nível de cada organização e seu controle através de contratos de gestão e de competição administrada.”²⁴⁰

Outro fator importante não alcançado pela reforma de 1967 foi o núcleo central da administração pública. Somente em 1979 o Decreto nº 83.740 instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, idealizado por Hélio Brandão. Especificamente o desafio do programa era resolver os problemas trazidos da fase de implementação do DASP, estabelecendo princípios racionais sob premissas teleológicas, preocupando-se menos com o próprio procedimento e mais com a complexidade social, atribuindo um alcance sistêmico ao agir administrativo. Além disso era necessário controlar o clientelismo que persistia. Em linhas gerais, era uma “proposta política visando, através da administração pública, retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado.”²⁴¹

As medidas tomadas por meio das reformas, especialmente a tributária e a administrativa, do ajuste macroeconômico, do fortalecimento das empresas estatais levaram ao fortalecimento do Estado e resultaram no “milagre econômico” (1968-1974). Esse foi o principal êxito da burocracia pública, que sob as críticas de distanciamento da matriz weberiana, promoveu um acentuado crescimento com baixas taxas de inflação. Essa política propagou o capitalismo de forma alheia ao liberalismo, pois o Estado continuava com forte intervenção em “extensa área, indexando salários, concedendo créditos e isenções de tributos, aos exportadores,”²⁴² abandonando apenas a intervenção de natureza social. Apesar do sucesso econômico, esse modelo tinha algumas fragilidades e pontos negativos. A vulnerabilidade decorria da “excessiva dependência do sistema financeiro e do comércio internacional”²⁴³ para desenvolvimento do setor produtivo do Estado. O ponto negativo era

²³⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**, 2007. p. 22-23.

²⁴⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 66.

²⁴¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 65-66.

²⁴² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, 1995. p. 486.

²⁴³ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, 1995. p. 486.

de ordem social caracterizado pela concentração de renda e pelo abandono das políticas sociais do setor governamental. Justamente os aspectos econômicos e sociais foram os flancos do regime militar na ascensão do processo de redemocratização (1984-1988).

No campo econômico, em 1974 o governo Geisel (1974-1979) lançou o II Plano Nacional de Desenvolvimento para atenuar as consequências internas da crise internacional do petróleo (1973) que atingiu expressivamente as importações brasileiras.²⁴⁴ A alternativa era investir no terreno de insumos básicos e na industrialização de bens de capital, contando com o protagonismo das empresas estatais. Dessa forma, os empréstimos nas agências multilaterais foram a alternativa para intensificar o crescimento do setor produtivo estatal, tornando-o dominante, interferindo diretamente no mercado de forma concorrencial ou por meio dos monopólios.²⁴⁵ Então “os militares e empresários nacionalistas que, nos anos 1970, aceitaram o endividamento externo, assim como seus críticos democráticos, não sabiam que o capital se faz em casa.”²⁴⁶ Tal posicionamento iniciou a crise crítica ao “processo de estatização – de aumento do tamanho do aparelho do Estado e do grau de intervenção regulatória do Estado sobre a economia.”²⁴⁷ Então a campanha pela “desestatização, inicia o processo gradual de mudança do modelo político.”²⁴⁸ O “programa da desestatização havia sido concebido para estabelecer limites aos excessos de expansão da administração pública descentralizada, tendência marcante na década anterior sem, entretanto, se configurar na reversão desse processo.”²⁴⁹

Todos esses fatores resultaram na perda de adesão dos militares e o crescimento dos movimentos políticos e sociais. As controvérsias intervencionistas-autoritárias foram enfraquecendo politicamente o regime. A crise se “desencadeia como uma reação ao ‘pacote de abril’ de 1977, um conjunto de medidas violentamente autoritárias que [...] Geisel adota, depois de ter anunciado, dois anos antes, que estava iniciando a ‘distensão’ ou a ‘abertura’ democrática.”²⁵⁰ Esses acontecimentos deram início à transição democrática. Forma-se o

²⁴⁴ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**, 1995. p. 48.

²⁴⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O colapso de uma aliança de classes**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1978. p. 114.

²⁴⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 29.

²⁴⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 72.

²⁴⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 72.

²⁴⁹ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 854.

²⁵⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 24.

“Pacto Democrático-Popular de 1977, um pacto abrangente que foi impulsionado pela crise econômica que começa em 1980 [...] e, alcança a democracia no final de 1984, depois de ampla mobilização popular – a campanha das Diretas-Já.”²⁵¹

Contudo, o Brasil entra em um ciclo democrático pautado pela justiça social, restaura as liberdades civis e políticas, implementando direitos sociais. A maior representação do Estado Democrático de Direito é a Constituição de 1988. Apesar disso, o país ainda tem grandes desafios acerca da superação da crise de 1980 e da delimitação do Estado. A alternativa encontrada é a superação da burocracia e o surgimento do gerencialismo como novo paradigma para a administração pública.

1.3.4 Entre a euforia democrática-populista (1984-1988) e a crise fiscal de 1980: o retrocesso burocrático da Constituição de 1988

A transição democrática (1977-1985) acontece principalmente em oposição ao modelo político decorrente do regime civil-militar implantado em 1964, sem um plano de desenvolvimento a propor, “tinha, sem dúvida, uma estratégia política – o restabelecimento da democracia – e uma estratégia social: a busca da redução do alto grau de injustiça social existente no Brasil através do aumento das despesas públicas na área social.”²⁵² Então a redemocratização acontece em um cenário caótico entre os anseios democráticos-populistas por justiça social e a crise fiscal de 1980 decorrente das estratégias de desenvolvimento

Os planos de desenvolvimento que ocasionaram o crescimento dos anos 1970 levaram a elevados “déficits em conta corrente financiados por endividamento externo [resultando], nos anos 1980, na grande crise da dívida externa e na alta inflação inercial que paralisariam o desenvolvimento econômico brasileiro.”²⁵³ A euforia democrática-populista da transição ignora necessidade de reforma da intervenção do Estado na economia e a gravidade da “crise fiscal – mais do que isto, da crise do Estado – que o país estava atravessando desde que se desencadeara a crise da dívida externa.”²⁵⁴ A crise fiscal do

²⁵¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 23.

²⁵² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 77.

²⁵³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 23.

²⁵⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 18.

Estado, que atinge vários países da América Latina,²⁵⁵ deve ser claramente distinguida da “mera indisciplina fiscal e do correspondente déficit público. Trata-se de um problema estrutural, ao invés de um simples problema conjuntural.”²⁵⁶ As tentativas para explicar a crise e a estagnação do crescimento flutuaram entre o populismo, pela inexistência de estabilização e pelo intervencionismo. Entretanto, essa pode ser explicada pelo “crescimento excessivo e distorcido do Estado e pelo esgotamento da estratégia de intervenção [...]”,²⁵⁷ transformando o Estado em um obstáculo ao invés de promotor de desenvolvimento. Dessa forma a redemocratização é explorada sob o aspecto social, econômico e pano de fundo do retrocesso burocrático como meio de gestão da máquina pública.

A “crise do Estado autoritário, burocrático-capitalista, de 1964 – crise fiscal e crise política – está sem dúvida na base da descentralização política”²⁵⁸ como uma demanda da nova sociedade civil que surgira em todo o Brasil. A coalizão política popular contava com os “trabalhadores, mas que apresenta como grande novidade o fato de a burguesia se aliar a eles e, mais diretamente, aos amplos setores da classe profissional, inclusive da burocracia pública não diretamente comprometidos com o regime militar.”²⁵⁹ A redemocratização se fundamenta nos valores supremos de realização democrática e promoção de justiça social. O populismo presente na redemocratização ocupa seu lugar na crise, entretanto que levou as economias da “América Latina a uma crise fiscal sem precedentes foi a decisão tomada nos anos 70 por governos não populistas – geralmente militares e autoritários – [...] de contrair uma enorme dívida externa.”²⁶⁰ Nesse caso há a necessidade de adaptação da máquina pública para administrar a ideologia dominante que, além de “nacional-desenvolvimentista, protecionista e estatista, pretendia ser keynesiana.”²⁶¹

²⁵⁵ “Na América Latina a crise fiscal do Estado tem cinco ingredientes: a) o déficit público; b) a poupança pública negativa ou muito pequena; c) uma dívida pública - externa e interna - excessivamente grande; d) a falta de crédito do Estado, expressa na sua incapacidade de constituir uma dívida pública interna voluntária ou no prazo excessivamente curto dessa dívida (o overnight); e e) a falta de credibilidade dos governos (que não deve ser confundida com a falta de crédito do Estado).” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?** Pesquisa e Planejamento Econômico. p. 3-23, 21(1), abril 1991. p. 9.

²⁵⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?** 1991. p. 9.

²⁵⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?** 1991. p. 9.

²⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 17.

²⁵⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 73.

²⁶⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?** 1991. p. 14.

²⁶¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 18.

Em meados dos anos 1980 a principal missão do governo de Sarney, assumindo a presidência após a morte de Tancredo (1985), era realizar as mudanças necessárias para a reverter o quadro de centralização autoritária e a crise fiscal, promulgando uma Constituição que representasse os ideais “democráticos, sociais e nacionalistas da grande mobilização popular que foram as Diretas Já.”²⁶² A primeira seria alcançada pela reforma administrativa, “transformando o aparelho administrativo em ente reduzido, orgânico, eficiente e receptivo às demandas da sociedade.”²⁶³ A segunda consistiria no ajuste financeiro por meio dos planos de estabilização econômica. Algumas iniciativas²⁶⁴ foram tomadas para iniciar a reforma da máquina administrativa, porém seus trabalhos foram interrompidos para implementação do Plano Cruzado, considerado grosseiramente populista, produziu alguma prosperidade do início, mas veio a fracassar. Em meio ao caos do descontrole político sobre a crise fiscal, a “ampla reforma modernizadora e democrática foi deixada de lado para dar lugar à mais tradicional estratégia de reforma administrativa — a racionalização dos meios,”²⁶⁵ retornando aos princípios da primeira reforma burocrática (1930), desenvolvida pela Assembleia Constituinte, eleita em 1986 e instalada em 1987.²⁶⁶ Além da alteração administrativa, a Constituinte pretendia refundar a “República, estabelecendo outras bases para a soberania, a ordem social, a cidadania, a organização do Estado, as formas de deliberação coletiva, o financiamento do gasto público, as políticas públicas [...]”²⁶⁷

A festejada promulgação em 1988 da chamada Constituição Cidadã, definiu “direitos civis, políticos e sociais dos cidadãos; dessa forma também definia os grandes objetivos políticos da nação: a liberdade ou a democracia, a segurança, o desenvolvimento econômico, a justiça social e a proteção do ambiente.”²⁶⁸ Sob as acusações de resgate do populismo

²⁶² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 76.

²⁶³ MARCELINO, Gileno Fernandes. **Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil**. Revista de Administração Pública, v. 37, n. 3, p. 641-659, 2003. p. 645.

²⁶⁴ “Em 31 de julho de 1985 foi instalada a Comissão Geral do Plano de Reforma Administrativa. Essa comissão era subdividida em câmaras que passaram a atuar em projetos específicos de avaliação da administração pública federal e de definição de diretrizes para áreas prioritárias como a própria organização da administração federal, a área de recursos humanos, ou ainda a informatização do setor público”. MARCELINO, Gileno Fernandes. **Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil**, 2003. p. 647.

²⁶⁵ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 858.

²⁶⁶ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 858.

²⁶⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 858.

²⁶⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 76.

(1950), por parte de conservadores e neoliberais, com relação à codificação ilusória de direitos impossíveis de efetivar, especialmente no plano dos sociais, a Constituição estabelece uma gama de “direitos de cidadania, ampliou os mecanismos de inclusão política e participação, estabeleceu larga faixa de intervenção do Estado no domínio econômico, redistribuiu os ingressos públicos entre as esferas de governo [...]”²⁶⁹ Todas essas medidas procuraram “diminuiu o aparato repressivo herdado do regime militar e institucionalizou os instrumentos de política social, dando-lhes substância de direção.”²⁷⁰ A lógica constitucional foi democratizar a esfera pública por meio da participação nas decisões públicas. Assim, “foram institucionalizados mecanismos de democracia direta, favorecendo um maior controle social da gestão estatal, [...] e resgatou-se a importância da função de planejamento.”²⁷¹

Em linhas gerais o regime democrático buscava a descentralização política, todavia, a Constituição de 1988 buscou “concentrar-se ou centralizar-se no plano administrativo, limitando drasticamente a autonomia das agências e empresas do Estado, e retornando aos ideais da reforma burocrática de 1936.”²⁷² A administração pública retomou a rigidez e o controle baseado em princípios hierárquicos, onde a distinção entre administração direta e indireta praticamente desaparece. O retrocesso resultou principalmente da “crença equivocada de que a desconcentração e a flexibilização da administração pública que o Decreto-Lei 200 teria promovido estavam na origem da crise do Estado,”²⁷³ sem considerar como sua principal causa a estratégia desenvolvimentista adotada em 1970. Na Constituição de 1988

o regime jurídico dos funcionários passava a ser único na União, e em cada nível da federação. As novas orientações da administração pública, que vinham sendo implantadas no país desde 1967, foram mais que ignoradas, destruídas, enquanto a burocracia aproveitava para estabelecer para si privilégios, como a aposentadoria com vencimentos plenos sem qualquer relação com o tempo e o valor das contribuições, e a estabilidade adquirida quase que automaticamente a partir do concurso público. Um grande mérito, porém, teve a Constituição de 1988: exigiu concurso público para entrada no serviço público, assim reduzindo

²⁶⁹ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 858.

²⁷⁰ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 858.

²⁷¹ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 858.

²⁷² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 18.

²⁷³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 19.

substancialmente o empreguismo que tradicionalmente caracterizou o Estado patrimonialista²⁷⁴

A retomada dos princípios clássicos da burocracia foi uma reação ao “clientelismo que dominou o país [...], mas também foi uma afirmação de privilégios corporativistas e patrimonialistas incompatíveis com o *ethos* burocrático.”²⁷⁵ Além disso, foi a “consequência [sic!] de uma atitude defensiva da alta burocracia, que, sentindo-se acuada, e injustamente acusada, defendeu-se de forma irracional.”²⁷⁶ A experiência das reformas administrativas no Brasil “apresentou distorções na coordenação e avaliação do processo, o que dificultou a sua implementação nos moldes idealizados. Persistia na sua concepção uma enorme distância entre as funções de planejamento, modernização e recursos humanos.”²⁷⁷ O resultado disso foi o desprestígio da gestão pública e a ineficiência do Estado em administrar as demandas sociais. O “fracasso do governo democrático que se instala em 1985 em lograr estabilizar a economia devido às políticas econômicas que então adota [...] enfraqueceu também as ideias nacionalistas e desenvolvimentistas que passaram a ser confundidas com o populismo.”²⁷⁸ Em síntese, no governo Sarney o país, “sob a égide de uma coalizão política populista no Congresso - o Centrão - mergulhou em 1988 e 1989 em um regime de descontrole da política econômica que, dada a crise fiscal existente, levaria o país à hiperinflação no início de 1990.”²⁷⁹

No plano internacional a queda do Muro de Berlim, em 1989, e o colapso da União Soviética, em 1991, consolidam a hegemonia neoliberal. Internamente, a eleição de Collor (1990-1992) à presidência, derrotando os líderes da transição democrática, representa o caráter oportunista e desastroso das reformas de desestatização e racionalização. O fracasso do Plano Collor,²⁸⁰ seu *Impeachment* e posterior renúncia aumentam a instabilidade brasileira

²⁷⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 19.

²⁷⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 82.

²⁷⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 82.

²⁷⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 858.

²⁷⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas**, 2012. p. 34.

²⁷⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 18.

²⁸⁰ “O Plano Collor –, que congela os preços, faz a captura de parte da poupança popular depositada nos bancos, e promove um violento ajuste fiscal. Entretanto, apesar da dureza do ajuste, o plano fracassa principal senão exclusivamente porque não previu um mecanismo de neutralização da inércia inflacionária.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 83.

e o descrédito na administração pública, que fora desmantelada e desarticulada.²⁸¹ Itamar (1992-1994) assume a presidência lançando o Plano Real, que “logra afinal neutralizar a alta inflação inercial que penalizava o país desde 1994. A aplicação de uma estratégia [...] heterodoxa que fugia aos ditames de Washington e Nova York.”²⁸²

Contudo, em meados da década de 1990 o país estava diante de uma situação caótica, a crise generalizada decretava a falência do Estado burocrático e a emergência de uma reforma que atingisse gestão e estrutura estatais, alternado a forma de interação do Estado com a economia e com a sociedade, resgatando a confiança no aparelho estatal.

²⁸¹ COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**, 2008, p. 862.

²⁸² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 84.

2 ESTADO REGULADOR E GOVERNANÇA EM REDE: UM NOVO PARADIGMA DE INTERATIVIDADE NA ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA

A regulação estatal tem tripla instrumentalidade, emanando do direito, da economia e da sociedade, por esse motivo é preciso entender os limites e os meios de ingerência entre esses vetores. Dessa forma é necessário pormenorizar o gerencialismo brasileiro em uma contextualização social, política e econômica, apontando as influências externas e internas que moldaram o modelo que deu causa à criação das agências reguladoras brasileiras e suas possibilidades para o futuro.

De igual importância é conhecer a função reguladora do Estado e seu trato perante mercado e sociedade moldado pelo pacto democrático, posto que esse fator determinará as finalidades da regulação. O protagonismo da função reguladora estatal se deu pela idealização quanto à atuação eficiente, se fazendo imprescindível compreender a eficiência, para apontar as falhas governamentais e o núcleo da governança. Essas considerações são importantes na medida em que se projetam para o âmbito das agências reguladoras, fornecendo elementos para interpretação desses entes.

Por fim, se pretende demonstrar o teor normativo da Política de Governança brasileira disposta pelo Decreto 9203/2017, discorrendo sobre a sua implementação e a influência do Banco Mundial e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico na consolidação desse processo. Ainda se pretende demonstrar a perspectiva *Whole of government*, da Política, fundamentada em princípios e diretrizes com texturas abertas, visando uma coerência governamental baseada em uma ação em redes de interatividade atuando em coordenação, cooperação e compromisso para consecução do interesse público.

2.1 PASSADO, PRESENTE E FUTURO DO GERENCIALISMO: OS NÍVEIS DE COMPREENSÃO DA REFORMA ENTRE A DELIMITAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA E OS MEIOS DE CONTROLE REGULATÓRIO

O contexto mundial de crise iniciado na década de 1970 com a disseminação da globalização econômica e o crescimento da ideologia neoliberal, após o fim da Guerra Fria e a queda da União Soviética (1991), exigiram uma alteração na postura dos Estados para lidar com as transformações política, econômica e sociais da época. No início da década de 1980 o *new public management* é adotado como uma medida que incorpora princípios da administração privada como norte para a pública. Dentre seus erros e acertos, vários Estados se inspiraram nele como um ideal reformista em oposição ao esvaziamento do modelo burocrático. Essa circunstância não foi diferente no Brasil. A decisão política de fortalecimento do Estado veio por meio da implantação da primeira reforma administrativa sob o regime democrático brasileiro.

A reforma gerencial (1995) foi implantada em vários níveis para recuperar a autonomia financeira e a capacidade de implementar políticas públicas de forma eficiente e, sobretudo, para recuperar a confiança no Estado brasileiro. Pode-se dizer que, na contemporaneidade, seu desenvolvimento ainda não encontrou o fim. Continua acontecendo em um processo de aperfeiçoamento constante, essa é uma faceta que se pretende demonstrar, rumando para a consolidação do pós-*new public management*.

A delimitação da esfera pública assume camadas profundas, propondo, no mesmo ajuste, uma reforma administrativa representada pela governança e outra política pretendendo governabilidade. Além de implantar uma nova postura do Estado perante a economia e a sociedade, transformando a intervenção em regulação e introduzindo a participação social no meio público.

Dada a profundidade dessas variáveis se analisa de forma introdutória a delimitação da esfera pública com o redirecionamento das atividades estatais não-essenciais para a iniciativa privada e os meios de controle regulatório redirecionados entre Estado, mercado e sociedade.

2.1.1 O impacto do neoliberalismo e da globalização econômica: a dicotomia das reformas entre enfraquecer ou fortalecer o Estado

Os princípios que vigoraram próximos a um “consenso do pós-guerra em torno da economia mista e do Estado-Providência,”²⁸³ sofreram um forte abalo na década de 1970 por conta da “[...] abrupta decisão norte-americana de desvincular o dólar do ouro e de deixar flutuar sua moeda, [...]”²⁸⁴ os EUA começam a tomar decisões unilaterais que vão impactar internacionalmente. Além disso, os efeitos das crises do petróleo de 1973 e 1979 fizeram ruir os “anos dourados” do capitalismo social em uma “combinação de inflação e recessão, [...] de resolução nada fácil através das fórmulas keynesianas.”²⁸⁵

A globalização econômica, intensificada entre as décadas de 1970 e 1980, alterou as formas de produção sob a égide tecnológica e modificou também a competição entre a iniciativa privada. Tem início uma verdadeira batalha entre a transnacionalidade e a soberania nacional. Acontece o “enfraquecimento dos governos para controlar os fluxos financeiros e comerciais, somado ao aumento do poder das grandes multinacionais.”²⁸⁶ Isso resultou na perda de parcelas significativas de poder dos Estados nacionais de ditar políticas macroeconômicas.

As discussões sobre o papel do Estado surgem nos contextos econômico e social, atingindo a forma de intervenção estatal na economia e o gasto público com serviços sociais, implicando em reformas do seu modelo político e de sua estrutura administrativa. A ineficiência da gestão pública acusa a emergência de uma reconfiguração da esgotada organização administrativa burocrática.

A regulação da economia por meio de intervenções políticas-estatais macroeconômicas e baseadas no pleno emprego se revelavam ineficientes, diante dos efeitos transnacionais da globalização, resultando em altas taxas de desemprego e desequilíbrio econômico. A promoção de justiça social gerou um alto gasto público para manutenção das

²⁸³ MISHRA, Ramesh. **O estado-providência na sociedade capitalista**. Tradução Ana Bairradas, Oeiras: Celta, 1995. p. 05

²⁸⁴ BATISTA, Paulo Nogueira. **O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos**. Disponível em: <<http://www.consultapopular.org.br/sites/default/files/consenso%20de%20washington.pdf>> Acesso em 10 de dez. 2018. p. 13.

²⁸⁵ MISHRA, Ramesh. **O estado-providência na sociedade capitalista**, 1995. p. 05.

²⁸⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**. Cadernos ENAP. Brasília, ENAP, número 10, 1997, p. 9-10.

demandas assumidas pelo Estado. A pesada tributação provocou a revolta dos “*taxpayers*” (contribuintes) contra a cobrança de mais tributos, principalmente porque não enxergavam uma relação direta entre o acréscimo de recursos governamentais e a melhoria dos serviços públicos.²⁸⁷ A inaptidão em lidar com as crises social e econômica resultou em uma crise de governabilidade pondo em xeque o relativo consensualismo da estrutura do Estado providência.

Esses fatores fizeram surgir novas organizações ideológicas em torno da relação Estado/sociedade/economia, como a terceira via,²⁸⁸ e, mais intensamente entre as décadas de 1980 e 1990, o neoliberalismo. O último “passou a assinalar que o Estado de Bem-Estar, em lugar de contribuir para o crescimento econômico, estaria estagnando a economia por não submeter os serviços públicos ao estímulo da competição.”²⁸⁹ Além disso, outros aspectos acusaram sua ineficiência, tais como: o forte intervencionismo, responsável pelo desestímulo à economia de mercado, a incapacidade de promoção de justiça social, a obstrução da liberdade (dependência protecionista) e a oposição à iniciativa privada.²⁹⁰ Dessa forma a alternativa em linha gerais foi orientada para uma não intervenção relativa do Estado, delimitando seu tamanho, por meio das privatizações, ficando ao seu encargo as atividades essenciais, nos moldes liberais, estimulando mecanismos de mercado com a abertura ao comércio exterior e a liberalização da iniciativa privada e da concorrência no âmbito do mercado.

O neoliberalismo se ligou à tradição da Escola de Chicago, pois seu principal representante, Milton Friedman foi um defensor do livre-mercado e do *Laissez-faire*. Sua obra *Capitalismo e Liberdade*²⁹¹ (1962), teoriza acerca da relação entre liberdade econômica e liberdade política, o papel do governo numa sociedade livre, política fiscal, educação, monopólio, distribuição de renda, bem-estar social e combate à pobreza.²⁹² Ao negar a atuação estatal para a promoção de justiça social, Friedman afirma que

²⁸⁷ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**. 1997, p. 9.

²⁸⁸ Sobre Terceira Via ver GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Trad. Maria L. Borges. São Paulo: Record, 1999.

²⁸⁹ VERDÚ, Jaime Pastor; DE BLAS GUERRERO, Andrés. **Fundamentos de ciência política**. Madrid: Facultad Nacional de Educación a Distância, 1997. p. 118.

²⁹⁰ VERDÚ, Jaime Pastor; DE BLAS GUERRERO, Andrés. **Fundamentos de ciência política**. 1997. p. 117.

²⁹¹ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Nova. Cultural, 1985.

²⁹² FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**, 1985. p. 7.

o homem livre não perguntará o que sua pátria pode fazer por ele ou o que pode ele fazer por sua pátria. Perguntará de preferência: o que eu e meus compatriotas podemos fazer por meio do governo para ajudar cada um de nós a tomar suas responsabilidades, a alcançar nossos propósitos e objetivos diversos e, acima de tudo, a proteger nossa liberdade? E acrescentará outra pergunta a esta: o que devemos fazer para impedir que o governo, que criamos, se torne um Frankenstein e venha a destruir justamente a liberdade para cuja proteção nós o estabelecemos?²⁹³

Friedman teve grande influência²⁹⁴ nos governos do republicano Reagan (1981-1989) nos EUA, do qual foi conselheiro econômico e da conservadora Thatcher (1979-1990) no Reino Unido, que, aliados na Guerra Fria e contrários ao antigo consenso pró *Welfare State*, aderiram às reformas alterando seus regimes políticos estatais. O *Reaganomics* e o *Thatcherismo* tiveram em comum as reduções do gasto público, da regulação da economia, o controle da oferta de moeda e, sobretudo o *rolling back the state*, ou seja, a desestatização em massa.

Conforme Bresser-Pereira, no Reino Unido, a reforma não decorreu de uma ideia neoliberal, mas de um “acordo entre o governo Thatcher e a alta burocracia britânica, a primeira querendo reduzir os impostos, a segunda buscando reduzir seu custo pelo aumento da eficiência na prestação dos serviços, não pela diminuição dos serviços.”²⁹⁵ Bresser-Pereira ainda afirma que, a partir dos anos 1980, os EUA se encarregaram de implantar o modelo neoliberal pelo mundo, por meio do Banco Mundial.²⁹⁶ Fazendo uma alusão às recomendações das agências financeiras multilaterais, o chamado Consenso de Washington.²⁹⁷

A negação de Bresser-Pereira acerca da implantação do neoliberalismo no Reino Unido, além de um completo *nonsense*, pode ser justificada pelo fato de ele mesmo buscar

²⁹³ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**, 1985. p. 12.

²⁹⁴ O Chile foi o pioneiro em aderir ao Neoliberalismo, por influência dos “Chicago Boys” em 1973 no governo Pinochet (1973-1990). VILLAROEL, Gilberto. *La herencia de los "Chicago boys"*. Santiago do Chile: BBC, 2006. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_3192000/3192145.stm> Acesso em: 10 dez. 2018.

²⁹⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**. Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro 51(1):147-156, jan. - feb. 2017. p. 151.

²⁹⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017. p. 152.

²⁹⁷ Os princípios do Consenso de Washington “visavam no âmbito da economia, a fornecer às empresas transnacionais uma margem de ação ilimitada, a abolir participações governamentais em empresas, em combater o protecionismo comercial e, por fim, a libertar empresas econômicas de regulações políticas.” TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 149

as bases reformistas utilizadas por Thatcher, o *new public management*, como guia da reforma gerencial brasileira. A diferença primordial aqui é que Thatcher aplicou o *management* em seu sentido meramente economicista-conservador, enquanto Bresser se utilizou de uma evolução do modelo já seguindo os moldes democráticos. Então, Bresser, temendo o rótulo neoliberal à sua criação, buscou negar a ideologia. Após o governo de Thatcher o enfraquecimento do neoliberalismo foi observado somente em 1997, na tentativa de implantação da terceira via por meio do discípulo de Giddens, Tony Blair eleito primeiro-ministro do Reino Unido (1997 a 2007).

A alteração do regime político dos Estados exigiu também reformas na organização administrativa. De uma forma “avassaladora, a perspectiva do senso comum contra a burocracia, normalmente anedótica, se expandia rapidamente no final da década de 70 e no começo da de 80.”²⁹⁸ O início do século XX demonstrou que na transição de modelos liberais para democráticos-sociais a administração burocrática weberiana não apresentou resultados tão eficientes quanto obtivera no “pequeno”²⁹⁹ Estado Liberal, impondo a necessidade de reformas na gestão pública. A opinião pública, de forma praticamente unânime, considerava que o “setor privado possuía o modelo ideal de gestão. A administração das empresas privadas tinha uma ótima reputação, apesar dos vários escândalos ocorridos no final da década de 70 – bancarrota e corrupção.”³⁰⁰

Então entre as décadas de 1970 e 1980 vários países³⁰¹ como a Grã-Bretanha, a Nova Zelândia e a Austrália aderiram ao *new public management*. Esse paradigma tinha por base a transferência de princípios do setor privado para a gestão pública. Seu foco era nos resultados e não mais somente no procedimento como na tradição da burocracia weberiana. Além disso, eram suas características a) a definição das responsabilidades de cada um dos atores inseridos nas agências governamentais; b) a definição dos objetivos organizacionais; e c) a incorporação da “consciência dos custos”, ou seja, estímulo a que os funcionários públicos conhecessem o custo de suas ações.³⁰²

²⁹⁸ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 11.

²⁹⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 96.

³⁰⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 11.

³⁰¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017. p. 152.

³⁰² ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 15.

Os principais instrumentos utilizados para o alcance dos objetivos, tendo como pano de fundo a estratégia da eficiência, foram: a) avaliação de desempenho; b) introdução de técnicas de controle orçamentário; c) descentralização administrativa; d) delegação de autoridade aos funcionários (*empowerment*); e e) administração por objetivos.³⁰³

O modelo pioneiro reformista (1980) pode ser compreendido como um gerencialismo puro, introduzido por padrões conservadores e republicanos no Reino Unido e nos EUA, respectivamente. Nesse padrão “prevalencia o ângulo meramente economicista (“cortar custos” como fim último) e o desconhecimento da especificidade do setor público.”³⁰⁴ A produtividade era medida pela economia e pela eficiência, a sociedade era considerada contribuinte na relação com o Estado.

A implantação do gerencialismo puro encontrou certo êxito para Thatcher, porém o mesmo não ocorreu para Reagan. O presidente dos EUA encontrou resistência à flexibilidade do modelo, baseada na crença de favorecimento da patronagem política. Outro fator foi a descentralização do poder entre os estados norte-americanos, não presente na realidade britânica. O “poder local [nos EUA] tem uma enorme autonomia e os governos estaduais também são fortes o suficiente para definirem um padrão de políticas públicas.”³⁰⁵ Além disso, nos EUA, o *managerialism* “teve que conviver com padrões de democratização do setor público incompatíveis com os gerenciais mais ortodoxos.”³⁰⁶ Isso não implicou no abandono do *managerialism* pelos EUA, mas sim na sua adaptação. A partir da implantação conservadora, no modo puro, o *public management* sofreu transformações afim de se aproximar dos padrões contemporâneos democráticos.³⁰⁷

Superada a fase de implantação o *management* assume uma configuração de *Consumerism*, adicionando efetividade e qualidade aos seus fins. Conforme essa configuração os atores sociais devem ser equiparados aos clientes do setor privado. A principal crítica é referente à equiparação e à redução do Estado a um mero prestador de

³⁰³ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 17-18.

³⁰⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 11.

³⁰⁵ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 30.

³⁰⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 30.

³⁰⁷ As configurações que sucederam a *Consumerism*, nos EUA e na Grã-Bretanha serão expostas no item **2.1.3 O futuro do gerencialismo no Brasil enquanto processo inacabado: as possibilidades entre Estado, mercado e sociedade como meios de controle regulatório**.

serviços.³⁰⁸ Outro conceito controverso do modelo *Consumerism* é a transposição da ideia de competição privada no setor público, podendo se resumir a um jogo de “soma-zero,” na medida em que o vencedor “*takes all*, ganhando todos os incentivos para continuar sendo o melhor, a unidade de serviço público que obtiver as piores ‘notas’ dos consumidores, perde tudo,”³⁰⁹ o que resultará indiretamente na aplicação de incentivos para que este equipamento social continue sendo o pior. Neste jogo, “o maior perdedor é o princípio da equidade [sic!] na prestação dos serviços públicos, transformando alguns consumidores em mais cidadãos do que os outros.”³¹⁰

Estava assim completa a teoria dos três “E’s”, pregando o “hands-on, professional management; explicit standards and measures of performance; managing by results, and value for money [...] the three Es of Economy, Efficiency and Effectiveness.”³¹¹ Conforme Christopher Pollitt

[...] the NPM [New Public Management] is a two level phenomenon: at the higher level it is a general theory or doctrine that the public sector can be improved by the importation of business concepts, techniques and values, while at the more mundane level it is a bundle of specific concepts and practices, including: • Greater emphasis on ‘performance’, especially through the measurement of outputs • A preference for lean, flat, small, specialized (disaggregated) organizational forms over large, multi-functional forms • A widespread substitution of contracts for hierarchical relations as the principal coordinating device • A widespread injection of market-type mechanisms including competitive tendering, public sector league tables and performance-related pay • An emphasis on treating service users as ‘customers’ and on the application of generic quality improvement techniques [...].³¹²

³⁰⁸ POLLITT, Christopher. **Managerialism and the public services — the angloamerican experience**. Oxford/Massachusetts: Basil Blackwell, 1990.p. 125.

³⁰⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 25.

³¹⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 25.

³¹¹ KJAER, Anne Mette. **Governance**. Cambridge, Polity Press, 2011. p. 25. “[...] hands-on (mãos na massa; pró-atividade), gestão profissional; explícitas medidas de desempenho; gestão de resultados, e valor para o dinheiro[...] os três “Es” de economia, eficiência e eficácia” (Tradução nossa).

³¹² POLLITT, Christopher. **The New Public Management: An Overview of Its Current Status**. In: *Administratie si Management Public*. nº 8. Bucureşti. Editura ASE. 2007. Disponível em <<https://www.ceeol.com/search/journal-detail?id=534>>. Acesso em: 02 dez. 2018. p. 110. . “O NPM [*New Public Management*] é um fenômeno de dois níveis: no nível mais alto, é uma teoria geral ou doutrina que o setor público pode ser melhorado pela importação de conceitos de negócios, técnicas e valores, enquanto ao nível mais mundano Trata-se de um conjunto de conceitos e práticas específicos, incluindo: • maior ênfase no ‘desempenho’, especialmente através da medição de saídas • uma preferência por formas organizacionais magras, planas, pequenas, especializadas (desagregadas) sobre grandes, formas multifuncionais • uma substituição generalizada de contratos para as relações hierárquicas como o principal dispositivo de coordenação • uma injeção generalizada de mecanismos de tipo de mercado, incluindo concurso, mesas do setor público e remuneração relacionada com o desempenho • ênfase no tratamento de

Para além dos erros e acertos do *management*, a busca de princípios da iniciativa privada, sem qualquer especialidade pública, como basilares para gestão estatal decretam a falência da estrutura baseada na enferrujada burocracia. As estratégias de sucesso do mercado venciam assim a organização pública, dando tónus à discussão do papel do Estado diante da transnacionalidade do mercado, que muitas vezes, ignora a ordem estatal nacional.

As reformas quanto ao modelo de Estado e sua organização fundamentada nos três “E’s” se espalharam com o auxílio das recomendações das agências financeiras multilaterais. Tal prática causa uma “nova forma de capitalismo caracterizado pela abertura comercial e financeira a mais ampla possível e pelo predomínio econômico das grandes empresas multinacionais”³¹³ e a diminuição do Estado.

A economia mundial passou a ser globalizada. A partir daí surgem novas formas de produção tecnológica e de concorrência. Diferentes tipos de interferência transnacional econômica passam a pôr em dúvida a ingerência dos Estados nacionais sobre o capitalismo. A globalização propõe um tipo de constitucionalismo da sociedade global, que visa romper os acoplamentos estruturais rígidos dos sistemas funcionais com a ‘política e o direito do Estados nacionais e construir estruturas de Estado de Direito na medida em que seja necessário para uma rede de comunicações funcionalmente específicas em escala mundial.’³¹⁴

Nas teses mais radicais, como de Boaventura, o neoliberalismo passou a ser um predador do Estado para a propagação do capitalismo selvagem que, livre de regulação estatal, se propaga sem qualquer limitação. Para isso a estratégia é de esvaziamento das funções estatais e a dependência à poupança externa, com um crescimento baseado no déficit público. Conforme essa perspectiva há a perda de relevância nacional, pois o comando está nas mãos do mercado globalizado. Sobre essa dimensão Boaventura diz que

usuários de serviços como ‘clientes’ e na aplicação de técnicas genéricas de melhoria de qualidade [...]” (Tradução nossa).

³¹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017. p. 150.

³¹⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, 2016. p. 148.

os traços principais dessa nova economia são os seguintes: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação e de comunicações; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais [Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e Organização Mundial do Comércio], emergência de três grandes capitalismo transnacionais: o americano baseado nos EUA [...], o japonês [...] e o europeu, baseado na União Europeia [...]³¹⁵

A decisão de fortalecer o Estado para ter condições paritárias de enfrentamento da globalização econômica consiste em dois objetivos imediatos protagonizados pelas Constituições: “romper os acoplamentos estruturais fortes das empresas transnacionais com a política e o direito dos Estados Nacionais, e na medida em que seja necessário para uma rede global de comunicações específicas, construir estruturas de Estado de Direito”³¹⁶.

As reformas políticas e administrativas dos Estados diante da globalização econômica, se repetiram por todo mundo, impondo a decisão pelo fortalecimento ou enfraquecimento interno. Segundo Bresser-Pereira a decisão tomada pelo Brasil foi no sentido de fortalecer o Estado, uma vez que a reforma gerencial proporcionou um ajuste estrutural tornando o aparato estatal uma “instituição que, além de regular o mercado e promover a redução das desigualdades, tem, no plano econômico, o papel de garantir as condições gerais para que as empresas nacionais competentes sejam competitivas,”³¹⁷ algo que o mercado definitivamente não garante. Dessa maneira é necessário descrever o cenário de crises política, econômica e social em que a reforma gerencial se desenvolveu no Brasil em meados da década de 1990.

2.1.2 O contexto brasileiro da década de 1990 e a delimitação da esfera pública: o primeiro nível de implantação da reforma gerencial

Na década de 1990 o cenário brasileiro é de abandono da nacionalidade decorrente do descrédito no Estado Democrático em suas políticas de estabilização e de controle da economia. O regime democrático idealizado não logrou êxito em implantar ideais reformistas

³¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Globalização e as ciências sociais** – Boaventura de Sousa Santos (Org.) – 4ª ed. - São Paulo: Cortez, 2011. p.29.

³¹⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**, 2016. p. 150.

³¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017. p. 149.

que combinassem o desenvolvimento econômico à execução de políticas sociais. O país estava imerso na “crise econômica de alta inflação, de moratória da dívida externa; mas crise principalmente política.”³¹⁸ O impacto do esvaziamento da administração pública pelo governo Collor deixou sequelas desfavoráveis à burocracia pública inclusive seu segmento mais alto, a burocracia política,³¹⁹ denunciando a emergência de uma reforma de Estado para recuperar a autonomia financeira e a capacidade de implementar políticas públicas de forma eficiente e, sobretudo, para recuperar a confiança no Estado brasileiro.

Desde a implantação da burocracia no Brasil (1930), como um contraponto à confusão administrativa e aos males do patrimonialismo e do clientelismo, se observou um avanço da gestão pública com seus princípios racionais-legais, mesmo sem extinguir os privilégios. Seu principal equívoco foi “limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o país passou a enfrentar diante da globalização.”³²⁰ A situação foi agravada pelas desastrosas reformas administrativas apressadas, as quais “desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a ‘memória administrativa’, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental.”³²¹

O descrédito da burocracia pública brasileira era crescente. Na soma desses fatores negativos o “aparelho do Estado concentra e centraliza funções, e se caracteriza pela rigidez dos procedimentos e pelo excesso de normas e regulamentos.”³²² Ademais, à exemplo do cenário mundial, a transição democrática incorporou uma série de serviços e políticas de cunho social a serem implementadas pelo setor governamental sob orientação burocrática. Esse retrocesso resultou no “encarecimento significativo do custeio da máquina administrativa, tanto no que se refere a gastos com pessoal como bens e serviços, e um enorme aumento da ineficiência dos serviços públicos.”³²³ A gestão pública burocrática era então um modelo lento, oneroso e ineficiente, acusando seu sucateamento.

³¹⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 95.

³¹⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 95.

³²⁰ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, 1995. p. 6.

³²¹ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. 1995. p. 6.

³²² BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. 1995. p. 11.

³²³ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. 1995. p. 22.

Diante do desafio de lidar com o esgotamento das formas de intervenção estatal, do esvaziamento da burocracia e da necessidade de articular um novo modelo de desenvolvimento sustentável, o governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2003) é obrigado a tomar medidas para superar a crise.³²⁴ Seguindo a tendência da hegemonia neoliberal alterou a lógica do crescimento econômico. A “economia brasileira passa a ser dominada pela antiestratégia de desenvolvimento econômico que é a ortodoxia convencional”³²⁵ levando em conta que o “crescimento deveria agora ser feito com poupança externa, ou seja, com déficits em conta corrente.”³²⁶ Essa prática é dominante em países desenvolvidos, resultado da globalização econômica em um processo consensual, hegemônico e oportunista.

Bresser-Pereira afirma que as medidas econômicas tomadas no início de 1990 foram consequência da aderência do país ao Pacto Liberal-dependente, que no Brasil tornou-se conservador e globalista, propagador do neoliberalismo. Nessa perspectiva o “Estado é reduzido a seus servidores ou a seu aparelho, e é demonizado: o Estado e seus burocratas seriam a causa dos males brasileiros,”³²⁷ tudo que é nacional é sinônimo de atraso. Alega ainda, que a crise enfrentada desde o início de 1980 era “uma crise do Estado – uma crise fiscal, administrativa e de sua forma de intervenção na economia.”³²⁸ Dessa forma a “solução não era substituir o Estado pelo mercado, mas reformar e reconstruir o Estado para que este pudesse ser um agente efetivo e eficiente de regulação do mercado e de capacitação das empresas no processo competitivo internacional.”³²⁹

Segundo Bresser-Pereira, a solução encontrada pelo Brasil para fazer frente ao neoliberalismo e para tornar o Estado forte diante da globalização econômica foi a reforma

³²⁴ “A primeira manifestação dramática dos riscos da globalização foi a crise financeira e monetária que afetou o México em 1982 e se espalhou por outros países nos anos seguintes. Na América Latina, os anos de 1980 ficaram conhecidos como “a década perdida”. Uma explicação foi a inabilidade dos países da região de se adaptar à volatilidade dos fluxos de capital internacional e às outras mudanças provocadas pela globalização. Organizações internacionais e, mais especificamente, o Fundo Monetário Internacional, foram chamados a ajudar os países a enfrentar a situação e desenvolveram uma visão do que esses países deveriam fazer para se integrar à economia mundial e dela se beneficiar. A expressão “Consenso de Washington” foi cunhada pelo economista John Williamson em 1989 para descrever essa visão.” SCHWARTZMAN, Simon. **Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo**. Augurium Editora, São Paulo, 2004. p. 87.

³²⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 86.

³²⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 86.

³²⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 89.

³²⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 96.

³²⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 22.

gerencial (1995). Embora tenha sido taxada de neoliberal,³³⁰ a reforma foi uma tentativa de salvar o “Estado Social brasileiro” da crise, pois ficou claro que sua consequência primeira foi “fortalecer o próprio Estado e não o enfraquecer como almejavam os neoliberais [...] ao tornar eficientes os serviços sociais e científicos prestados pelo Estado, ela legitima politicamente o Estado social.”³³¹

Ao implementar a reforma gerencial no país se pretendia encontrar alternativas para que o Estado pudesse cumprir seus objetivos, proporcionando a “liberdade, a riqueza ou o bem-estar econômico, a justiça social e a proteção da natureza, [...] mais a segurança ou a ordem pública.”³³² Dessa forma o ajuste passa a ser “instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia,”³³³ mais que isso, a administração pautada pela “eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada”³³⁴ seria um fator de legitimação democrática do Estado de Direito.

Bresser-Pereira à frente do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) recebe a incumbência do governo Fernando Henrique de elaborar o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995). Para isso foi buscar inspiração em dois modelos internacionais. O *new public management* (Reino Unido) e no modelo pós-burocrático dos EUA. O último é um híbrido formado a partir do *new public management* (clássico) e da obra de David Osborne e Ted Gaebler, *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*, uma das peças-chave do *National Performance Review*, programa de governo norte-americano do presidente Bill Clinton (1993-2001).³³⁵

A missão de Bresser tem importantes encargos. Primeiro conduzir o Estado às suas atividades essenciais, desviado pela forte presença no setor produtivo (1930-1960), delimitando as funções do aparelho estatal, agigantado “na área social desde 1985 para fazer

³³⁰ As causas que deram origem à reforma gerencial se alteram conforme a perspectiva, conforme Irene Nohara ela foi inserida no sistema brasileiro como uma forma de cumprimento do “Receituário Neoliberal”. NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p 19-25.

³³¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017. p. 152.

³³² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017. p. 148-149.

³³³ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 6.

³³⁴ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 7.

³³⁵ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 9.

frente aos compromissos de aumento do gasto social em educação, saúde e assistência social estabelecidos durante a transição democrática.”³³⁶

Segundo alterar a forma de intervenção estatal na economia, dando origem ao Estado regulador brasileiro, em “um processo de delimitação de seu papel regulador e, portanto, dos processos de desregulamentação.”³³⁷

Terceiro, “aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.”³³⁸ Quarto, devolver a governabilidade ao Estado, ou seja, a capacidade política de governar [...] deriva da relação de legitimidade do Estado e do seu governo com a sociedade,³³⁹ para isso se buscava implantar mecanismos sociais de controle e participação.

Em síntese, o ajuste se concentrou em dois aspectos: na gestão e na estrutura, com objetivos “centrais desse esforço é o fortalecimento do Estado para que sejam eficazes sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado, bem como os serviços básicos que presta e as políticas de cunho social que precisa implementar.”³⁴⁰ Para tal foram estabelecidas em três dimensões: (1) a dimensão institucional-legal se relaciona aos obstáculos de ordem legal, neutralizados pelas alterações legislativas. Entre elas, a mais expressiva foi a Emenda Constitucional 19/98, que cumpriu importante papel na reforma da gestão e estrutura do Estado; (2) a dimensão cultural, definida pela coexistência de valores patrimonialistas e principalmente burocráticos com os novos valores gerenciais e modernos na administração pública brasileira; e (3) a dimensão gerencial, associada às práticas administrativas.³⁴¹

Especificamente quanto ao primeiro aspecto da reforma, a delimitação das funções do Estado, não se trata da redução do seu tamanho, mas sim na redefinição de suas atividades. A área de abrangência institucional foi dividida em três áreas de atuação: a) atividades exclusivas do Estado (núcleo estratégico, agências executivas ou reguladoras); b) os serviços não exclusivos do Estado (são os sociais e científicos, dadas as externalidades e os direitos humanos envolvidos, mais do que justificam, exigem forte financiamento do Estado); e c) a

³³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**, 2007. p. 89.

³³⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 32.

³³⁸ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 45.

³³⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 45.

³⁴⁰ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 6.

³⁴¹ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 25.

produção de bens e serviços para o mercado. Para cada área corresponde uma forma de propriedade, dividida em estatal, e privada e pública não-estatal. A novidade surge na última modalidade, pois são “atividades que o mercado não pode garantir de forma adequada através do preço e do lucro. Logo, não devem ser privadas.”³⁴² É propriedade “pública, no sentido de que se deve dedicar ao interesse público, que deve ser de todos e para todos, que não visa ao lucro; “não-estatal” porque não é parte do aparelho do Estado.”³⁴³

Os serviços não-exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado foram transferidos para a iniciativa privada por meio da *publicização* (público não-estatal) e da privatização (privado) respectivamente, os primeiros destinados ao terceiro setor e os segundos ao mercado. Há, também, aqueles serviços ditos auxiliares, que não constaram no quadro, os quais foram terceirizados, isto é, submetidos à licitação pública e contratados com terceiros. Esses serviços passam, então, a ser realizados competitivamente.

A decisão em transferir os serviços não exclusivos para as organizações civis visava aumentar a participação e controle sociais na esfera pública, consolidar a autoridade partilhada Estado/sociedade civil na efetivação dos direitos fundamentais e também aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.³⁴⁴ Já quanto à produção de bens e serviços para o mercado, os objetivos eram dar continuidade ao processo de privatização, reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais privatizados (as agências reguladoras), implantar contratos de gestão nas empresas que não puderam ser privatizadas, transformando-as em agências executivas.³⁴⁵

Ultrapassada a exposição da delimitação das atividades estatais e da transferência de das funções não essenciais para a iniciativa privada, como uma forma introdutória, é necessário examinar as possibilidades que se abrem entre Estado, mercado e sociedade como meios de controle regulatório.

³⁴² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 25.

³⁴³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**, 2001, p. 25.

³⁴⁴ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 47.

³⁴⁵ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 47.

2.1.3 O futuro do paradigma gerencial no Brasil: notas introdutórias para o pós-*new public management*

Bresser-Pereira, idealizador da reforma gerencial (1995), pretendia a curto prazo resolver a crise enfrentada pelo Brasil nas décadas de 1980 e 1990, que, “nas suas múltiplas facetas, se manifestou como crise fiscal, crise do modo de intervenção do Estado na economia e crise do próprio aparelho estatal.”³⁴⁶ Então, a reforma gerencial nasceu da “pressão por maior eficiência e menores custos que se seguiu à transformação do estado democrático liberal em estado democrático social.”³⁴⁷

A missão do gerencialismo também era dar condições para que o regime democrático obtivesse o êxito pretendido na transição da ditadura militar, cumprindo sua lógica constitucional de efetivação dos direitos fundamentais e realização democrática. Todavia a tarefa de reformar um Estado firmado em uma democracia recente é vultuosa, exigindo que algumas ações sejam tomadas e outras sejam apenas planejadas. A implantação da reforma gerencial fez isso, na melhor tese machadiana foi uma ideia grávida.³⁴⁸ Isso se explica na aplicação imediata do *Consumerism* (segunda adaptação do *new public management*) e o planejamento dos modelos *Public Service Orientation*, (terceira adaptação) e do modelo pós-burocrático dos EUA.

Naquele momento histórico reformista (1995) se mirou na eficiência, rompendo com a velha burocracia, para isso se assumiu a perspectiva do *Consumerism*. Esse modelo considerava a sociedade como cliente, em uma concepção individualista, vinculada à tradição liberal, atribuía maior importância à proteção dos direitos do indivíduo do que à participação política, ou então maior valor ao mercado do que à esfera pública.³⁴⁹ Além disso havia uma preocupação constante com a efetividade e qualidade, voltada para a satisfação dos cidadãos usuários/consumidores, poder público mais ágil, competitivo e enxuto (descentralização

³⁴⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Exposition of Motives for the Administrative Constitutional Amendment**. Brasília: MARE. 1995. p. 1.

³⁴⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017p. 155

³⁴⁸ “[...] as idéias [sic!] dividem-se em três classes, umas votadas à perpétua virgindade, outras destinadas à procriação, e outras que nascem já de barriga. Esta divisão explica toda a civilização humana. Para onde quer que lancemos o olhar, qualquer que seja a raça, o meio e o tempo, acharemos a genealogia distinta destas três classes de idéias [sic!], isto desde o princípio do mundo até a hora em que a folha sair do prelo.” MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **A Semana: crônicas (1892-1893)**. Edição, introdução e notas de John Gledson. São Paulo, Hucitec, 1996. p. 62.

³⁴⁹ POLLITT, Christopher. **Managerialism and the public services — the angloamerican experience**. 1990.p. 129.

administrativa), criação de opções de atendimento como incentivo à competição entre organizações públicas e adoção de um novo modelo contratual.”³⁵⁰

Embora a reforma gerencial tenha tido como principal inovação o resgate dos princípios do setor privado, também obedeceu aos princípios da especialidade pública. Disso decorrem os seguintes *standards*: princípio da maior democracia, princípio da maior difusão do poder, princípio econômico da eficiência, princípio da maior automaticidade dos controles, princípio do aumento do espaço público não-estatal.³⁵¹

Costumeiramente a reforma é vista tão somente do ponto de vista administrativo, como a “transição do estado burocrático para o estado gerencial, [porém], revelou-se um instrumento fundamental das sociedades modernas para neutralizar a ideologia neoliberal que buscava diminuir o tamanho do Estado, reduzindo o estado social.”³⁵². Entretanto, como Bresser afirmou, ela foi implantada como uma reforma do próprio Estado atingindo várias dimensões, pois ao tornar a máquina pública mais “eficiente [embora jamais tão eficiente quanto gostaríamos], a reforma gerencial legitima o estado social, e garante seu avanço e aprofundamento futuro.”³⁵³

Superada a fase de implantação do gerencialismo se pretende descrever o desenvolvimento desse paradigma que influenciou a formação do Estado Regulador e forneceu os pressupostos para a consolidação da governança pública. O desenvolvimento das intenções do *Public Service Orientation*, e do modelo pós-burocrático norte-americano, foram planejadas para uma implantação visando o futuro do Estado Democrático de Direito brasileiro. No contexto reformista de vários países como Finlândia, Austrália, Países Baixos, EUA, Canadá, Reino Unido, Suécia, Nova Zelândia, Itália, Alemanha e Bélgica,³⁵⁴ os dois modelos foram buscando se moldar aos padrões democráticos, suprimindo lacunas dos anteriores, até caracterizarem o movimento pós-*new public management*.

³⁵⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os desafios da gestão pública brasileira para o século 21: da experiência internacional aos eixos estratégicos da reforma**. Brasília: Enap, 2006. p. 22-26.

³⁵¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 39.

³⁵² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017p. 155

³⁵³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Managerial reform and legitimization of the social state**, 2017. p. 155.

³⁵⁴ POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Public Management Reform: a comparative analysis-new public management, governance, and the Neo-Weberian state**. UK: Oxford University Press, 2011. p. 231-321.

O *Public Service Orientation*, apesar de manter alguns preceitos ortodoxos dos modelos anteriores, se aproxima dos moldes democráticos contemporâneos, introduzindo os conceitos de *accountability* e os princípios da “transparência, participação política equidade [sic!] e justiça, questões praticamente ausentes do debate sobre o modelo gerencial à gestão pública.”³⁵⁵ Essa necessidade decorre da descentralização incorporada no modelo gerencial puro, tornando os atores sociais cidadãos, protagonistas na participação e no controle da administração pública. Além disso, o conceito de competição privada no setor público foi em parte conservado, ganhando contornos de cooperação (equidade) para obtenção dos melhores resultados.

O modelo pós-burocrático³⁵⁶ dos EUA baseado em Osborne e Gaebler tratava de discutir os fundamentos do governo, pois afirmavam que o “problema fundamental é o fato de termos o tipo inadequado de governo. Não necessitamos de mais ou menos governo: precisamos de melhor governo [...], precisamos de uma melhor atividade governamental.”³⁵⁷ A ideia central da teoria para obter o melhor resultado na administração pública foi fazer algumas apropriações dos princípios privados, mantendo a especialidade pública, baseada em *standards* democráticos e na realização do bem público. O que interfere diretamente no processo de decisão e no objetivo a ser alcançado quando comparados os setores privado e público. No primeiro a decisão é individualizada e o fim é o lucro. Enquanto no segundo o processo de decisão deve ser democrático, com a participação de vários atores, onde o fim da administração é a efetivação de direitos garantidos constitucionalmente, a esfera pública se desenvolve na fusão desses dois fatores, legitimando o ordenamento. Esse foi um importante traço de aperfeiçoamento do modelo, trazendo a especialidade pública para o âmbito dos princípios guiados pela iniciativa privada, antes dominantes.

Como um processo em andamento, os efeitos mais importantes do gerencialismo ainda estão por acontecer, no desenvolvimento integral da esfera pública pelo pós- *new public*

³⁵⁵ ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**, 1997, p. 26.

³⁵⁶ A proposta de Osborne e Gaebler gira em torno de dez princípios basilares: competição entre os prestadores de serviço; poder aos cidadãos, transferindo o controle das atividades à comunidade; medir a atuação das agências governamentais através dos resultados; orientar-se por objetivos, e não por regras e regulamentos; Redefinir os usuários como clientes; Atuar na prevenção dos problemas mais do que no tratamento; Priorizar o investimento na produção de recursos, e não em seu gasto; Descentralização da autoridade; Preferir os mecanismos de mercado às soluções burocráticas; catalisar a ação do setores público, privado e voluntário. OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. 6.ed. Brasília, D.F.: MH Comunicação, 1995.

³⁵⁷ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**, 1995. p. 25.

management e a governança em rede, inovações que já começam a se manifestar na contemporaneidade, mas que ainda necessitam de uma racionalização maior de seus mandamentos. O ponto de partida foi a transferência das atividades não essenciais do Estado para a iniciativa privada, definida pelo mercado e sociedade civil, tornando-os, ao lado do Estado, parte dos meios de controle regulatório. Então, mais que a transição para o paradigma regulador, a reforma trouxe esses dois atores, atribuindo-lhes a responsabilidade partilhada, que, ao lado do Estado, têm participação na efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, o próximo passo é compreender o Estado Regulador contemporâneo, ou seja, as finalidades e objetivos da regulação em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

2.2 ESTADO REGULADOR CONTEMPORÂNEO: PACTO DEMOCRÁTICO VERSUS MERCADO E O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO

A falência das intervenções macroeconômicas experimentadas no Estado Providência, como forma de estabilização da economia e promoção de justiça social, se deu diante da globalização econômica, pois em decorrência de sua incidência transnacional houve o esvaziamento das práticas intervencionistas político-econômicas. A partir disso os movimentos reformistas operados em boa parte do mundo trataram de inserir o Estado no paradigma da regulação. A difícil tarefa que se apresenta ao Estado é a de regular o mercado, para uma situação de concorrência perfeita em alocações eficientes, sem desdenhar de suas finalidades públicas de efetivação dos direitos fundamentais e realização democrática, enquanto pilares de sua legitimação.

O primeiro *trade off* do Estado Regulador é corrigir as falhas de governo, argumento central da teoria econômica dominante para a não-intervenção estatal. A atuação estatal buscou a correção dessas deficiências com a incorporação de mecanismos de governança pública, objetivando uma atuação eficiente, definindo primeiramente, o fundamento da regulação, determinando quais os objetivos que se pretende alcançar por meio dela. No caso brasileiro se busca as doutrinas da análise econômica do direito combinadas à lógica constitucional do Estado Democrático de Direitos para se chegar aos objetos de regulação e ao seu fundamento.

A teoria econômica se baseia em dois fundamentos. O primeiro diz respeito ao livre-mercado autorregulado, baseado na concorrência perfeita e na eficiência alocativa sem custo. O segundo se configura no axioma das ações humanas individuais fundamentalmente racionais. A desconstrução desses dois alicerces econômicos decorre, da falseabilidade nas suas generalizações empíricas, posto que são princípios universais idealizados e não se comprovam quando submetidos à materialização da realidade. Dessas conclusões se abstraem dois tipos de insuficiências presentes no mercado e nas ações racionais individuais, que ensejam a atuação regulatória estatal, as falhas de mercado e as falhas de escolhas.

Somado a isso, no constitucionalismo moderno, fundamentado em regimes democráticos, a legitimação estatal se dá pela efetivação dos direitos fundamentais, como é o caso do Brasil. Esse fator faz com que as finalidades estatais permeiem a Política Econômica dos Estados, inserindo seus objetivos para além dos econômicos. A finalidade extraeconômica da regulação visa a promoção da justiça social, estendendo a regulação para objetivos legítimos, constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, o objeto da regulação estatal se resume na correção das falhas de mercado, das falhas de escolhas e em objetivos legítimos constitucionalmente protegidos. Todos fundamentados na lógica constitucional inserida no regime democrático que determina como finalidade maior do Estado a efetivação dos direitos fundamentais

2.2.1 O principal *trade off* do Estado Regulador: superar as *government failures* principal crítica da teoria econômica dominante

O século XX é o período que reúne muitas teorias acerca da intervenção estatal na economia. A concepção liberal de Adam Smith, precursor do livre-mercado autorregulado pela concorrência perfeita, originou várias outras formas de pensamento. Duas escolas que descendem do modelo clássico liberal, convergindo na concepção de livre-mercado, mas divergindo nos métodos de abordagem econômica são a Escola Austríaca, representada por Ludwig Von Mises, e a Escola de Chicago, representada por Milton Friedman. A primeira é anterior à teoria do intervencionismo estatal macroeconômico de John Maynard Keynes, já a segunda, neoclássica, é posterior.

As flutuações entre as escolas sempre têm como pano de fundo a ineficiência do Estado em intervir na economia. Em Friedman se caracteriza na superioridade do mercado

em relação ao Estado, o que permitiria a formulação de políticas monetárias somente na esfera econômica.³⁵⁸ De outro lado, Mises assinala a incapacidade estatal para criar métodos de intervenção eficientes diante da individualidade e da subjetividade da ação humana, o que torna o mercado um processo complexo, só havendo possibilidade de análise em sua ordem espontânea.³⁵⁹ O pensamento de Mises resume a crítica às intervenções políticas-econômicas, considerando-as supérfluas, inúteis e até prejudiciais,

supérflua na medida em que a interdependência dos fenômenos de mercado circunscreve, estreitamente, a ação individual e as relações econômicas. É inútil porque a direção do governo não pode atingir os objetivos a que se propõe atingir. É prejudicial porque representa um obstáculo para as atividades produtivas em setores que, do ponto de vista dos consumidores, são mais úteis e valiosos. Além de reduzir a produtividade da mão de obra, um sistema intermediário acabaria redirecionando a produção para as linhas de comando político, deixando preterida a satisfação do consumidor.³⁶⁰

Contrária à Escola de Chicago, a síntese neoclássica-keynesiana, de Paul Samuelson e William Nordhaus,³⁶¹ afirma que o mercado não é uma esfera perfeita capaz de autorregular-se. Dessa forma a “los gobiernos tienen tres funciones económicas principales en una economía de mercado: aumentar la eficiencia, promover la equidad y promover la estabilidad y el crecimiento macroeconómicos.”³⁶² Para isso se vale de três máximas:

1. Los gobiernos aumentan la eficiencia cuando promueven la competencia, reducen externalidades como la contaminación y proveen bienes públicos. 2. El Estado fomenta la equidad cuando utiliza programas de impuestos y lo gasto para redistribuir el ingreso en favor de determinados grupos. 3. El Estado favorece la estabilidad y el crecimiento macroeconómicos -a través de la reducción del desempleo y la inflación al mismo tiempo que alienta el crecimiento económico--por medio de la política fiscal y la regulación monetaria.³⁶³

³⁵⁸ FRIEDMAN, Milton. The Methodology of Positive Economics. In: **Essays In Positive Economics**. Chicago: Univ. of Chicago Press, p. 3-16, 30-43, 1966.

³⁵⁹ MISES, Ludwig Von. **Ação Humana - Um Tratado de Economia**. Tradução Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 3ª ed, 1966.

³⁶⁰ MISES, Ludwig Von. **Uma Crítica ao Intervencionismo**. Tradução Arlette Franco, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2ª ed., 2010, p. 5.

³⁶¹ SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. **Economía**. Tradução María Guadalupe Cevallos Almada, Bogotá: McGraw-Hill, 17. ed., 2004.

³⁶² SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. **Economía**, 2004. p. 34. “Os governos têm três principais funções econômicas em uma economia de mercado: aumentar a eficiência, promover a equidade e promover a estabilidade e o crescimento macroeconômico”. (Tradução nossa).

³⁶³ SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. **Economía**, 2004. p. 34. “1. os governos aumentam a eficiência quando promover a concorrência, reduziu custos externos como a poluição e fornecer bens públicos. 2. o estado promove a equidade quando você usar programas fiscais e passá-la para redistribuir renda a favor de certos grupos. 3. o estado promove a estabilidade e o crescimento macroeconômico -

Samuelson e Nordhaus identificaram as seguintes falhas da economia de mercado: “Deficiencia (Monopolio Extemalidades Bienes públicos); Desigualdad (Desigualdades inaceptables del ingreso y la riqueza); Problemas macroeconómicos (Ciclos económicos - niveles elevados de inflación y de desempleo e lento crecimiento económico).”³⁶⁴ Nesse sentido decorre o pensamento *mainstream* acerca da intervenção política no mercado, pois concilia os fundamentos macroeconômicos de Keynes à abordagem microeconômica da Escola Austríaca. Assim a intervenção relativa do Estado é necessária para correção das falhas de mercado que afetam a concorrência perfeita e em razão da presença dos monopólios. As falhas de mercado³⁶⁵ “correspondem à situações na quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o inoperacional.”³⁶⁶ Na contemporaneidade o mercado apresenta cinco falhas principais: 1) Quanto a mobilidade de fatores (falha de origem física ou cultural); 2) Quanto à transparência ou acesso à informação (falha de origem legal); 3) Quanto a concentração econômica (falha de estrutura); 4) Quanto aos efeitos externos ou externalidades (falha de sinal); 5) Quanto ao suprimento de bens coletivos (falha de incentivo). A sua constatação levou a uma reintrodução do Estado no sistema econômico.³⁶⁷

Mesmo na síntese neoclássica-keynesiana, acerca da intervenção para correção das falhas de mercado com fundamento no interesse público, as críticas trazidas pelas Escolas de Chicago e Austríacas concluem para a existência de falhas regulatórias. Diante disso alguns fatores podem impedir uma alocação eficiente por parte da máquina pública, tais como: 1) as consequências desastrosas de intervenção estatal sem domínio da especialidade econômica; 2) a utilização do espaço público para fins particulares; 3) a falta de racionalidade nas decisões de intervenção, pautas pela ideologia estatista; 4) a aplicação abstrata da intervenção, sem seguir padrões pré-determinados; 5) ausência de estratégias de

através da redução do desemprego e de inflação ao mesmo tempo incentivando o crescimento econômico — através da política fiscal e regulação monetária.” (Tradução nossa).

³⁶⁴ SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. **Economía**, 2004. p. 34. “Deficiencia (monopólio Externalidades bens públicos); Desigualdad (inaceitáveis desigualdades de renda e riqueza); Problemas macroeconómicos (ciclos económicos - elevados níveis de inflação e o desemprego e o crescimento económico lento).” (Tradução nossa).

³⁶⁵ As falhas de mercado serão melhor descritas no item **3.3.1 Responsiveness e interesse público: o objeto de análise do impacto regulatório**

³⁶⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2008. p. 169.

³⁶⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**, 2008. p. 143-169.

monitoramento da intervenção; 6) a violação da liberdade da sociedade pelas políticas intervencionistas estatais, impossibilitando a emancipação social.

A publicação de 1962 de Joseph Stigler e Claire Friedland, *What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity* é um divisor de águas entre as teorias econômicas que apontam falhas regulatórias. Analisando dados quantitativos do setor elétrico questionam a eficiência da teoria do interesse público na regulação estatal, dizendo que “the individual utility system is not possessed of any large amount of long run monopoly power [...] the regulatory body is incapable of forcing the utility to operate at a specified combination of output, price, and cost.”³⁶⁸ A conclusão foi pela incapacidade regulatória, pois o Estado dependia das informações fornecidas pelas empresas para tomar as medidas quanto à regulação, resultando no retardamento da fiscalizatório.

Na mesma década, em 1968, Harold Demsetz questiona a utilidade da regulação, afirmando que a forma mais eficiente de regular e obter os preços competitivos não era por intervenção direta estatal, mas sim, promovendo a competição pelo direito a explorar a atividade de modo exclusivo. Em uma espécie de “licitação,” a proposta vencedora combinaria preço e qualidade, se assemelhando à prática de competição. Assim,

resort to the rivalry of the market place would relieve companies of the discomforts of commission regulation. But it would also relieve them of the comfort of legally protected market areas. It is my belief that the rivalry of the open market place disciplines more effectively than do the regulatory processes of the commission. If the managements of utility companies doubt this belief, I suggest that they re-examine the history of their industry to discover just who it was that provided most of the force behind the regulatory movement³⁶⁹

³⁶⁸ STIGLER George J; FRIEDLAND Claire. **What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity.** The Journal of Law & Economics. Vol. 5, 1962, p. 1-16. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/725003?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 10 jan. 2019. p. 11 “o sistema de utilidade individual não é possuidor de qualquer grande quantidade de poder de monopólio de longo prazo [...] o órgão regulador é incapaz de forçar o utilitário para operar em uma combinação especificada de saída, preço e custo” (Tradução nossa).

³⁶⁹ DEMSETZ Harold, **Why Regulate Utilities?** Journal of Law and Economics, Vol. 11, No. 1, 1968, p. 55-65. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/724970?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 18 jan. 2019. “recorrer a rivalidade do mercado iria aliviar empresas dos desconfortos do Regulamento da Comissão. Mas isso também seria aliviá-los do conforto das áreas legalmente protegidas do mercado. É minha convicção que a rivalidade de mercado aberto coloca as disciplinas mais eficazmente do que os processos regulatórios da Comissão. Se as gestões das empresas de utilidades duvidam esta crença, sugiro que eles reexaminem a história de sua indústria para descobrir quem foi que forneceu a maior parte da força por trás do movimento regulamentar.” (Tradução nossa).

Os abalos no fundamento da regulação pelo interesse público evoluem para novas perspectivas, os conceitos de grupos de pressão³⁷⁰ e *rent seeking*³⁷¹ surgem dos estudos de Mancur Olson e Anne Krueger entre as décadas de 1960 e 1980. A partir disso Stigler desenvolve o pensamento de que o fundamento da regulação estatal estaria centrado no interesse dos grupos de pressão e não no interesse público, favorecendo o *rent seeking*. Essa prática perversa se desenvolveria a partir da troca. De um lado intervenção estatal protegeria determinados setores por meio de uma regulação direcionada aos interesses desse grupo, por outro lado, os beneficiados retribuiriam com votos e incentivos financeiros às campanhas políticas.³⁷²

Stigler ressalta a necessidade de controle social nas decisões regulatórias como um mecanismo de obstrução aos interesses dos grupos de pressão, o *lobby* regulatório, e do *rent seeking*. O autor ressalta que o setor privado tem total interesse nas decisões regulatórias, enquanto a sociedade civil não apresenta o engajamento necessário à vida pública. De tal forma, “the democratic decision process must involve ‘all’ the community, not simply those who are concerned with a decision. In a private Market, the non-traveller never votes on rail versus plane travel, while the huge shipper casts many votes each day.”³⁷³

³⁷⁰ Esse termo é utilizado para designar associações de interesses que realizam seus objetivos por meio da provisão de bens públicos a seus participantes. Isso supõe que o Estado seja permeável às investidas desses grupos e que as políticas implementadas por ele sirvam prioritariamente aos interesses desses grupos. OLSON, Mancur. **The logic of collective action**. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

³⁷¹ A prática do *rent seeking* sustenta que os monopólios são costumeiramente criados, ou impostos, pela regulação estatal. Os custos para influenciar as decisões do governo, chamados de *rent seeking costs*, apesar de valerem a pena para quem auferir as rendas do monopólio, aumentam os custos sociais do monopólio. As perdas advindas de uma estrutura monopolística não decorrem apenas das ineficiências alocativas geradas por ela, mas também dos custos para criação e manutenção da condição de monopólio. Dessa forma, ainda que se admita a possibilidade de o Estado se direcionar à realização do interesse público, ele é incapaz de alcançá-lo, porque as políticas públicas acarretariam muitos custos para o bem-estar social, gerando efeitos involuntários e nocivos, tais como o desperdício de recursos no controle das ações dos grupos de pressão. Para um aprofundamento sobre. KRUEGER, Anne. **The political economy of the “rent seeking” society**. In: American Economic Review, v. 64, n. 3, 1974; BUCHANAN, James; TOLLINSON, Robert; TULLOCK, Gordon. **Toward a theory of rent-seeking society**. College Station: Texas A&M University Press, 1980.

³⁷² STIGLER George J. **The theory of economic regulation**. In: Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 2, 1971, p. 3-21. p. 10-13 Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3003160?read-now=1&refreqid=excelsior%3A039d6080549ac02eef09bcf58e157087&seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 10 jan. 2019.

³⁷³ STIGLER George J. **The theory of economic regulation**, 1971, p. 11. “o processo de decisão democrática deve envolver a Comunidade em um 'todo', não apenas aqueles que estão preocupados com uma decisão. Em um mercado privado, o não-viajante nunca vota em viagem de trem versus viagem de avião, enquanto o grande embarcado faz muitos votos todos os dias” (Tradução nossa)

Richard Posner deu continuidade à pesquisa de Stigler, comparando a teoria do interesse público à da captura. Concluindo que a regulação favorecia interesses de grupos com alta influência política, porém admitia a possibilidade de captura de outros grupos de interesse que não as empresas do setor regulado. Dessa forma, “the general assumption of economics that human behavior can best be understood as the response of rational self-interested beings to their environment must have extensive application to the political process.”³⁷⁴ Convergindo com Stigler quanto à necessidade do interesse social pela esfera pública, Posner não evidencia o abandono dos grupos de interesse, mas sim, incentiva que, à exemplo do mercado, a sociedade também forme os seus.

Sam Peltzman também se dedicou às questões relacionadas ao setor público e a economia privada, explorando a influência dos grupos sobre o poder político, criando um modelo que tentava conciliar as teorias do interesse público e da captura. Seu estudo sustentava a hipótese de que a regulação era um ponto de equilíbrio entre o interesse da indústria e dos consumidores na qual se alocavam benefícios entre os grupos. Afirmando que “the uniquely political contribution to a price structure is to force a more uniform treatment of consumers than the unregulated market by weakening the link between prices and cost and demand conditions.”³⁷⁵ Dessa forma o interesse público dos consumidores estaria presente com as contribuições políticas, fazendo frente ao interesse do mercado, a regulação seria o resultado do equilíbrio entre mercado e consumidor. O problema na teoria de Peltzman está no teor das contribuições políticas, ou seja, as escolhas que o ente político faz para garantir o interesse público. Essa é a principal preocupação da *Public Choice Theory* incorporada na ciência política a partir da economia, como resultado dos trabalhos pioneiros de Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, George Stigler e Mancur Olson.³⁷⁶

³⁷⁴ POSNER, Richard A. **Theories of economic regulation**. In: Bell Journal of Economics and Management Science, v. 5, n. 2, 1974. p. 335-358. p. 356. Disponível em <www.jstor.org/stable/3003113?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 10 jan 2019. “o pressuposto geral da economia que o comportamento humano pode melhor ser entendido como a resposta de seres racionais auto-interessados, ao seu ambiente deve ter aplicação extensiva ao processo político” (Tradução nossa).

³⁷⁵ PELTZMAN, Sam. **Toward a more general theory of regulation**. In: Journal of Law and Economics, v. 19, n. 2, 1976, p. 211-240. p. 239. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/725163?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 10 jan 2019. “A contribuição exclusivamente política para uma estrutura de preços é para forçar um tratamento mais uniforme dos consumidores do que o mercado não regulamentado pelo enfraquecimento da ligação entre preços e condições de custo e demanda” (Tradução nossa).

³⁷⁶ Embora esses autores possam ter discordado em inúmeros aspectos entre si, todos adotaram uma interpretação particularmente materialista da teoria da escolha racional. Para todos eles, os agentes sociais estariam interessados na maximização da riqueza, de votos, ou de outras dimensões mais ou menos

A crítica mais contundente às escolhas públicas afirma que não há forma de assegurar que os “governantes governem no interesse dos governados. Se, ao invés, eles tendem a governar no interesse próprio ou de grupos de interesse específicos: o bom governo seria impossível, e o melhor seria reduzir o Estado ao mínimo.”³⁷⁷ Então a solução seria reduzir a necessidade de governar ao estritamente necessário, e deixar que tudo o mais fosse coordenado pelo mercado. Se evitaria assim as atuações perversas do uso da máquina pública em interesse próprio, como o patrimonialismo, clientelismo e o *rent-seeking*.

Adam Przeworski estabelece dois pontos para o aperfeiçoamento da atividade estatal fazendo frente ao argumento dominante da teoria econômica. Primeiro acerca das condições políticas que permitem ao Estado intervir eficientemente. Segundo se refere à forma de reformar as instituições do Estado, para que sejam corrigidas as falhas do mercado ao invés de agravadas.³⁷⁸ Esses dois pontos são centrais para aumentar a capacidade política. Nesse sentido um pressuposto se liga à “qualidade da intervenção na economia, [...] a efetividade do mecanismo através do qual os governos são obrigados a responsabilizar-se perante (*accountability*) o público pelos resultados de suas ações.”³⁷⁹

Nesse ponto a teoria econômica voltada ao setor público se une aos conceitos provenientes da espacialidade estatal como democracia, finalidade pública e legitimidade, aperfeiçoando os institutos da governabilidade e da governança. O primeiro diz respeito à capacidade política de governar, que deriva da relação de legitimidade do Estado e do seu governo com a sociedade.³⁸⁰ Já a governança é o mecanismo que dará condições à governabilidade. Nos regimes democráticos o aumento da capacidade política depende

mensuráveis em termos de quantidades e sujeitas a constrangimentos de recursos materiais. Todas as teorias resultantes se estruturam da mesma forma: as escolhas feitas pelos agentes devem ser explicadas em termos da variabilidade dos constrangimentos materiais enfrentados por eles. Essa visão, que podemos chamar de “externalista”, constituiu-se em uma metodologia eficiente de construção de uma ciência social positiva. Mas ela não exaure a relevância da racionalidade na Ciência Política. FERREJOHN, John; PASQUINO Pasquale. **A teoria da escolha racional na Ciência Política: Conceitos de racionalidade em teoria política**. Revista brasileira de Ciências Sociais - Vol. 16 Nº 45, fev/2001. p. 5-24. p. 6. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4328.pdf>>. Acesso 10 jan. 2019.

³⁷⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**, 1997. p. 47

³⁷⁸ PRZEWORSKI, Adam. **Reforming the State: Political Accountability and Economic Intervention**. **Mimeo**. Trabalho apresentado à conferência Inequality, the Welfare State and Social Values, El Escorial, Espanha, julho 1995.

³⁷⁹ PRZEWORSKI, Adam. **Reforming the State: Political Accountability and Economic Intervention**. **Mimeo**, 1995. p. 1.

³⁸⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 45.

(a) da adequação das instituições políticas capazes de intermediar interesses dentro do Estado e na sociedade civil; (b) da existência de mecanismos de responsabilização (*accountability*) dos políticos e burocratas perante a sociedade; (c) da capacidade da sociedade de limitar suas demandas e do governo de atender aquelas demandas afinal mantidas; e, principalmente, (d) da existência de um contrato social básico. É este acordo social básico, é o contrato social hobbesiano, que garante às sociedades avançadas legitimidade e governabilidade.³⁸¹

As críticas da economia ao Estado proporcionaram uma forma de apropriação dos conceitos do setor privado pela espacialidade pública, contribuindo para o desenvolvimento da função reguladora estatal. Todavia, o Estado brasileiro não pode afastar-se de seu fundamento de legitimação constitucional, qual seja, efetivação dos direitos fundamentais e realização democrática. Mais que isso, o paradigma regulador fez emergir a discussão dos limites da intervenção estatal flutuando entre a liberdade individual e a proteção da sociedade com relação ao mercado.

2.2.2 Entre a liberdade e a proteção de direitos: o limite da regulação estatal sob o pano de fundo da racionalidade das ações humanas individuais

A proteção dos direitos e a liberdade individual são pontos de tensão quanto à intervenção estatal. Esses dois fatores são centrais no constitucionalismo democrático moderno. No entanto, os excessos de proteção podem levar à regulação paternalista extremada. Da mesma forma, condutas omissivas estatais podem permitir a violação das garantias constitucionais. Diante disso a racionalidade assume uma posição decisiva para mensurar o limite das intervenções estatais, de modo que não sejam caracterizadas como paternalistas, violando a autonomia e a liberdade individuais.

Diante das diferentes correntes filosóficas acerca da racionalidade, apenas como um referencial, se menciona pontualmente as concepções de Hobbes, Aristóteles e Rousseau. Essa escolha não se dá em detrimento de tantos outros como Platão, Locke ou Kant, mas sim pela posição central da sua teoria na ciência política. Em Hobbes a racionalidade é instrumental, o intuito era mostrar como agentes racionais, com certos tipos específicos de desejos, como a autopreservação, iriam interagir no estado de natureza. Hobbes pretendia

³⁸¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 46.

produzir uma justificativa para a autoridade política e para a pacificação do homem enquanto pertencente à sociedade organizada, dizendo que

[...] ele, que declara que considera racional enganar aqueles que o apóiam [sic!], não pode racionalmente esperar outra forma de segurança que a que ele tinha do seu próprio Poder singular. Aquele, conseqüentemente [sic!], que quebra a convenção, e em consequência [sic!] declara que pode fazer isso com razão, não pode ser recebido na Sociedade, que os une para a Paz e a Defesa, mas pelo erro dos que o receberam [...]³⁸²

Para Aristóteles o homem era movido por desejos racionais com o fim de construir uma vida boa. Segundo ele a marca de um homem com sabedoria prática é conseguir “deliberar bem sobre o que é bom e vantajoso para si próprio, não em algum aspecto particular, isso é, sobre que tipo de coisas conduzem à saúde e à força, mas sobre que tipo de coisas conduzem à uma vida boa em geral.”³⁸³ Já Rousseau encontrava na racionalidade uma crença para a construção livre da vontade geral, uma vez que essa era a vontade de todos os membros do Estado, pois

quando se propõe uma lei na assembléia [sic!] do povo, o que se lhe pergunta não é exatamente se ela aprova ou rejeita a proposta, mas se ela está de acordo com a vontade geral, que é a sua vontade. Cada qual, dando o seu voto, coloca a sua posição sobre aquele ponto, e a vontade geral é declarada pela contagem dos votos. Quando, portanto, uma vontade que é contrária à minha prevalece, ela só prova que eu estava errado, e o que eu pensava que fosse a vontade geral não o era. Se minha opinião particular prevalescesse, eu teria feito o que não desejava e não teria sido livre.³⁸⁴

De qualquer forma as três concepções se preocupam com a ameaça que a diversidade nas crenças e valores humanos pode representar na vida social-política. Em admitir isso, fica evidenciado que a racionalidade assumia um aspecto normativo. O “anti-reducionismo moderno parece se basear também em uma interpretação ‘instrumentalista’ muito difundida de racionalidade,”³⁸⁵ como é o caso da teoria econômica. Na contemporaneidade a ciência econômica afirma que a racionalidade é preponderantemente centrada no valor da autonomia individual. Assim,

³⁸² HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 73.

³⁸³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; v. 2). p. 15.

³⁸⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores). p. 25.

³⁸⁵ FERREJOHN, John; PASQUINO Pasquale. **A teoria da escolha racional na Ciência Política: Conceitos de racionalidade em teoria política**, 2001. p. 22.

o respeito à racionalidade das escolhas individuais, elevada à condição de eixo central do processo econômico, revela uma concepção liberal e personalista, em termos de filosofia política. Isso significa dizer que parte das pessoas a definição do valor ou da utilidade que darão a cada bem existente no mercado, de acordo com suas próprias preferências. [...] a liberdade de escolha individual no mercado é condição de possibilidade da perseguição de planos de vida ou de opções existenciais reveladoras da dignidade intrínseca de cada pessoa.³⁸⁶

Para Mises a racionalidade funciona como um axioma, um princípio apriorístico que coordena a ação humana. As condições intelectuais do pensamento são necessárias, universais e anteriores a qualquer momento da experiência. Portanto a crença da racionalidade como princípio *a priori* é rigorosamente verdadeira.³⁸⁷

Karl Popper, compreende que a investigação lógica da economia “culmina com um resultado que pode ser aplicado a todas as ciências sociais. Este resultado mostra que existe um método puramente objetivo nas ciências sociais, que bem pode ser chamado de método de compreensão objetiva, ou de lógica situacional.”³⁸⁸ Este método “consiste em analisar suficientemente a situação social dos homens ativos para explicar a ação com a ajuda da situação, sem outra ajuda maior da psicologia. A compreensão objetiva consiste em considerar que a ação foi objetivamente apropriada à situação.”³⁸⁹ A situação é analisada “para que os elementos que parecem, inicialmente, ser psicológicos (como desejos, motivos, lembranças e associações), sejam transformados em elementos da situação,”³⁹⁰. Na obra *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, o autor explicitou o caráter “normativo” que atribuía ao princípio da racionalidade, questionando a sua inadequação empírica, pois

a maior parte das explicações históricas faz um uso tácito nem tanto de leis sociológicas e psicológicas triviais, mas do que chamamos [...] a 'lógica da situação'; quer dizer que, além das condições iniciais que descrevem os interesses, objetivos pessoais e demais fatores da situação [...], essas explicações históricas supõem tacitamente, como primeira aproximação, a lei geral trivial de que as pessoas normais atuam, em geral, de forma mais ou menos racional.³⁹¹

³⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 241.

³⁸⁷ MISES, Ludwig Von. **Ação Humana - Um Tratado de Economia**, 1966. p. 28-32.

³⁸⁸ POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Brasília: Universidade de Brasília, 1978. p. 31.

³⁸⁹ POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**, 1978. p. 31.

³⁹⁰ POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**, 1978. p. 31.

³⁹¹ POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987. p. 273.

A conclusão de Popper acerca do pressuposto racional como um axioma ou um *a priori* lógico é de que as ações humanas se moldam conforme a situação em que se encontram. Se “[...]a principle is not universally true, then it is false. Therefore, the principle of rationality is false. I don't think there's any way out of this. Consequently, we must deny it to be valid a priori.”³⁹² Com isso, Popper aponta pela falseabilidade do Princípio da racionalidade enquanto axioma, porém o direciona como uma hipótese empírica ou como princípio metodológico.

A partir dos questionamentos do pressuposto racional, surge da ciência econômica o norte para as concepções racionais aplicadas ao setor público. De forma pioneira com a Escola das escolhas racionais e, posteriormente, evoluindo para o comportamentalismo econômico, o *behavioral economics*.

A teoria das Escolhas Racionais emergiu da economia dominando a ciência política da regulação norte-americana nas décadas de 1970-80.³⁹³ Partindo do pensamento *mainstream* da regulação estatal baseada em intervenções para correção das falhas de mercado, considera a racionalidade um fator de liberdade para o equilíbrio das relações econômicas. Conforme essa teoria toda ação é fundamentalmente racional, considerando que todos os fenômenos sociais complexos podem ser explicados em termos das ações individuais elementares. Esse entendimento demonstra as fortes tendências microeconômicas da teoria. Assim, a “elementary unit of social life is the individual human action. Explain social institutions and social change is to show how they arise as a result of the action and interaction of individuals”³⁹⁴ Esse pensamento é chamado de individualismo metodológico.³⁹⁵ Diante disso é possível identificar a existência de um modelo de agente econômico, o “*homo economicus*. Segundo o modelo – sempre passível de aprimoramentos para melhor descrever a realidade –, as escolhas individuais pautam-se por critérios racionais

³⁹² POPPER, Karl. A pluralistic approach to the philosophy of History. In POPPER, K. **The myth of the framework in defence of science and rationality**. London and New York: Routledge, 1994. p. 171-172. “um princípio não é universalmente verdadeiro, então ele é falso. Portanto, o princípio da racionalidade é falso. Penso que não há saída para isto. Consequentemente, devemos negar que ele seja válido a priori” (Tradução nossa).

³⁹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 47.

³⁹⁴ ELSTER, Jon. **The cement of society: A study of social order**. Cambridge: University Press, 1989. p. 13. “unidade elementar da vida social é a ação humana individual. Explicar as instituições sociais e a mudança social é mostrar como elas surgem como resultado da ação e interação dos indivíduos.” (Tradução nossa)

³⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 227.

voltados à maximização de interesses ou utilidades próprios.”³⁹⁶ Para Mises a ação humana é necessariamente sempre racional, de forma que

a expressão ‘creio ser racional’ é, portanto, pleonástica e, como tal, deve ser rejeitada. Quando aplicados aos objetivos finais da ação, os termos racional e irracional são inadequados e sem sentido. O objetivo final da ação é sempre a satisfação de algum desejo do agente homem. Uma vez que ninguém tem condições de substituir os julgamentos de valor de um indivíduo pelo seu próprio julgamento, é inútil fazer julgamentos dos objetivos e das vontades de outras pessoas. Ninguém tem condições de afirmar o que faria outro homem mais feliz ou menos descontente. Aquele que critica está nos informando o que imagina que faria se estivesse no lugar do seu semelhante, ou então está proclamando, com arrogância ditatorial, o comportamento do seu semelhante que lhe seria mais conveniente.³⁹⁷

No entanto, alguns teóricos da escolha racional, como George Homans, encontraram inspiração no *behaviorismo*³⁹⁸ de Frederic Skinner para afirmar que a racionalidade é o resultado do condicionamento psicológico. Essa posição era justificada porque os princípios da escolha racional e do intercâmbio social eram simplesmente expressões dos princípios básicos da psicologia comportamental.³⁹⁹ George Homans afirmava que “if you look enough for the secret society, will find it in plain sight: the secret society is what has been done by men, and there is nothing in society unless the men put there”⁴⁰⁰ Embora a psicologia comportamental tenha relevo na escola, não logrou êxito em dominar a posição dogmática de que é simplesmente necessário supor que os indivíduos agem como se fossem completamente racionais. A “hipótese da economia não é a de que cada agente atua, interna e conscientemente, realizando análises de custo e benefício a cada ato de suas vidas, mas apenas que, na média, eles se comportam como se o fizessem.”⁴⁰¹ Todavia, esse modelo teórico abstrato originou um leque de deficiências teóricas quanto à suposição da racionalidade na ação individual humana.

³⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 227.

³⁹⁷ MISES, Ludwig Von. **Ação Humana - Um Tratado de Economia**, 1966. p. 43.

³⁹⁸ SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o Behaviorismo**. São Paulo: Cultrix, 1995.

³⁹⁹ HOMANS, George Caspar. **Social behaviour: its elementary forms**. London: Routledge & Kegan Paul, 1961.

⁴⁰⁰ HOMANS, George Caspar. **Social behaviour: its elementary forms**, 1961. p. 385. “Se você olhar o suficiente para o segredo da sociedade, vai encontrá-lo à vista de todos: o segredo da sociedade é que foi feito por homens, e não há nada na sociedade a não ser o que os homens colocam lá.” (Tradução nossa).

⁴⁰¹ SCOTT, John. Rational Choice Theory. In: BROWNING, G.; HALCLI, A.; WEBSTER, F. (orgs.). **Understanding Contemporary Society: Theories of The Present**. Stage Publications, 2000. Disponível em < <https://web.archive.org/web/20090227085005/http://privatewww.essex.ac.uk/~scottj/socscot7.htm>>. Acesso em 05 jan 2019. [s.p].

O primeiro questionamento é acerca da ação coletiva, pois os atores racionais não têm incentivo individual para apoiar ações coletivas, muitos dos benefícios dos grupos ou associações se dão em favor dos *free riders*.⁴⁰² Outra lacuna está nas normas sociais, no aspecto do problema hobbesiano da ordem apresentando por Talcott Parsons, se as ações são de interesse próprio, como a vida social é possível? A teoria da escolha racional não pode explicar as origens das normas sociais, especialmente as do altruísmo, reciprocidade e confiança.⁴⁰³ Para Parsons a ordem social poderia ser explicada apenas pelo reconhecimento de que existe um elemento normativo, fruto da relação interpessoal da sociedade, e não racional nos contratos individuais.⁴⁰⁴ Por fim, a teoria da escolha racional não admite qualquer influência de uma estrutura social sobre a racionalidade, ao contrário, atribui esses resultados às consequências não intencionais da ação individual,⁴⁰⁵ demonstrando outra postura dogmática quanto à racionalidade.

Herbert Simon também desconstrói o pressuposto da racionalidade humana levando em conta o comportamento humano baseado em um “modelo simplificado,” em tal padrão

o comportamento não é nem mesmo aproximadamente ótimo em relação ao mundo real. Para prever o seu comportamento, temos de compreender a maneira em que este modelo simplificado é construído, e sua construção será, certamente, relacionada com as suas propriedades psicológicas como a percepção, o pensamento e a aprendizagem animal.⁴⁰⁶

Contudo, o reducionismo da suposição racional baseada na ação individual humana foi relativizado com a emergência do comportamentalismo econômico, o *behavioral economics*⁴⁰⁷. Em recentes estudos essa corrente teve como principais expoentes Richard Thaler e Cass Sunstein,⁴⁰⁸ apontando que o conceito de *homo economicus* é um ideal distante da realidade dos indivíduos. Dessa forma, a tarefa da lei comportamental e da economia, é

⁴⁰² SCOTT, John. **Rational Choice Theory**, 2010. [s.p].

⁴⁰³ PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo da Teoria Social**. Tradução Raquel Weiss. Rio de Janeiro: Vozes, 2010. p. 97-107.

⁴⁰⁴ PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo da Teoria Social**, 2010. p. 118-121.

⁴⁰⁵ SCOTT, John. **Rational Choice Theory**, 2010. [s.p].

⁴⁰⁶ SIMON, Herbert. A. **Models of Man**. Nova York: John Wiley, 1957. p. 198.

⁴⁰⁷ Richard Thaler e Cass Sunstein, começaram a participar da formulação de políticas governamentais nos Estados Unidos já em 2008, durante a campanha presidencial do presidente Barack Obama. Em 2010, o governo do Reino Unido montou o *Behavioural Insights Team*, uma unidade especial dedicada a aplicar a ciência comportamental à política e aos serviços públicos. Em 2013 veio a notícia de que o governo americano estava formando uma equipe de *Nudge* nessas mesmas linhas.

⁴⁰⁸ THALER Richard; SUSTEIN Cass. **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness**. New York: Penguin Books, 2009.

explorar as implicações do comportamento humano real, questionando de que modo “pessoas reais” se diferem de *homo economicus*. Assim,

we will describe the differences by stressing three important ‘bounds’ on human behavior, bounds that draw into question the central ideas of utility maximization, stable preferences, rational expectations, and optimal processing of information. People can be said to display bounded rationality, bounded willpower, and bounded self-interest⁴⁰⁹

Conforme o *behavioral economics*, a “regulação deve destinar-se não apenas à correção das já mencionadas falhas de mercado, mas também ao tratamento das denominadas *ações irracionais em heurística*, que configurariam verdadeiras falhas de escolha.”⁴¹⁰ Essas ações são “uma espécie de mecanismo semi-intuitivo ou atalho mental, influenciado por fatores não racionais, de que as pessoas se utilizam para fazer julgamentos e tomar decisões, sem recorrer ao padrão de racionalidade plena.”⁴¹¹ Dessa forma, sob determinadas circunstâncias, “sobretudo naquelas que envolvem risco e incerteza, o comportamento das pessoas diverge do modelo econômico tradicional.”⁴¹² São as principais *ações irracionais em heurística*⁴¹³: “(i) subavaliação e (ii) superavaliação de riscos; (iii) efeito de manada; (iv) inércia e comportamento default; (v) escolhas que produzam efeitos diferidos no tempo; (vi) viés de representatividade; (vii) viés de ancoragem; e (viii) viés de afeto.”⁴¹⁴

Ao negar a universalidade das ações humanas individuais fundamentalmente racionais a questão que se apresenta diz respeito à regulação estatal para correção das falhas de escolhas. O *behavioral economics* que se volta para o “âmbito de incidência da regulação,

⁴⁰⁹ JOLIS, Christine; SUNSTEIN, Cass; Thaler, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. In: **Behavioral Law and Economics**. Sunstein, Cass (org.). Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 13–58. p. 14 “Descreveremos as diferenças, sublinhando a importância de três 'limites' sobre o comportamento humano, limites que coloque em questão as ideias centrais da maximização de utilidade, preferências estáveis, expectativas racionais e melhor processamento das informações. Podemos dizer que pessoas exibem a racionalidade limitada, a força de vontade limitada e auto-interesse limitado” (Tradução nossa).

⁴¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 227. (grifo do autor)

⁴¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 229.

⁴¹² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 228.

⁴¹³ O tratamento das ações irracionais em heurística será feito no item **3.3.3 A regulação por nudges: a investigação dos insights da racionalidade auxiliando a análise de impacto regulatório**

⁴¹⁴ TRAVASSOS, Marcelo Zenni. **A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública: estudo de caso sobre os argumentos paternalistas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 111-120.

abre ensejo para regulações de natureza paternalista, cuja proposta cria uma tensão com a autonomia individual, um dos valores centrais do constitucionalismo democrático.”⁴¹⁵ Com efeito, a “proliferação de regulações paternalistas, sobretudo daquelas instrumentalizadas por normas de comando e controle, tenderia a reduzir significativamente o espaço da liberdade individual,”⁴¹⁶ resultando em um totalitarismo moral. O *trade off* regulatório quanto às escolhas é fazer a modulação da irracionalidade para “distinguir situações de limitação cognitiva daquelas em que haja apenas uma avaliação diferenciada do *mainstream* ou uma escolha existencial singular do indivíduo.”⁴¹⁷

As obras políticas do inglês John Stuart Mill representados por *Da Liberdade, Utilitarismo e Considerações sobre o Governo Representativo*, são a representação do pensamento liberal do século XIX. Da mesma forma que os escritos econômicos, representados por *Princípios de Economia Política*, significam a cristalização do pensamento econômico clássico. Mill é defensor da liberdade individual enquanto um princípio absoluto. Como regra geral, o Estado não pode legitimamente coagir as pessoas se seu único objetivo é protegê-las de si mesmas. O único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos a outros.⁴¹⁸ A consagração da liberdade é a possibilidade do indivíduo fazer as próprias escolhas, ou seja, “the human faculties of perception, judgment, discriminative feeling, mental activity, and even moral preference, are exercised only in making a choice. He who does anything because it is the custom, makes no choice. He gains no practice either in discerning or in desiring what is best.”⁴¹⁹

À medida em que o indivíduo pratica a tomada de decisão, ele exercita seu desenvolvimento, pois “[...] need to use the note to see, reason and judgement to provide

⁴¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 233.

⁴¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 233.

⁴¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 233.

⁴¹⁸ MILL, John Stuart. On Liberty. In: HUTCHINS, Robert Maynard (ed.). **Great books of the Western World: American State Papers, The Federalist, J. S. Mill**. Vol. 43. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1952, p. 263-323. p. 271.

⁴¹⁹ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1956. p. 31. “As faculdades humanas de percepção, julgamento, sensação discriminativa, atividade mental e preferência mesmo moral, são exercidas apenas em fazer uma escolha. Quem faz alguma coisa, porque é o costume, não faz nenhuma escolha. Ele não ganha nenhuma prática mais exigentes ou desejando o que é melhor” (Tradução nossa)

activity to gather materials for decision-making, discrimination to decide, and after I had decided, firmness and self-control to keep your intentional decision.”⁴²⁰ Conforme Mill qualquer flexibilização da liberdade de escolhas do indivíduo, que não seja justificada pela prevenção de danos à terceiros, pode ser considerada uma regulação paternalista e castradora do desenvolvimento humano pela autonomia individual.

De outro lado, Sunstein e Holmes consideram que a regulação das escolhas sem a devida cautela pode levar a um totalitarismo moral, porém quando os princípios do *behavioral economics* são aplicando criticamente servem para proteger direitos, bens e interesses dos indivíduos. As falhas no raciocínio humano prejudicam o ideal de tomada de decisão no contexto dos cuidados de saúde, planejamento financeiro, e outras questões de política pública.⁴²¹ Os autores teorizam sobre uma modalidade de regulação das falhas de mercado comportamentais⁴²² chamado de *paternalismo libertário*. Essa regulação também se baseia no princípio do dano de Mill, mas se estende ao próprio indivíduo.⁴²³

O paternalismo libertário é uma forma de *soft* (em contraste com *hard*), que tenta influenciar as escolhas individuais, sem impor custos materiais.⁴²⁴ É também uma forma de *means paternalism* (em contraste com *ends*), que tenta influenciar apenas as ações dos indivíduos para atingir seus objetivos escolhidos.⁴²⁵ Nesse modelo as intervenções estatais são espécies de *nudges*, empurrões que corrigem as falhas comportamentais, melhorando a vida das pessoas, preservando e aumentando a autonomia individual da liberdade de escolha, alcançando a objetivos desejados.⁴²⁶ O objetivo de muitos “*nudges* é tornar a vida mais simples, mais segura e mais fácil.”⁴²⁷ Na regulação paternalista libertária “sempre existe

⁴²⁰ MILL, John Stuart. **On Liberty**, 1952, p. 295. “[...] precisa usar a observação para ver, razão e julgamento para prever, atividade para congregar materiais para a tomada de decisão, discriminação para decidir, e depois de haver decidido, firmeza e autocontrole para manter sua decisão intencional.” (Tradução nossa).

⁴²¹ THALER Richard; SUNSTEIN Cass. **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness**, 2009.

⁴²² SUNSTEIN, Cass. **Why nudge?: the politics of libertarian paternalism**. New Haven: Yale University Press, 2014. p. 16.

⁴²³ SUNSTEIN, Cass. **Why nudge?: the politics of libertarian paternalism**, 2014. p. 7.

⁴²⁴ SUNSTEIN, Cass. **Why nudge?: the politics of libertarian paternalism**, 2014. p. 58.

⁴²⁵ SUNSTEIN, Cass. **Why nudge?: the politics of libertarian paternalism**, 2014. p. 68-69.

⁴²⁶ SUNSTEIN, Cass. **Why nudge?: the politics of libertarian paternalism**, 2014. p. 123.

⁴²⁷ SUNSTEIN, Cass. Nudging: um guia bem breve. In: **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. Flávia Ávila, Ana Maria Bianchi (orgs). Tradução Laura Teixeira Motta. 1ª Ed. São Paulo: Economia Comportamental, 2015, p. 110-115. p. 110.

algum tipo de ambiente social ou *arquitectura de escolha* influenciando as escolhas,⁴²⁸ preservando a liberdade pelo seu caráter não cogente.

Contudo, a complexidade das ações humanas exige uma abordagem regulatória que, ao mesmo tempo, compense as falhas comportamentais, incentivando e preservando a autonomia individual das liberdades de escolhas. Tudo isso sem representar custos elevados para o mercado. Além disso, os *nudges*⁴²⁹ podem influenciar para promover “competitividade, proteção ambiental, segurança pública, proteção ao consumidor e crescimento econômico — ou para reduzir a corrupção pública e privada e combater a pobreza, doenças infecciosas e obesidade.”⁴³⁰ Esses são bens públicos caros à ordem constitucional brasileira que se confundem com as finalidades públicas do Estado.

2.2.3 A constitucionalização do Estado Democrático de Direito brasileiro e a transição do paradigma interventor para o regulador

A promulgação da Constituição Federal brasileira em 1988 se resumiu em uma gama de direitos fundamentais⁴³¹ que, sob o pano de fundo democrático,⁴³² desconsiderou a divisão ideológica de modelo estatal. Em um único instrumento consagrou direitos positivos e negativos, historicamente subordinados a diferentes modelos estatais, quanto ao caráter prestacional do Estado. A Lei Maior consagrou os direitos subjetivos dispostos em dimensões, quais sejam: primeira dimensão: os direitos individuais e políticos (liberdade de expressão e participação política); segunda dimensão: os direitos sociais, culturais e

⁴²⁸ SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 111.

⁴²⁹ As falhas de comportamento e a institucionalização dos *nudges* serão melhor desenvolvidas nos itens **3.3.1 Responsiveness e interesse público: o objeto de análise do impacto regulatório** e **3.3.3 A regulação por nudges: a investigação dos insights da racionalidade auxiliando a análise de impacto regulatório**, respectivamente.

⁴³⁰ SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 115.

⁴³¹ “[...] una cierta tendencia, no absoluta como lo prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la denominación ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.” LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995. P. 31. Uma certa tendência, não absoluta como o texto da Convenção Europeia, para reservar o nome 'direitos fundamentais' para designar os direitos humanos foram a nível interno, enquanto a fórmula de 'direitos humanos' é o mais usual a nível das declarações e convenções internacionais (Tradução nossa).

⁴³² “A democracia moderna, nascendo como democracia representativa, em contraposição à democracia dos antigos, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante sendo chamado a buscar os interesses da nação não pode estar sujeito a um mandato imperativo.” BOBBIO, Norberto **Il Futuro della Democrazia**. Torino: Einaudi, 1984. p. 10.

econômicos (direito à prestação assistencial de saúde); e terceira dimensão: os chamados direitos de solidariedade ou da fraternidade (direitos de titularidade coletiva ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento),⁴³³ tornando-os fundamentais envoltos pela democracia moderna.

O debate acerca dos direitos fundamentais na contemporaneidade diz respeito diretamente à questão de sua efetividade, nas palavras de Norberto Bobbio “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”⁴³⁴ A preocupação de Bobbio se justifica pelo conteúdo programático e do caráter de proteção violatória do texto constitucional, que resulta em uma discrepância entre a teoria e a prática social. Segundo Marcelo Neves, em sua obra *A Constitucionalização Simbólica*,

o objetivo da legislação simbólica pode ser [...] fortificar a confiança do cidadão no respeito ao governo ou, de um modo geral, no Estado. Neste caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema jurídico-político. O legislador muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas.⁴³⁵

A incorporação de um princípio-direito fundamental ao ordenamento jurídico cria uma vinculação do compromisso de efetivar aquele preceito fundamental. À essa vinculação podemos dar o nome de garantias constitucionais, conforme Canotilho, “as **garantias** traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade,”⁴³⁶ pois

[...] un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones fundamentales [...] Al ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental corresponde entonces la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental. [...].⁴³⁷

⁴³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2012. p. 46.

⁴³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004. p. 24.

⁴³⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fortes, 2007. p.36.

⁴³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003. p. 396. (grifo do autor)

⁴³⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 241-242. “Um direito fundamental como um todo é um conjunto de posições fundamentais. [...] A junção de um conjunto de posições em um fundamental direito então é o destacamento de um conjunto de regras de um fundamental direito disponível. [...] Titular de direitos, tem direito a ações de Estado que são indispensáveis para a proteção do âmbito da liberdade garantido por disposições jusfundamentais”. (Tradução nossa).

Alexy afirma que “el titular de derechos fundamentales deberá tener un derecho a las acciones del Estado que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad asegurado por disposiciones iusfundamentales.”⁴³⁸

Gregorio Peces-Barba⁴³⁹ estabelece três perspectivas para análise da questão da efetividade dos direitos fundamentais, a primeira que relaciona legitimidade e validade, a segunda faz uma relação entre legalidade, vigência ou possibilidade de positivação, e a última é reconhecida como a realidade social dos direitos, ou seja, analisa o ambiente social necessário para sua efetivação de fato.⁴⁴⁰ Na contemporaneidade a questão da efetivação dos direitos fundamentais está muito mais ligada à terceira perspectiva, ou seja, a análise da realidade social também envolve a capacidade econômica do Estado em implementar as políticas públicas.

A transição para o regime democrático se fundamentou na luta por uma vasta gama de direitos, todos consolidados na Constituição de 1988. Todavia, o Estado, agigantado pelo modelo intervencionista e imerso na onerosidade e morosidade, diante do esvaziamento da burocracia, não era capaz de cumprir a agenda recém-implantada. Era imprescindível realizar ajustes na gestão e na estrutura por meio da descentralização e da preponderância na função reguladora.

A reforma gerencial foi a primeira a ser implementada após a consolidação do regime democrático em 1988. Sua proposta foi reformar o Estado, tornando-o forte e eficiente para “sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado, bem como os serviços básicos que presta e as políticas de cunho social que precisa implementar.”⁴⁴¹

Para atingir a eficiência foi necessário aumentar a capacidade gerencial do Estado.

Reformar foi uma reação imediata à crise fiscal iniciada em 1980 e que atingira dimensões sociais e políticas, superando a econômica. O paradigma gerencial fez nascer a função regulatória como um meio de atuação eficiente. A descentralização foi uma medida adotada para sanar o Estado economicamente e retirá-lo da morosidade e onerosidade,

⁴³⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 1993. p. 241-242. “o titular de direitos, tem direito a ações de Estado que são indispensáveis para a proteção do âmbito da liberdade garantido por disposições jusfundamentais”. (Tradução nossa).

⁴³⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III. 1995.

⁴⁴⁰ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189-209. p. 196.

⁴⁴¹ BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**, 1995. p. 6.

tornando-o eficiente com as flexibilizações do formalismo procedimental e da rigidez dos controles hierárquicos.

O caminho percorrido pelo Estado intervencionista brasileiro, desde a sua formação no Estado Novo (1930) até a emergência do paradigma regulador, pela reforma gerencial (1995), demonstra sucessivas tentativas de erros e de acertos em aperfeiçoar a gestão do espaço público por meio de reformas. Ora para modernização, como na “Era Vargas” (1930-1954), almejando o crescimento nacional e a implementação de políticas sociais, ora com o objetivo único de desenvolvimento econômico, como na ditadura civil-militar (1964-1985), ou ainda, como mecanismo de desenvolvimento da proposta democrática de garantia e efetivação de direitos fundamentais (1988).

As práticas de intervenção estatal observadas no Brasil não se configuravam apenas na função de alocação, que consiste em corrigir desequilíbrios parciais de funcionamento dos mercados e da função de estabilização macroeconômica.⁴⁴² Além disso houve uma forte presença do Estado no setor produtivo, um dos propulsores do desenvolvimento econômico na década de 1930. Nesse período os serviços públicos organizados em redes de infraestrutura estavam totalmente atrelados à formação de um sistema produtivo estatal instrumental para o desenvolvimento de setores econômicos industriais. Havia então a utilização dos serviços públicos como instrumentos de intervenção do Estado brasileiro na economia.

O enfraquecimento da presença do Estado no setor produtivo foi iniciado ainda no governo Sarney (1985-1990), entretanto se intensificou com o Programa Nacional de Desestatização,⁴⁴³ na década de 1990. Entre as principais privatizações⁴⁴⁴ estão: no governo

⁴⁴² A atividade regulatória brasileira começa ainda antes, na Primeira República em 1906, por meio do Convênio de Taubaté, de 1930 a meados da década de 1950, houve significativo desenvolvimento da atividade regulatória, são alguns exemplos: surgimento em 1931 do Conselho Nacional do Café, em 1952 cria-se o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 30-31. Após isso, se destacam o “Banco Central do Brasil (Lei no 4.595/1964), para atuar no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, e da Comissão de Valores Mobiliários (Lei no 6.385/1976), destinada a regular o mercado de capitais.” FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 124-125.

⁴⁴³ BRASIL. Lei n.º 8.031, de 1990. **Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8031.htm> Acesso em 10 jan. 2019.

⁴⁴⁴ Disponível em: <<http://agmt.org/contraponto/wpcontent/uploads/2017/05/infogr%C3%A1ficoprivatiza%C3%A7%C3%A3o-no-brasil.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

Collor (1990-1992), em 1991 foi vendida a USIMINAS,⁴⁴⁵ então considerada a joia da Coroa. A Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e a EMBRAER⁴⁴⁶ foram privatizadas no governo Itamar Franco (1992-1995), em 1993 e 1994, respectivamente. No governo Fernando Henrique (1995-2002), após a implantação da reforma gerencial (1995), ocorreu a privatização da Companhia Vale do Rio Doce (1997), outro ícone da privatização se deu no setor de telecomunicações com a venda da Telebrás⁴⁴⁷ em 1998.⁴⁴⁸

No entanto, para desenvolver a estratégia de privatizações, tornando o Estado um regulador da atividade econômica, antes foi preciso desregular, combatendo os excessos⁴⁴⁹ da intervenção estatal, iniciando um “processo de delimitação de seu papel regulador.”⁴⁵⁰ A postura assumida foi “ao mesmo tempo desregular e regular: desregular para reduzir a intervenção do Estado; regular, para viabilizar a privatização.”⁴⁵¹ Ambos processos ocasionaram a quebra do paradigma da intervenção estatal, exigindo uma nova função reguladora do Estado com relação à economia em um sentido geral e à prestação de serviços públicos.

Os estudos de Peltzman são referências na interface entre setor público e teoria econômica voltadas à desregulação. A partir disso, as falhas de governo “explicam com mais acuidade o movimento desregulatório presenciado nos anos 1980 e 1990 do que as possíveis evoluções tecnológicas que teriam permitido a introdução da concorrência na prestação dos serviços públicos.”⁴⁵² Além disso, forneceram um manancial para os processos de desregulação, substituindo a regulação hierarquizada, que, “tradicionalmente voltada para o

⁴⁴⁵ Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A

⁴⁴⁶ Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A.

⁴⁴⁷ Telecomunicações Brasileiras S/A.

⁴⁴⁸ Após isso, algumas concessões foram taxadas de privatizações como no governo Lula (2003-2011) acerca das Rodovias Federais em 2007, seguido pelo governo Dilma (2011-2016) com o Programa de Investimento em Logística, atingindo alguns Portos e Aeroportos. Disponível em: <<http://agemt.org/contraponto/wpcontent/uploads/2017/05/infogr%C3%A1ficoprivatiza%C3%A7%C3%A3o-no-brasil.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁴⁴⁹ Os excessos de intervenção estatal ocorreram para “proteger direitos sociais, para garantir padrões de qualidade dos bens e serviços, para assegurar o bom funcionamento do mercado em áreas monopolistas, como aconteceu principalmente nos Estados Unidos, ou, ao contrário, para promover a cooperação entre empresas, como ocorreu no Japão e na Alemanha”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**, 1997. p. 32.

⁴⁵⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**, 1997. p. 32.

⁴⁵¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 32.

⁴⁵² CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. *In: Direito econômico: direito econômico regulatório*. Mario Gomes Schapiro (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39

controle de preços, entrada e qualidade dos serviços, pela livre-competição no mercado como instrumento regulatório”⁴⁵³ (a legislação antitruste assumia, nesse contexto, a dianteira na regulação dessas atividades), para uma regulação que implica na integração de diversas funções. Isso “pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes.”⁴⁵⁴ Nesse sentido, a teoria da regulação estatal foi a

contribuição mais útil de um Estado que decide retirar-se da intervenção econômica direta [...] para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado, reconhece para tanto ser insuficiente o mero e passivo exercício do poder de polícia sobre os mercados.⁴⁵⁵

O desafio em diminuir a regulação foi determinar qual a extensão do papel do Estado ao regular as atividades privadas. Não há “dúvida de que esta é uma função específica do Estado, já que lhe cabe definir as leis que regulam a vida econômica e social.”⁴⁵⁶ Por esta razão a teoria da regulação

engloba todas as formas de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia. [...]. Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação.⁴⁵⁷

O período pós-reforma ocasionou uma série de alterações da ordem econômica disposta na Constituição de 1988. Primeiramente com a extinção de determinadas restrições

⁴⁵³ CARVALHO, Vinícius Marques de. **Regulação econômica e serviços públicos**, 2010.p. 47.

⁴⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 26

⁴⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14.

⁴⁵⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 32.

⁴⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**, 2001. p. 15.

ao capital estrangeiro.⁴⁵⁸ Depois com a flexibilização dos monopólios estatais,⁴⁵⁹ e por último com os processos de privatização⁴⁶⁰ e desestatização, em 1996, operacionalizando a descentralização.

Isso ampliou a possibilidade de “concessão de serviços públicos à iniciativa privada gerou a imediata necessidade de reformulação do exercício da função reguladora estatal, prevista no art. 174 da Constituição.”⁴⁶¹ Conforme o novo paradigma parte dos serviços públicos, essenciais ao bem-estar social, passaram a compor a atividade econômica privada. Assim, não mais caberia ao Estado exercer diretamente sua prestação, ou por meio de empresas estatais, então

tornava-se necessário prevenir e corrigir, por meio da regulação, as falhas do mercado, exercendo-se, ainda, a fiscalização sobre os serviços públicos prestados pelas empresas privadas nos setores de telecomunicações, energia, transportes e outros, além de submeter as empresas do setor de petróleo e combustíveis a

⁴⁵⁸ Emenda Constitucional n. 6/1995: i) suprimiu o art. 171 da CRFB, que conceituava a empresa brasileira e admitia a outorga a elas de benefícios especiais e preferências; ii) alterou a redação do art. 176, § 1º, para permitir que a pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica sejam concedidos ou autorizados às empresas constituídas sob as leis brasileiras, não exigindo o controle do capital nacional; a Emenda Constitucional n. 7/1995: alterou o art. 178 da CRFB, para deixar de exigir que a navegação de cabotagem e interior seja privativa de embarcações nacionais e a nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários e comandantes e, pelo menos, de dois terços dos tripulantes. OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [s.p].

⁴⁵⁹ A Emenda Constitucional n° 5, de 15.08.95, alterou a redação do § 2º do art. 25, abrindo a possibilidade de os Estados-membros concederem às empresas privadas a exploração dos serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado, que, anteriormente, só podiam ser delegados a empresa sob controle acionário estatal. O mesmo se passou com relação aos serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. É que a Emenda Constitucional n° 8, de 15.08.95, modificou o texto dos incisos XI e XII, que só admitiam a concessão a empresa estatal. E, na área do petróleo, a Emenda Constitucional n° 9, de 09.11.95, rompeu, igualmente, com o monopólio estatal, facultando à União Federal a contratação com empresas privadas de atividades relativas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos de petróleo (outroa vedados pela CF, art. 177 e § 1º, e pela Lei n° 2.004/51). BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>>. Acesso em: 15 jan. 2019. p. 289.

⁴⁶⁰ A Lei 8.031, de 12.04.90 instituiu o Programa Nacional de Privatização, depois substituída pela Lei 9.491, de 9.09.97. Entre os objetivos fundamentais do programa incluíram-se, nos termos do art. 1º, incisos I e IV: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia. BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. 2002. p. 289.

⁴⁶¹ SANTOS, Luiz Alberto dos. **Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado**. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, p. 28-31 Oct. 2003. p. 28.

controles até então inexistentes, dada a flexibilização do monopólio estatal nessa área.⁴⁶²

A criação das agências reguladoras brasileiras⁴⁶³ com berço no modelo norte-americano de *Independent regulatory agency*,⁴⁶⁴ tiveram objetivo de suprir parte da atividade regulatória estatal,⁴⁶⁵ as quais se dá ênfase, não em detrimento dos demais entes, mas em função do recorte proposto. Esses entes dotados de autonomia e poderes extraordinários entre as autarquias, receberam a função de tornar a regulação eficiente, encontrando esse lastro na especificidade técnica setorial e na desvinculação política das decisões.

Nesse ponto, repetindo as tendências reformistas mundiais, o *trade off* do Estado frente ao mercado é tornar a regulação estatal eficiente. O aperfeiçoamento da atividade estatal surge como um contraponto à teoria econômica liberal dominante, que parte do “pressuposto de que o mercado tem capacidade de coordenar a economia de forma ótima, de modo que torna-se desnecessária a intervenção.”⁴⁶⁶ O argumento dos economistas é de que o mecanismo de controle do mercado se autorregula por meio da concorrência perfeita, atingindo, os melhores resultados com os menores custos e sem a necessidade do uso do poder estatal. Todavia, o mercado somente controla a eficiência econômica, desconsiderando outros valores constitucionalmente protegidos como direitos e garantias. Mesmo no plano

⁴⁶²SANTOS, Luiz Alberto dos. **Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado**, 2003. p. 28.

⁴⁶³ As agências reguladoras serão melhor exploradas no item **2.4 As agências reguladoras brasileiras e a emergência de uma reforma voltada à governança regulatória *ex-ante* e *ex-post***.

⁴⁶⁴ “em realidade, o que o direito comparado nos ensina é que o figurino institucional das agências está longe de constituir uma especificidade do direito norte-americano. Certo, teve ali o seu berço. Mas trata-se muito mais de uma evolução natural do Estado, da inelutável exigência de sua intervenção de maneira especializada e eficaz em setores-chave da vida econômica, em suma, uma decorrência natural do novo Estado de tipo intervencionista que se substituiu ao Estado abstencionista oitocentista.” GOMES Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “Metarmofose” do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*, In: BINENBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia**, 2005, p. 55.

⁴⁶⁵ “Nem toda a atividade regulatória estatal requer, contudo, agências reguladoras para o seu exercício. Na verdade, o exercício da atividade reguladora se confunde com o exercício do poder de polícia pelo Estado, e esse poder pode ser exercido diretamente pelo ente estatal, ou por meio de entidades de sua administração.” SANTOS, Luiz Alberto dos. **Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado**, 2003. p. 29.

⁴⁶⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**, 1997. p. 32.

econômico, “o mercado muitas vezes deixa de funcionar adequadamente em função de suas falhas e da existência de externalidades.”⁴⁶⁷

O Estado detém o monopólio legal, constituído pelas normas jurídicas e instituições fundamentais da sociedade e o sistema legal é o mecanismo geral de controle para que os demais mecanismos possam funcionar. Com efeito a regulação estatal seria o princípio mais geral e difuso. Entretanto, as falhas de atuação do Estado não proporcionam condições políticas para uma intervenção eficiente, por consequência, seria impossível as instituições estatais corrigirem as falhas do mercado, ao invés disso, iriam agravá-las.⁴⁶⁸ Além disso, a regulação estatal representa custos para a economia, “um imposto que não é cobrado, mas que o setor privado é obrigado a pagar.”⁴⁶⁹ A ineficiência da intervenção estatal não consegue justificar esse custo, fazendo com que a esfera econômica generalize em afirmar que a regulação estatal somente serve à interesses isolados. Anulando completamente a importância da regulação em casos em que é estritamente necessária, como nos casos determinados pela Constituição brasileira.

Diante disso, o Estado necessita de um arcabouço capaz de superar suas falhas, visando o aperfeiçoamento quanto à própria atuação, para posteriormente tratar das falhas de mercado e as comportamentais no âmbito das escolhas. O primeiro passo é definir a função regulatória e o fundamento da regulação, pois regular é “exercer, em algum grau, uma atividade de controle comportamental tendo em vista uma finalidade regulatória pretendida.”⁴⁷⁰ Torna-se essencial a identificação clara do objetivo socialmente desejado com a regulação. O ponto de intersecção entre Estado, mercado e sociedade civil, é a Constituição Federal brasileira, simbolizando o Estado Democrático de Direito. Então a leitura da regulação deve se dar pelas lentes constitucionais, investigando o caráter dinâmico, marcado pela diversidade e pelo contexto, sobre o qual cada ator envolvido opera, visando sempre a efetivação dos direitos fundamentais.

⁴⁶⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**, 1997. p. 37.

⁴⁶⁸ PRZEWORSKI, Adam; LIMONGI, Fernando. Modernization: Theories and Facts. **World Politics**, v. 49, janeiro 1997.

⁴⁶⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**, 1997. p. 32.

⁴⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 196.

2.2.4 O fundamento da regulação estatal para além da economia: a efetivação dos direitos fundamentais

Jan Tinbergen, Prêmio Nobel de Ciências Econômicas em 1969, estabeleceu que a “economic policy, like any real activity, has to reckon with many aspects originating from very diferente realms of life and hence certainly not only economic view-points: institutional, juridical, thecnical in the widest sense of the word, and psychological.”⁴⁷¹ Cada um dos pontos de vista, técnico institucional, jurídico e psicológico, se somam à perspectiva puramente econômica moldando os objetivos da Política Econômica governamental. Eles refletem em manutenção das relações internacionais, estabilidade e equilíbrio financeiro, promoção de grupos sociais menos privilegiados, redução das desigualdades sociais e a liberdade individual nos limites dos objetivos anteriores.⁴⁷²

Esses objetivos estão presentes nos modelos democráticos modernos, no entanto, sua dimensão abstrata lhes confere diferentes graus de intensidade quanto à efetivação, acabando por polarizados em objetivos econômicos e extraeconômicos. Assumindo assim contornos desiguais, variando conforme o pensamento ideológico da representação política ou o interesse dos grupos de pressão dominantes. Todos os objetivos são bens públicos concorrendo de forma não hierárquica, sujeitos ao julgamento da proporcionalidade em contraponto à decisão política ideológica ou populista.

Não obstante, a predominância de objetivos econômicos nas políticas estatais tem raiz no *pan-economismo*, exaltando valores atomistas, decorrente da “crise da racionalidade, ocorrida quando quebrada a adesão aos valores tradicionais, as sociedades passam para o culto da racionalidade, apegando-se a fins aparentemente objetivos e incontestes, como o desenvolvimento e o consumo.”⁴⁷³ Entretanto, é imprescindível o “contrabalanceamento dos fins da política econômica que não podem autogerar-se da economia e para ela se autodirigirem independentemente de qualquer vinculação axiológica, inclusive no que tange ao emprego de meios necessários à sua consecução.”⁴⁷⁴

⁴⁷¹ TINBERGEN, Jan. **On the theory of economic policy**. Amsterdam: North Holland, 1952. p. 74 “política econômica, como qualquer atividade real, tem que contar com muitos aspectos originários dos reinos muito diferente da vida e pontos de vista, portanto, certamente não só econômicos: técnico institucional, jurídico, no sentido lato da palavra e psicológico” (Tradução nossa).

⁴⁷² TINBERGEN, Jan. **On the theory of economic policy**, 1952. p. 74-78.

⁴⁷³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**, 2008, p.183.

⁴⁷⁴ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**, 2008, p.183.

A transformação econômica da administração pública, com a inclusão de princípios da iniciativa privada para tornar o agir estatal mais eficiente, eficaz e econômico, se deu pelo processo de *economicização* da atuação estatal. Conforme esse processo o “discurso da ciência econômica [...] tem penetrado e se apropriado da ação do Estado, pretendendo subjugar-lo a suas categorias, seu método de trabalho e seus fins”⁴⁷⁵.

A contribuição do “método econômico é o uso de dados empíricos e da linguagem matemática, o que torna mais objetivas as discussões e refutáveis as teses defendidas.”⁴⁷⁶ Com isso, se observa duas vantagens, a primeira é a orientação da “política regulatória no sentido da maximização dos resultados pretendidos pela deliberação democrática.”⁴⁷⁷ A segunda é “diagnosticar as falhas de regulação, assim entendidas aquelas medidas inaptas a alcançar os resultados pretendidos ou cujos efeitos – desejados ou não – sejam contrários a eles.”⁴⁷⁸ Ambos aspectos de suma importância para o alcance de resultados eficientes.

A teoria econômica procura explicar como as “pessoas interagem e cooperam livremente no sentido de extrair da vida a máxima utilidade ou bem-estar,”⁴⁷⁹ sempre levando em conta a escassez de recursos. O método de análise da economia é “centrado na racionalidade, isto é, na ideia de que o comportamento humano reflete escolhas racionais, cujo objetivo será sempre atender ao melhor interesse individual.”⁴⁸⁰ O pensamento econômico dominante é o postulado do livre-mercado, que preconiza uma concorrência perfeita inserida em um sistema auto regulável, “nessas condições, as trocas livremente realizadas pelos agentes econômicos resultariam numa situação de equilíbrio, na qual os recursos sociais estariam alocados sem nenhum desperdício – isto é, de forma eficiente.”⁴⁸¹ Para a economia dominante esse ambiente de concorrência perfeita proporciona a liberdade de escolha em condições ideais.

⁴⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 32.

⁴⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 240-241.

⁴⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 240-241.

⁴⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 240-241.

⁴⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 239.

⁴⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 239.

⁴⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 239.

Embora as contribuições da ciência econômica à gestão pública sejam valiosas com seus métodos, análise e fins, a estrutura e a gestão estatais não podem afastar-se da especialidade pública delimitada pelo ordenamento constitucional. Especialmente quando os dois maiores axiomas econômicos, a concorrência perfeita e a racionalidade individual, admitem a falseabilidade, posto que tomados por generalizações, impossíveis de universalização empírica. A complexidade social demonstra a “existência de falhas de mercado, que dificultam ou inviabilizam a maximização do bem-estar das pessoas, produzindo resultados indesejáveis.”⁴⁸² Ao mesmo tempo, a própria racionalidade “humana se depara com limitações cognitivas, caracterizáveis como falhas de escolha. Essas falhas impediriam o indivíduo de orientar seu comportamento no sentido da obtenção dos melhores resultados para si próprio.”⁴⁸³ O aporte da economia regulatória se destina a diagnosticar

tanto as falhas de mercado como as falhas de escolha, em termos empíricos, e a sugerir possíveis medidas para a sua correção ou mitigação, como que reorientando os agentes econômicos por meio de incentivos a comportamentos que simulem as condições ideais de um mercado perfeito ou, ao menos, que sejam aptas a minorar os efeitos indesejáveis das falhas e a produzir resultados desejáveis.⁴⁸⁴

O avanço da regulação para além da economia demonstra um “processo de aperfeiçoamento contínuo, [...] que assegure a possibilidade da crítica social como um processo componente permanente, característico das sociedades abertas.”⁴⁸⁵ Além das falhas de mercado e de escolhas, a “regulação econômica envolve necessariamente a perseguição de objetivos de interesse público, traduzidos em *inputs* extra-sistêmicos que são a um só tempo impostos pelo poder público.”⁴⁸⁶ Esses objetivos legítimos correspondem aos valores compartilhados pela coletividade. Tais “objetivos podem ser perseguidos em caráter autônomo ou complementar à atividade de correção de falhas de mercado, o que exige do regulador a conjugação de estratégias e objetivos regulatórios, tendo em vista a sua finalidade

⁴⁸² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 240.

⁴⁸³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 240.

⁴⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 240.

⁴⁸⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**, 2008, p.183.

⁴⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 4, 2006. p. 5.

complexa e seus possíveis efeitos multifários.”⁴⁸⁷ A dinâmica social exclui um tratamento taxativo desses fins, destacando-se os seguintes: “(i) gerir problemas de coordenação coletiva; (ii) promover a inclusão no mercado de grupos minoritários socialmente excluídos ou historicamente discriminados; e (iii) proteger interesses intergeracionais.”⁴⁸⁸

Dessa forma a ocupação da teoria da regulação econômica é “interferir nos incentivos gerados pelo mercado real sobre fornecedores e consumidores em busca da realização de objetivos determinados pelo processo político-democrático e traduzidos em pautas jurídicas de ação do Estado.”⁴⁸⁹ Essa nova perspectiva em que a regulação se estende aos direitos fundamentais, rompendo com a esfera economicista, é perfeitamente factível em países com regimes democráticos, especialmente em democracias recentes, como é o caso do Brasil.

O gerencialismo brasileiro implementado em 1995 não delimitou de forma direta as áreas de atuação regulatória do Estado. Em vez disso, dividiu os espaços de atuação entre privado, público estatal e público não-estatal, sem a preocupação em dar contornos à atuação regulatória estatal sobre mercado e sociedade. Entretanto, a complexidade das relações entre esses atores demonstra que essa espécie de reducionismo não é a alternativa mais eficaz no momento de expansão do gerencialismo, pois essa separação flutua entre vários modelos

nas sociedades primitivas e no patrimonialismo, o espaço público e o privado eram confundidos; no capitalismo liberal o espaço privado se separa do público e ganha autonomia; no capitalismo burocrático, o espaço público volta a crescer, mas de forma estatal; no capitalismo do século vinte-e-um o espaço público voltará a crescer, mas agora no plano não-estatal do controle social.⁴⁹⁰

O problema herdado, porém, não enfrentado pela reforma foi o limite da intervenção do Estado no mercado e, por consequência a influência da regulação sobre a sociedade. Para isso é necessário que se defina o fundamento da regulação estatal enquanto objetivo desejado com ela, ou seja, ela deve refletir os fins da Política Econômica do Estado estabelecida pelo constitucionalismo democrático.

⁴⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 193.

⁴⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 193.

⁴⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 240.

⁴⁹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**, 1997. p. 39.

A Constituição de 1988 foi um marco político-jurídico que incorporou como elementos estruturantes e bases de legitimidade do ordenamento os direitos fundamentais e a democracia. O regime democrático e o gerencialismo ocasionaram uma profunda transformação no contexto brasileiro, sobretudo no direito administrativo que passou a incorporar na “dogmática administrativista vetores axiológicos da Lei Maior, propiciando uma releitura de seus institutos, categorias operativas e formas organizacionais.”⁴⁹¹ A administração pública foi levada à uma nova compreensão acerca da própria atuação rompendo com resquícios, por vezes equivocados, sobre supremacia e autoridade. Passando a

(i) incrementar o grau de responsividade dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos; (ii) respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegurem o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas; (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como em termos de resultados práticos⁴⁹²

O Estado de Direito encontra sua legitimação na realização democrática e na efetivação dos direitos fundamentais, seguindo a lógica da Constituição brasileira de 1988. A complexidade do engendramento entre Estado, mercado e sociedade estabelece que o fundamento da regulação não pode afastar-se das finalidades do Estado democrático. O aperfeiçoamento dessa relação triangular demonstra uma evolução na Constituição de 1988 ao prever a excepcionalidade da intervenção estatal no setor produtivo,⁴⁹³ atenuando essa prática, antes justificada pelo fomento da industrialização com a expansão dos serviços públicos. Esse foi o quadro observado na modernização do país iniciada em 1930 até o processo de desestatização em 1990.

⁴⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 38.

⁴⁹² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 38.

⁴⁹³ O artigo 173 da Constituição de 1988 se contrapôs explicitamente ao artigo 163 da Constituição de 1967 que dizia: "São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais."

A Constituição de 1988 estabeleceu que o fim da ordem econômica⁴⁹⁴ é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, para isso se fundamenta⁴⁹⁵ na livre iniciativa e na valorização do trabalho,⁴⁹⁶ vinculando Estado e iniciativa privada e disciplinando seus papéis nas finalidades da Política Econômica brasileira.

A Política Econômica é cercada por princípios que fornecem o tom das decisões acerca da regulação estatal. No recorte proposto a garantia da livre iniciativa pressupõe a existência de princípios assecuratórios, como a propriedade privada, livre concorrência, liberdade de empresa e a liberdade de contratar.⁴⁹⁷ Esses bens devem ser protegidos pelo Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, incumbido de “funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”⁴⁹⁸ Ainda cabe ao Estado a prestação de serviços públicos, de forma direta, ou indireta por meio de concessões e permissões.⁴⁹⁹

O Estado deve regular⁵⁰⁰ a atividade econômica de maneira simbiótica e excepcional, sempre que detectado o desequilíbrio entre os interesses público e privado, se retirando, sempre que possível, tão logo a estabilização ocorra. Reforçando o mandamento da regulação estritamente necessária e proporcional. Nesse sentido, ganha destaque o postulado da “proporcionalidade, que norteará a incidência da regulação sobre o(s) elemento(s) estritamente necessário(s) aos resultados pretendidos, a fim de evitar efeitos dos processos

⁴⁹⁴ Constituição Federal Artigo 170, *caput*.

⁴⁹⁵ A livre iniciativa e a valorização do trabalho também fazem parte do rol de princípios que fundamentam a República brasileira conforme artigo 1º, IV.

⁴⁹⁶ A Constituição de 1988 cuidou de concretizar o princípio da valorização do trabalho em regras concentradas em seu art. 7º, onde se pode encontrar um rol de direitos assegurados aos trabalhadores.

⁴⁹⁷ Esses princípios estão presentes na Constituição Federal da seguinte forma: propriedade privada - arts. 5º, XXII e 170, II; liberdade de empresa - parágrafo único do art. 170, livre concorrência – art. 170, IV e liberdade de contratar - art. 5º, II.

⁴⁹⁸ Constituição Federal Artigo 174.

⁴⁹⁹ BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm > Acesso em 10 jan 2019.

⁵⁰⁰ A regulação, em seu sentido amplo, compreende quatro possibilidades, a saber: a) regulação estatal: exercida pela Administração Direta ou por entidades da Administração Indireta (ex.: agências reguladoras); b) regulação pública não estatal: exercida por entidades da sociedade, mas por delegação ou por incorporação das suas normas ao ordenamento jurídico estatal (ex.: entidades desportivas, na forma do art. 217, I, da CRFB); c) a autorregulação: realizada por instituições privadas, geralmente associativas, sem nenhuma delegação ou chancela estatal (ex.: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – Conar, selos de qualidade ou de certificação de produtos); e d) a desregulação: quando ausente a regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos à mão invisível do mercado. OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [s.p].

de captura (*rent seeking*) ou distorções causadas pela própria regulação (falhas regulatórias).”⁵⁰¹

A justificativa dominante quanto à intervenção político-econômica é o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência⁵⁰² e ao aumento arbitrário dos lucros.”⁵⁰³ Essa visão meramente economicista da Política Econômica encontra respaldo no modo neoclássico de intervenção político-econômica, que se dá quando “há um excesso de poder de mercado, os governos tomam medidas para promover a concorrência.”⁵⁰⁴ O poder de mercado é designado por uma “situação fática que permite a um empresário ou grupo econômico exercer influência expressiva sobre o preço ou a quantidade de produtos e serviços ofertados,”⁵⁰⁵ podendo “assumir formas estruturais de mercado especialmente marcadas pela concentração econômica, que são o monopólio⁵⁰⁶ e o oligopólio⁵⁰⁷.”⁵⁰⁸ O fenômeno de concentração de poder de mercado pode ocorrer de três formas:

⁵⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 196.

⁵⁰² O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. O CADE tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Atua em conjunto com as agências reguladoras no caso dos monopólios naturais como os setores regulados pela Anatel, Aneel, ANP, etc. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁵⁰³ Constituição Federal Artigo 174, parágrafo 4º.

⁵⁰⁴ SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. **Economía**, 2004. p. 19.

⁵⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 177.

⁵⁰⁶ O monopólio consiste em uma estrutura de mercado na qual há um único ofertante, que controla toda a oferta do produto. Além da produção de ineficiências econômicas alocativas, há tendências claras de desincentivo à inovação e de uso de estratégias de captura regulatória (*rent seeking*) para a manutenção da situação de monopólio. Todavia, caso não haja monopólio legal, barreiras normativas à entrada muito intensas ou uma situação de monopólio natural, a existência de monopólios é muito rara, devido aos incentivos que preços mais altos geram para a atração de novos participantes de mercado. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 178; NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**, 2008, p. 274.

⁵⁰⁷ Os oligopólios ocorrem quando a oferta de produtos de determinado mercado é controlada por poucos agentes econômicos, com razoável poder de mercado. Nos oligopólios, há uma forte tendência no sentido da formação de acordos formais ou tácitos de preços com a aplicação de preços de monopólios no mercado, o que deve merecer forte monitoramento regulatório. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 178-179.

⁵⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 178.

(i) concentração horizontal, que se materializa pelo poder de mercado em determinado segmento econômico; (ii) concentração vertical, que se articula mediante arranjos empresariais ao longo da cadeia produtiva; e (iii) conglomeração, que significa a junção empresarial de diversas atividades econômicas em uma única estrutura empresarial.⁵⁰⁹

Nesse sentido a regulação econômica das falhas de mercado⁵¹⁰ são o *mainstream* da regulação estatal, visando uma concorrência perfeita e o controle dos monopólios e dos oligopólios.

Em situações de “oligopólio e monopólio, os ofertantes assumem a condição de formadores de preços (*price-makers*), ao invés de seus tomadores (*price-takers*), o que lhes permite fixá-los em patamar superior ao custo marginal de produção.”⁵¹¹ A transição democrática e o paradigma regulador também alteraram o controle estatal macroeconômico por meio dos preços. Essa prática

largamente utilizada no autoritarismo econômico, durante várias décadas neste País, mas tão prejudicial à competição, tão incompatível com uma política de desenvolvimento (hoje, princípio constitucional- art. 3º, II), tão perigosa pelas distorções que gera (como nos casos dos planos 'Cruzado' e 'Verão'), teve seu fim, com muito atraso, na Constituição de 1988. Não será mais possível à burocracia incompetente fazer demagogia com preços.⁵¹²

O poder de mercado dos monopólios naturais tem sido tratado por meio dos seguintes elementos de regulação: “preços, padrões de qualidade, nível adequado de informação e controles de entrada e saída do mercado [...]”⁵¹³ Essa regulação pode estar “associada ao fomento da construção de redes de compartilhamento das infraestruturas, a fim de viabilizar

⁵⁰⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**, 2008, p. 278.

⁵¹⁰ A falha de mercado gerada por monopólios e oligopólios é tratada em duas vertentes distintas. Para os mercados em que é viável a competição, o direito antitruste atua no sentido de prevenir a formação de estruturas conducentes à concentração do poder econômico e de reprimir condutas comerciais sintomáticas desse fenômeno. Para os mercados em que a competição não é tecnicamente viável, como nos casos de alguns serviços públicos (*public utilities*) caracterizados, via de regra, como monopólios naturais, cabe ao Estado regular os elementos principais da atividade de produção do bem ou de prestação do serviço. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 180.

⁵¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 179.

⁵¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 69-70.

⁵¹³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 196

o acesso concorrencial a elas em benefício dos consumidores.”⁵¹⁴ Sobre esses objetos incidirão as “normas de comando e controle são estruturas de incentivos, sendo a sanção punitiva o meio de desestímulo às condutas socialmente indesejáveis”⁵¹⁵ e as normas de indução que buscam “estimular comportamentos: trata-se da chamada regulação por incentivos, que opera por normas fundadas no binômio ‘prescrição-prêmio.’”⁵¹⁶ Esse despreendimento da regulação enquanto normas meramente punitivas são o condutor para a repercussão não somente econômica, mas também social da regulação, especialmente levando em consideração o comportamento social-econômico, enquanto fundamentos da regulação por *nudges*.

De forma sistêmica, a lógica constitucional da ordem econômica não pode negligenciar o plexo de garantias também presentes entre os princípios que a fundamentam visando a justiça social, tais como: a defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais.⁵¹⁷ A política econômica “tem repercussões marcantes sobre o todo social, muitas vezes impondo-lhe custos não acusados pelo sistema, sobretudo quando negligenciados valores outros de natureza extra-econômica.”⁵¹⁸ Pollitt e Bouckaert afirmam que

first of all, the crucial role assigned to the state as a promoter of development and well-being is highlighted. Second, the need for the State to develop new capacities, which has as a corollary the need for strong and competent bureaucracies, recovering its role after being criticized by New Public Management. Third, the emphasis on the relationship with society and democratic principles for setting priorities and making choices, to the notion of governance, others to participation and deliberative processes. They are elements that articulate public management with the democratic dimension, and therefore with the political dimension, not being restricted to instrumental and technical aspects with a view to efficiency in a restricted sense, but to the definition of the state's own performance and its social effectiveness.⁵¹⁹

⁵¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 183

⁵¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 164

⁵¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 166

⁵¹⁷ Constituição Federal, Artigo 170, Incisos V, VI e VII.

⁵¹⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**, 2008, p.186.

⁵¹⁹ POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Public Management Reform: a comparative analysis-new public management, governance, and the Neo-Weberian state**, 2011. p. 44. “Em primeiro lugar, destaca-se o papel crucial atribuído ao Estado como promotor de desenvolvimento e de bem-estar. Segundo, a necessidade de o Estado desenvolver novas capacidades, o que tem como corolário a necessidade de burocracias fortes e competentes, recuperando-se seu papel depois de criticada pela *New Public Management*. Terceiro, a ênfase na relação com a sociedade e com processos democráticos para definição de prioridades e realização de escolhas, o que remete, muitas vezes, à noção de governança,

A justiça social tem um caráter impreciso⁵²⁰ decorrente das diversas abordagens ideológicas a que se submete. Esse princípio já fundamentou as intervenções macroeconômicas, desde o *New Deal* ao *Welfare State*, influenciando o Brasil no nascimento do intervencionismo compondo a ordem econômica pela primeira vez na Constituição de 1946,⁵²¹ permanecendo presente na Constituição de 1967,⁵²² vindo a ser consolidada na redemocratização de 1988 como um dos fundamentos da República. Sua inserção aparenta um formalismo ético praticamente incontestado,⁵²³ talvez por seu núcleo meramente dirigente. De qualquer sorte, a ordem econômica estabelecida na Constituição de 1988 “[...] tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme — diz o art. 170, *caput* — os ditames da justiça social. Na referência a ela, a consagração de princípio constitucionalmente conformador.”⁵²⁴ As indeterminações quanto aos termos “justiça” e “social” sofrem, ao que diz Eros Grau, “pequenas tinturas políticas,” pois

do que seja justiça social temos a idéia [sic!], que fatalmente, no entanto, sofreria reduções — e ampliações — nesta e naquela consciência, quando enunciada em qualificações verbais. É que justiça social é expressão que, no contexto constitucional, não designa meramente uma espécie de justiça, porém um dado ideológico. O termo ‘social’, na expressão, não é adjetivo que qualifique uma forma ou modalidade de justiça, mas que nela se compõe como substantivo que a integra. Não há como fugir, assim, à necessidade de discernirmos sentido próprio na expressão, naturalmente distinto daquele que alcançamos mediante a adição dos sentidos, isolados, dos vocábulos que a compõem⁵²⁵

Dentre as teorias de justiça modernas merece destaque a de John Rawls. Segundo ele a sua teoria buscou uma “concepção da justiça que generalize e eleve a um nível superior a conhecida teoria do contrato social desenvolvida, entre outros, por Locke, Rosseau e

outras, à de participação e processos deliberativos. São elementos que articulam a gestão pública com a dimensão democrática e, portanto, com a dimensão política, não se restringindo a aspectos instrumentais e técnicos com vistas à eficiência em um sentido restrito, mas à definição da própria atuação do Estado e à sua eficácia social.” (Tradução nossa).

⁵²⁰ “Justiça social é conceito cujo termo é indeterminado (note-se que “conceitos indeterminados”, não os há), contingencial.” GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 229.

⁵²¹ Constituição Federal de 1946 - Artigo 145.

⁵²² Constituição Federal de 1964 - Artigo 157.

⁵²³ VIDIGAL, Geraldo. **Fundamentos do Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 211 e ss.

⁵²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica**, 2002. p. 228.

⁵²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica**, 2002. p. 229.

Kant,⁵²⁶ para isso tem como ponto central a equidade. A posição original,⁵²⁷ enquanto situação inicial hipotética da sociedade, busca a igualdade de representação isenta de condicionamentos na escolha dos princípios de justiça. O pressuposto do véu de ignorância⁵²⁸ garante essa condição. Na teoria a “sociedade é interpretada como um empreendimento de natureza cooperativa, que visa obter vantagens mútuas para os participantes.”⁵²⁹ A estrutura básica é um “sistema público de regras que definem um sistema de atividades que leva os homens a agirem em conjunto de modo a produzir uma maior soma de benefícios e que atribui a cada um certos direitos, que são reconhecidos, a uma parte dos resultados respectivos.”⁵³⁰ Rawls destaca dois princípios gerais, quais sejam

- a. Todas as pessoas têm direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido;
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posição e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.⁵³¹

Conforme Michel Sandel, o “primeiro oferece as mesmas liberdades básicas para todos os cidadãos [...] esse princípio sobrepõe-se as considerações sobre utilidade social e bem-estar geral.”⁵³² Já o segundo princípio refere-se à “equidade social e econômica. Embora não requeira uma distribuição igualitária de renda e riqueza, ele permite apenas desigualdades

⁵²⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 33.

⁵²⁷ “A posição original é definida de modo a ser um status quo no qual qualquer consenso atingido é justo. É um estado de coisas no qual as partes são igualmente representadas como pessoas dignas, e o resultado não é condicionado por contingências arbitrárias ou pelo equilíbrio relativo das forças sociais.” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, 2000. p. 129.

⁵²⁸ “Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou status social; além disso, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção do bem, as particularidades de seu plano de vida racional e, nem mesmo os traços característicos de sua psicologia, como por exemplo, a sua aversão ao risco ou sua tendência ao otimismo ou ao pessimismo. Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Ou seja, elas não conhecem a posição econômica e política dessa sociedade, ou o nível de civilização e cultura que ela foi capaz de atingir. As pessoas na posição original não têm informação sobre qual geração pertencem [...]” RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, 2000, p. 147.

⁵²⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, 2000. p. 80.

⁵³⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, 2000. p. 80.

⁵³¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª. Ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 47.

⁵³² SANDEL, Michael, J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011. p. 179.

sociais e econômicas que beneficiem os membros menos favorecidos de uma sociedade.”⁵³³ Rawls “vincula a ideia de justiça a uma parcela igual de bens sociais, mas acrescenta uma importante modificação. Tratamos as pessoas como iguais não removendo todas as desigualdades, mas apenas as que trazem desvantagem para alguns.”⁵³⁴ A concepção de justiça de Rawls tem uma orientação redistributiva, cercada de ações afirmativas para atingir seu escopo de equidade.

A ordem econômica disposta na Constituição Federal visa assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. Dessa forma ordem econômica deve garantir que o “processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais [...] os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim.”⁵³⁵ Por isso, mais que intervenções econômicas para correção das falhas de mercado, a regulação deve ser sustentável, englobando a correção de falhas de escolhas e objetivos legítimos, socialmente desejáveis.⁵³⁶

O fundamento da regulação é a efetivação dos direitos fundamentais em conformidade com os objetivos do Estado Democrático de Direito. Há, portanto, uma vinculação de cada forma de regulação aos direitos fundamentais. A regulação visando a correção das falhas de mercado, com seu viés econômico de alocação eficiente dos recursos, “cumprir um duplo papel em relação aos direitos fundamentais. De um lado, o combate à ineficiência é medida que evita o desperdício de recursos sociais, estimula a eficiência produtiva, aperfeiçoa a eficiência alocativa, incrementando o grau de bem-estar em termos gerais.”⁵³⁷ De outra parte, “a regulação torna as relações menos assimétricas, aumentando o nível de autonomia das pessoas.”⁵³⁸

⁵³³ SANDEL, Michael, J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**, 2011. p. 179.

⁵³⁴ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 66.

⁵³⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A legitimidade na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989. p. 27.

⁵³⁶ As falhas de mercado e as falhas de escolhas como objetos regulatórios foram explicadas nos itens: **2.2.1 O principal *trade off* do Estado Regulador: superar as *government failures* principal crítica da teoria econômica dominante** e **2.2.2 Entre a liberdade e a proteção de direitos: o limite da regulação estatal sob o pano de fundo da racionalidade das ações humanas individuais, respectivamente**. A ligação dos objetivos socialmente desejáveis ao interesse público será feita no item **3.3.1 Responsiveness e interesse público: o objeto de análise do impacto regulatório**.

⁵³⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 241-242.

⁵³⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 242.

A regulação para a correção de falhas de escolha serve aos “direitos fundamentais, na medida em que, com base nas descobertas da economia comportamental, pretende salvaguardar o bem-estar das pessoas nas situações em que sua racionalidade se mostre limitada.”⁵³⁹ Isso é possível desde que a modulação da racionalidade seja baseada em “dados empíricos confiáveis que revelem a propensão a ações irracionais em decorrência de limitações cognitivas.”⁵⁴⁰ Esse tipo de regulação se vincula aos direitos fundamentais à medida que “poderá cumprir papel decisivo tanto na promoção da autonomia real dos indivíduos, como na proteção de seu bem-estar ou de sua própria vida, nessas específicas situações de risco.”⁵⁴¹

A regulação fundamentada em objetivos legítimos provenientes da complexidade social reforça o papel do Estado na tutela do direito à boa administração pública e de agente materializador das prioridades constitucionais que são a ele vinculadas.⁵⁴² Na contemporaneidade a regulação, além da tradicional justificativa econômica, também deve se fundamentar pela lógica constitucional, contemplando regulações protetivas de interesses “individuais e transindividuais, tais como a integridade do ecossistema, o acesso à segurança social e à longevidade ativa, [...] evitando o fundamentalismo de mercado, com os antecipáveis danos materiais e morais que acarreta”⁵⁴³ Esse preceito se fecha com a eficiência enquanto princípio de Estado e sinônimo de boa administração pública, transcendendo a visão economicista da eficiência baseada em custo-benefício.

A regulação sustentável atua nos setores social, econômico e administrativo, estimulando a produtividade de políticas públicas de longo espectro, afastando-se do equívoco de hipervalorizar o menor custo, combatendo a tendenciosidade e promovendo a monitoração confiável e coerente das políticas. Esses elementos são favoráveis aos empreendimentos presente sem impedir o êxito dos empreendimentos das gerações futuras.⁵⁴⁴ Esses aspectos completam o objetivo do Estado regulador, que consiste em “com

⁵³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 242.

⁵⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 242.

⁵⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 242.

⁵⁴² FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores 2014. p. 145.

⁵⁴³ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 2014. p. 151.

⁵⁴⁴ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 2014. p. 148.

autonomia, cientificidade e planejamento rigoroso, garantir a precaução, a prevenção e a correção tempestiva das falhas de mercado e de governo, em na raiz, enfrentar os desvios de comportamento *lato sensu*.”⁵⁴⁵

A partir disso o desafio do gerencialismo é criar mecanismos para aumentar a capacidade gerencial de cada meio de controle regulatório, compreendido entre Estado, mercado e sociedade, para atingir a eficiência, ou seja, pautar a atuação do Estado regulador pela boa governança.

2.3 GOVERNANÇA EM REDES INTERATIVAS: O PERCURSO DO ESTADO BRASILEIRO PARA A ATUAÇÃO EM REDES DE COMPROMISSO, COOPERAÇÃO E COORDENAÇÃO NO MEIO DIGITAL

O gerencialismo brasileiro (1995) foi implementado como uma reforma de Estado, incorporando a eficiência como princípio ordenador dos demais que norteiam o agir estatal, basilar da atuação pública, ou seja, a eficiência é um Princípio de Estado. O paradigma reformista brasileiro teve como principal inspiração o *new public management* que, desde a sua implantação ao redor do mundo, sofreu adaptações provenientes da complexidade social no engendramento com a gestão pública. Esse movimento evoluiu para o pós-*new public management*, baseado preponderantemente em princípio e diretrizes, se distanciando de um modelo estático.

No contexto brasileiro as premissas incorporadas com o gerencialismo tendem a seguir o mesmo caminho. Todavia, ainda há muito por fazer para o alcance da boa administração pública nos padrões do pós-*new public management*. Isso revela que a inovação institucional é uma constante que pretende colocar a eficiência em sintonia com os demais princípios que regem a gestão pública, enquanto premissas nucleares da boa governança obrando em prol do interesse público.

A partir da implantação do gerencialismo e por meio das recomendações as Organizações internacionais, como o Banco Mundial, o Brasil passou a adotar manifestações de governança pautando sua atuação pública. No entanto, sem teor normativo conceitual, o que inviabiliza as formas coordenada e integral de adesão.

⁵⁴⁵ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 2014. p. 145.

A emergência da função reguladora do Estado (1995) exigiu, entre outras medidas, a descentralização pelos processos de desestatização e privatização, decorrentes da flexibilização dos monopólios e transferência de boa parte das atividades, antes estatais, para a iniciativa privada. Nesse sentido, a criação das agências reguladoras foi uma medida de descentralização pretendendo a governança enquanto capacidade de governar.

Após essa manifestação inicial várias outras medidas legislativas e programas visando a governança pública despontaram no ordenamento brasileiro. No entanto, um divisor de águas ocorreu em maio de 2017 quando o Brasil oficializou a candidatura como membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Em decorrência disso, vários esforços foram realizados para aumentar as capacidades da atuação pública, em múltiplos setores. Entre as providências mais integralizantes está o Decreto 9203/2017 que dispõe sobre a Política de Governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Essa Política reuniu as diretrizes do Banco Mundial, conforme o Programa *Country Partnership Framework* (2018-2023) para a estruturação da governança em redes de cooperação, compromisso e cooperação. Além disso, se somaram as recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para formulação dos seus princípios e diretrizes, visando fortalecer a confiança nas instituições, fomentar a coerência e promover a coordenação. Estabelece ainda patamares mínimos de governança, pois considera as metodologias já consolidadas em cada órgão ou setor.

Uma parte significativa das ações para implantação da Política de Governança depende do meio digital para seu êxito. O *Open Government* é uma delas, esse programa se define pelos pilares de transparência, *accountability*, acesso à informação, participação social e inovação, onde todas as ferramentas permeiam a transformação digital da administração pública. A interatividade entre Estado e sociedade em espaços virtuais, por meio da governança digital em rede, possibilita o fortalecimento da democracia, prestação de contas, comunicação aos cidadãos e geração de mensagem no lugar e na hora certa. No entanto, paralelo a isso, deve ocorrer a implantação de ações para inclusão digital no intuito de que o exercício à cidadania não se seletivo.

Contudo, o gerencialismo e a incorporação da governança no âmbito público ocasionaram profundas revisões no Estado, requerendo uma reformulação de atitude e

procedimentos, marcando uma nova mentalidade da gestão do Estado Democrático de Direito, rumo à nova concepção pós-gerencialista e da governança em redes interativas.

2.3.1 O Princípio da Eficiência no paradigma gerencial: os caminhos para o pós-*new public management* no Brasil

A boa administração pública ou “bom andamento” é um instituto com raízes no Direito Administrativo Italiano, expresso constitucionalmente no artigo 97, dispondo que “os gabinetes públicos são organizados conforme disposição da lei, de modo a que sejam assegurados o *bom andamento* e imparcialidade da administração.”⁵⁴⁶ Nas palavras de Falzone, o fim da boa administração é atender aos particulares visando a coletividade, pois o “si pone come uno di quegli interessi che non sono particolari ad um dato individuo, mas comuni alla generalità e sono quindi di questo posseduti in quanto parte di questa, come mera frazione dell’interesse collettivo”⁵⁴⁷.

No universo que compõe a boa administração pública italiana a eficiência é uma pequena parte do todo, representando apenas a face economicista⁵⁴⁸ da administração pública, avaliando o resultado, em uma relação de custo-benefício, como um melhor emprego dos recursos disponíveis.⁵⁴⁹ Conforme acentua Spasiano,

in altri termini, il buon andamento, per la rilevanza organizzatoria che riveste, è principio giuridico sostanziale quale espressione tipica di ‘efficienza pubblica’, ossia necessità di doverosa ed effettiva tutela di tutti gli interessi affidati alla considerazione di ciascun livello di governo.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ ITALIA. **Costituzione italiana edizione in lingua portoghese**. Tradução Paula Queiroz. Roma, Senato della Repubblica, 2018. p. 43 (grifo nosso).

⁵⁴⁷ FALZONE, Guido. **Il dovere di buona amministrazione**. Milão: A. Giuffrè, 1953. p. 147. “se classifica como um daqueles interesses que não são específicos para informações individuais, mas comum para o geral e, por conseguinte, isso realizam-se como parte desta, como uma mera fração de interesse coletivo” (Tradução nossa).

⁵⁴⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100.

⁵⁴⁹ VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale**. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 2004. p. 544.

⁵⁵⁰ SPASIANO, Mario. **Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico**. Italia: Report Annuale, 2011. p. 7. “Em outras palavras, o bom desempenho, pela relevância organizacional, é princípio jurídico substancial que quer dizer eficiência ‘pública’, ou seja, necessidade de proteção adequada e eficaz dos interesses confiados ao considerar cada nível de governo” (Tradução nossa).

As manifestações acerca da eficiência no ordenamento brasileiro, anteriores à reforma gerencial, tinham a mesma conotação do Direito Italiano, por exemplo, o Decreto-Lei n. 200/1967, no seu artigo 26, inciso III.⁵⁵¹ Por isso a estranheza⁵⁵² do emprego do termo eficiência ao ser incorporado como uma inovação trazida pelo gerencialismo, pois o ideal da boa administração pública sempre foi perseguido no contexto brasileiro, todavia, jamais em tais dimensões.

Essa busca ocorre desde a implantação da burocracia no Estado Novo (1930) até a contemporaneidade. Esse objetivo tão-somente assumiu diferentes contornos, oriundo de racionalidade, hierarquia e análises de custo-benefício, se a perspectiva adotada for a teoria clássica burocrática (weberiana). Pode ser também focado na desagregação, na concorrência intragovernamental e nos incentivos pecuniários vinculados ao desempenho, se a visão estiver ligada ao paradigma gerencialista.⁵⁵³ No entanto, o desafio da contemporaneidade é incorporar ao Brasil uma gestão pública baseada no movimento pós-*new public management*, relacionado às ideias de integração, colaboração e processo decisório inclusivo, refletindo na função regulatória do Estado e no processo de governança em rede. Esse é um processo em andamento, conforme se demonstrará.

Com efeito, no contexto reformista de 1995 a eficiência já estava presente na administração pública brasileira. Entretanto, sem a mesma abrangência de sua inclusão no ordenamento como princípio constitucional pela Emenda nº 19/98⁵⁵⁴. As dimensões da reforma demonstraram que o gerencialismo não pretendia ser somente um ajuste administrativo, mas sim, uma reforma do Estado, apontando para o pós-*new public management*. Nesse sentido a ideia nuclear foi mais do que fazer uma vinculação da eficiência à administração, mas sim, ligá-la ao

⁵⁵¹ Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: [...] III - A eficiência administrativa. BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre [sic!] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

⁵⁵² O “princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo, já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da ‘boa administração.’” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** 14ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002. p. 92.

⁵⁵³ CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM**. Brasília: Ipea, 2017. (Texto para Discussão, n. 2319). p. 10-22.

⁵⁵⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 28 jan. 2019

Princípio da eficiência do Estado como vetor geral do sistema constitucional. Dessa forma, tão importante quanto a relação com os demais princípios da administração pública, que não é só externa, mas intrínseca, é a submissão do princípio da eficiência aos princípios estruturantes do sistema constitucional, entre os quais se destaca o Princípio do Estado Social e Democrático de Direito.⁵⁵⁵

A eficiência impõe à administração pública direta e indireta e aos seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, desburocratizada e sempre em busca da qualidade,⁵⁵⁶ diferenciando o agir estatal, pautando-o pela boa administração pública.

Em conformidade com essa ideia a União Europeia elegeu em instrumento o direito fundamental à boa administração pública. Em 1999 o Conselho Europeu de Colônia⁵⁵⁷ deliberou pela elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, um sistema assecuratório comum aos integrantes. A Carta de Nice, proclamada em 07 de dezembro de 2000, veio a dar unidade ao rol de direitos dentre os Estados-Membro. O documento elenca vários direitos fundamentais relativos à dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade, justiça e cidadania. Dentre os últimos, a boa administração pública, conforme o artigo 41 do instrumento.⁵⁵⁸

O enunciado da Carta de Nice inspirou a doutrina brasileira para afirmar que a boa administração pública é um direito fundamental, uma norma implícita no sistema de princípios e regras do ordenamento. Juarez Freitas o conceitua como direito fundamental à administração “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com

⁵⁵⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência**, 2002. p. 89-90.

⁵⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 30.

⁵⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Conselho Europeu de Colônia**. Reunião havida em 3 e 4 de junho de 1999, Decisões da Presidência, Anexo IV - Decisão do Conselho Europeu sobre Elaboração de uma Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_pt.htm#an4>. Acesso em: 02 jan. 2019.

⁵⁵⁸ “Artigo. 41 – Direito a uma boa administração: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua” UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas ou comissivas.”⁵⁵⁹

Além de observar os *standards* da boa administração pública, a legitimidade da ação estatal não se resume ao respeito aos procedimentos formais, mas, principalmente, ao alcance dos resultados delimitados pelo texto constitucional.⁵⁶⁰ A concretização dos resultados, na medida do possível, deve ser realizada por meio de processo político-participativo:

a) planejamento: planos de ação, orçamento e prioridades, com destaque para participação da população por meio de audiências e consultas públicas; b) execução: medidas concretas para satisfação dos resultados previamente delimitados; e c) controle: os órgãos controladores não devem se restringir à legalidade formal na análise da juridicidade da ação administrativa, devendo levar em consideração os demais princípios e o alcance dos resultados esperados.⁵⁶¹

À essa acepção quanto à boa administração pública, resultado da reforma do Estado, se soma o processo de constitucionalização democrática de 1988. Tais fatos provocaram profundas transformações de cunhos político-jurídicas, econômicas e institucionais.⁵⁶² Abrindo os caminhos para um constante avanço, caracterizado pelas costumeiras inovações, à exemplo das mutações ocorridas em outros Estados que aderiram aos ajustes do *management*. Em diversos países

the reforms that were undertaken under the label of New Public Management represented important changes compared to traditional public administration and paved the way for further reforms and transformations in the post-New Age Management Age. Market solutions and market ideology now seem to have become more or less institutionalized in the public sector, although without eliminating the main Weberian characteristics of the old system, and some re-regulation has taken place in recent years.⁵⁶³

⁵⁵⁹ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**, 2014. p. 21.

⁵⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**, 2015. [s.p].

⁵⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**, 2015. [s.p].

⁵⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵⁶³ CHRISTENSEN, Tom; LAEGREID, Per. The whole-of-government approach to public sector reform. *In: Public Administration Review*, v. 67, n. 6, p. 1059-1066, 2007. p. 2 “as reformas que foram empreendidas sob o rótulo do *New Public Management* representaram mudanças importantes em comparação com a tradicional administração pública, e abriram o caminho para mais reformas e transformações na Era pós- *New Public Management*. As soluções de mercado e a ideologia de mercado parecem agora ter-se tornado mais ou menos institucionalizadas no setor público, embora sem eliminar as principais características weberianas do antigo sistema, além de certa re-regulação ter ocorrido nos últimos anos.” (Tradução nossa).

O *managemant* não é um paradigma acabado, mas a soma de processos “complexos, ambíguos e dinâmicos [que] caminham mais para um olhar sobre as múltiplas dimensões ou tendências de princípios e diretrizes, bem como suas aplicações efetivas (ferramentas de gestão), do que propriamente um modelo estático.”⁵⁶⁴ As características do *new public management* no momento reformista de 1980-1990 eram: sociedade tida como cliente/consumidor, obedecia à lógica do mercado, o objetivo maior se baseava na eficiência, a estratégia apontava para desagregação, concorrência e incentivo (pecuniária), acreditava-se na superioridade administrativa do mercado.

Já o pós-*new public management* evoluiu para novas características: cidadão como parceiro, inserção da lógica das redes, o objetivo se fundamenta na confiança e reciprocidade, a estratégia consiste em uma visão holística e integrada, na colaboração, na profissionalização e na inclusão e a visão do Estado se consolida no fortalecimento das capacidades.⁵⁶⁵

Christopher Pollitt e Geert Bouckaert demonstram o resultado das transformações do *new public management* ocorridas em vários países que, inspiradas no mercado, refletiram no aperfeiçoamento da regulação e da governança. Essa observação foi disposta em uma linha do tempo, desde a implantação do movimento até o paradigma do pós-*new public management*, formulada a partir de observações dos seguintes países: Finlândia, Austrália, Países Baixos, EUA, Canadá, Reino Unido, Suécia, Nova Zelândia, França, Itália, Alemanha e Bélgica.⁵⁶⁶

As reformas do *new public management* se inspiraram no mercado inicialmente pelas privatizações de bens e alguns serviços; no âmbito interno separaram compradores de provedores; inseriram a gestão por resultados, ou seja, controle *ex post*, como é o caso do orçamento por resultados; instauraram a adesão aos contratos por desempenho individual e por organização; implantaram a revisão de programas (custo-benefício); estimularam a competição compulsória entre os setores públicos, privados e voluntários e, finalmente,

⁵⁶⁴ CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM**, 2017. p. 18.

⁵⁶⁵ CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM**, 2017. p. 29.

⁵⁶⁶ POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Public Management Reform: a comparative analysis-new public management, governance, and the Neo-Weberian state**, 2011. p. 231-321.

estabeleceram a coordenação de programas *one-stop-shops*, ou seja, Balcão único de atendimento, estimulando a unificação de informações.

Quanto à regulação se observa a evolução partindo da desregulação de recursos humanos e de compras; passando à criação de novos órgãos regulatórios: para supervisionar privatização e governança colaborativa. Além disso, a incorporação de mecanismos de coordenação, planejamento e execução com regramentos determinando condutas e ainda, a adoção de condutas transparentes e possibilidade de controle.

A relação do *new public management* com a governança se dá em crescente aperfeiçoamento, partindo da aplicação de princípios/padrões de gestão de qualidade; passando à descentralização para governos locais e regionais: delegando responsabilidades e autonomia orçamental; incentivando o *Open Government*, baseado em liberdade de informação, *e-governance* e mecanismos de engajamento social e, por fim, evoluindo para a governança em redes.

Esses breves apontamentos demonstram que o Estado brasileiro definiu um percurso na tomada de decisão pelos ajustes políticos e administrativos do *new public management*, estabelecendo condições para evolução, à exemplo dos países que foram pelo mesmo caminho. A boa administração pública visando a eficiência são premissas nucleares da boa governança.

Cumpra agora demonstrar a relevância do auxílio e recomendações internacionais, como do Banco Mundial e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, no apoio às reformas. Isso tem sido de grande valia com relação aos avanços, mas demonstra, ao mesmo tempo, que ainda há muito por fazer.

2.3.2 A consolidação da governança pública por meio do Banco Mundial e sua fragmentação no ordenamento brasileiro

Governança é um termo relativamente novo no setor público. Todavia, na contemporaneidade, o relevo das reflexões acerca do tema tornou-o decisivo para a atuação eficiente do Estado, evoluindo para uma concepção de boa governança. Seu surgimento na década de 1980 ganhou relevância por meio das recomendações das agências internacionais, especialmente as editadas pelo Banco Mundial. Em função do advento de reformas políticas e administrativas para modernização dos Estados, observadas por todo o mundo, inclusive

no Brasil, entre as décadas de 1980-1990, as recomendações do Banco Mundial se assemelharam aos ajustes do *new public management*. Com a disseminação o tema governança se tornou um

lugar-comum no debate contemporâneo sobre gestão pública e políticas públicas e uma palavra-chave durante os anos 1990, definindo um novo papel para o Estado na sociedade [...] o termo tem forma bastante heterogênea, governança empreendedora, governança cooperativa, boa governança, governança participativa, governança local e governança sociopolítica, entre outras.⁵⁶⁷

Diante da heterogeneidade conceitual da governança pública o objetivo proposto é demonstrar a influência das recomendações do Banco Mundial⁵⁶⁸ e da implantação do paradigma gerencial sobre a gestão pública brasileira. Posteriormente se pretende ponderar sobre o seu desenvolvimento no país, mencionando o impacto da candidatura do Brasil em 2017 como membro da Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico.⁵⁶⁹

Em 1989 o Banco Mundial incluiu o termo governança pela primeira vez no Relatório *Sub-Saharan Africa: From Crises to Sustainable Growth*, nele a “governance is meant the exercise of political power to manage a nation’s affairs.”⁵⁷⁰ Ao analisar esse documento se pode retirar alguns importantes elementos acerca da matéria. Nele o sucesso do desempenho econômico está ligado à boa governança pública, pois “private sector initiative and market

⁵⁶⁷ MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; GONTIJO, José Geraldo Leandro. **Gestão e políticas públicas no cenário contemporâneo: tendências nacionais e internacionais**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2016. p. 17.

⁵⁶⁸ O Banco Mundial é uma agência internacional que auxilia o desenvolvimento de países por meio de empréstimos. Para isso presta ajuda externa visando profundas reformas políticas, como a implantação de práticas voltadas à governança, enquanto condição para o desenvolvimento sustentável e equitativo. Por meio do Programa *Country Partnership Framework* orienta o trabalho do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD), da Corporação Financeira Internacional (IFC) e da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) no país. Como base no Diagnóstico Sistemático de País faz uma análise abrangente sobre as oportunidades e desafios para o país alcançar a redução da pobreza e a prosperidade compartilhada de forma social e ambientalmente sustentáveis e é resultado de extensas consultas com os governos federal e estaduais, setor privado, sociedade civil e especialistas acadêmicos. Disponível em: < <http://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2017/07/13/brazil-world-bank-group-presents-country-partnership-strategy>> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁵⁶⁹ A OCDE é um organismo internacional fundado em dezembro de 1961 e que sucedeu a Organização para a Cooperação Econômica Europeia. O principal objetivo da Organização é promover “políticas melhores para vidas melhores”, com foco na melhoria da governança global por meio da promoção do diálogo, da identificação de boas práticas internacionais e de solução para problemas comuns nas mais diversas áreas de políticas públicas. Disponível em: < <http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/sobre-ocde/sobre-ocde>> Acesso em: 10 jan 2019.

⁵⁷⁰ WORLD BANK. **Sub-Saharan Africa: From Crises to Sustainable Growth**. Washington: The World Bank, 1989. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/498241468742846138/pdf/multi0page.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2019. p. 60. “governança é concebida como o exercício do poder político para a gestão dos assuntos da nação.” (Tradução nossa).

mechanisms are important, but they must go hand-in-hand with good governance a public service that is efficient, a judicial system that is reliable, and an administration that is accountable to its public.”⁵⁷¹

Nesse sentido a governança é uma estratégia para o crescimento sustentável e equitativo focada na construção de capacidades, o que exige uma renovação política. Isso significa “a concerted attack on corruption from the highest to the lowest levels. This can be done by setting a good example, by strengthening accountability, by encouraging public debate, and by nurturing a free press.”⁵⁷² Disso se depreende a presença de importantes pressupostos para a gestão pública: a eficiência, a confiança, a responsabilização, a transparência e a participação social, esses elementos são indispensáveis para o desenvolvimento das nações.

Em publicação lançada no ano de 1991, *Managing Development: the governance dimension – a discussion paper*, a agência estabelece dimensões para a governança que implicam a melhoria da gestão pública aumentando a eficiência. São elas: informação e transparência, responsabilização e previsibilidade do quadro normativo para as atividades econômicas.⁵⁷³ Entretanto, a materialização do conceito de governança ocorreu somente em 1992.

O Banco Mundial consolidou o conceito de governança em 1992 com a publicação intitulada *Governance and Development*, afirmando que “governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a country’s economic and social resources for development.”⁵⁷⁴ A agência conserva as dimensões expostas em 1991, porém conceitua e explora diretamente cada uma delas, apontando nortes para as reformas. Pela primeira vez ocorre a inclusão do termo “boa governança” firmado em um conceito “[...]”

⁵⁷¹ WORLD BANK. **Sub-Saharan Africa: From Crises to Sustainable Growth**, 1989. p. xii. “Mecanismos de mercado e iniciativa do sector privado são importantes, mas eles devem ir de mão dadas com boa governança, um serviço público eficiente, um sistema judicial que é confiável e uma administração que é responsável perante o seu público.” (Tradução nossa).

⁵⁷² WORLD BANK. **Sub-Saharan Africa: From Crises to Sustainable Growth**, 1989. p. 6. “um ataque concertado na corrupção do mais alto para os níveis mais baixos. Isso pode ser feito através da criação de um bom exemplo, reforçando a responsabilidade, pelo incentivo ao debate público e por nutrir uma imprensa livre.” (Tradução nossa).

⁵⁷³ WORLD BANK. **Managing development: the governance dimension**. Washington: The World Bank, 1991. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/884111468134710535/pdf/34899.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 8-11.

⁵⁷⁴ WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/604951468739447676/Governance-and-development>> Acesso em: 02 jan. 2019. p. VII. “governança é definida como a maneira na qual o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais para o desenvolvimento.” (Tradução nossa).

good governance is synonymous with sound development management.⁵⁷⁵ *Governance and Development* discorre sobre as falhas de governo que impedem a boa governança

poor governance is readily recognizable. Some of its main symptoms are: * Failure to make a clear separation between what is public and what is private, hence, a tendency to divert public resources for private gain * Failure to establish a predictable framework of law and government behavior conducive to development, or arbitrariness in the application of rules and laws * Excessive rules, regulations, licensing requirements, and so forth, which impede the functioning of markets and encourage rent-seeking * Priorities inconsistent with development, resulting in a misallocation of resources * Excessively narrowly based or nontransparent decisionmaking.⁵⁷⁶

Desataca ainda a boa governança como um complemento essencial às políticas econômicas para o desenvolvimento, ao afirmar que a “efficient and accountable management by the public sector and a predictable and transparent policy framework are critical to the efficiency of markets and governments, and hence to economic development,”⁵⁷⁷ acabando por reforçar os pressupostos que sustentam a eficiência na gestão

⁵⁷⁵ WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. p. 1. “boa governança é sinônimo de sólida gestão para o desenvolvimento.” (Tradução nossa)

⁵⁷⁶ WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. p. 9. “má governança é facilmente reconhecível. Alguns dos seus principais sintomas são: * falha em fazer uma separação clara entre o que é público e o privado, portanto, uma tendência para desviar recursos públicos para privados ganho * falha ao estabelecer um quadro previsível de lei e governo comportamento conducente à desenvolvimento, ou arbitrariedade na aplicação das regras e leis * excessivas regras, regulamentos, requisitos de licenciamento e assim por diante, que impedem o funcionamento dos mercados e incentivar a procura * prioridades incompatíveis com o desenvolvimento, resultante em uma má alocação de recursos * excessivamente restritiva não transparente ou baseado em decisionismo” (Tradução nossa).

⁵⁷⁷ WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. p. v. “uma gestão eficiente e responsável pelo setor público e de um quadro político previsível e transparente são cruciais para a eficiência dos mercados e governos e daí para o desenvolvimento econômico.” (Tradução nossa).

pública, a responsabilidade,⁵⁷⁸ a informação e transparência⁵⁷⁹ e a previsibilidade normativa consolidada em um Estado de Direito.⁵⁸⁰

Em 1994 o Banco Mundial promove nova publicação intitulada *Governance: The Bank's Experience*, nesse documento todos os preceitos acerca da governança presentes no *Governance and Development* são mantidos. No entanto, a agência faz referência ao comprometimento do Banco com a governança sob o aspecto econômico voltado ao desenvolvimento econômico e social sustentável, isentando-se politicamente, uma vez que faz uma clara distinção entre as dimensões política e econômica do conceito de governança. Assim, o apelo do Banco para uma boa governança e sua preocupação com a prestação de contas, transparência e o Estado de Direito têm a ver exclusivamente com a contribuição dada ao desenvolvimento social e econômico e ao objetivo fundamental do Banco de redução sustentável da pobreza.⁵⁸¹ O relatório tratou de refinar o conceito de boa governança como

[...] predictable, open and enlightened policymaking (that is, transparent processes); a bureaucracy imbued with a Professional ethos; an executive arm of

⁵⁷⁸ “Accountability, at its simplest, means holding public officials responsible for their actions. Political leaders are ultimately responsible to their populations for government actions, and this means that there has to be accountability within government”. WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. p. 13. “Prestação de contas, na sua forma mais simples, significa segurando os funcionários públicos responsáveis por suas ações. Os líderes políticos são responsáveis para as suas populações para ações de governo, e isso significa que tem que haver responsabilização dentro do governo.” (Tradução nossa).

⁵⁷⁹ “The less available or credible the information, the greater the uncertainty and risk, and therefore the cost, of committing capital or labor. In all countries, government is a primary source of information, and it sets many of the requirements for other providers as well. Information about the economy, about market conditions, and about government policies and intentions is central to private sector calculations, and is either provided by the government or greatly influenced by what it requires other entities to make publicly available.” WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. P. 39. “Informação e transparência a menos disponível ou credível a informação, maior a incerteza e risco e, portanto, o custo, de cometer capital ou do trabalho. Em todos os países, governo é uma fonte primária de informações, e ele define muitos dos requisitos para outros provedores também. Informações sobre a economia, sobre as condições de mercado e sobre as intenções e as políticas do governo é fundamentais para os cálculos do setor privado e são fornecidas pelo governo ou grandemente influenciadas pelo que exige outras entidades para fazer publicidade disponível.” (Tradução nossa).

⁵⁸⁰ “Some elements of the rule of law are needed to create a sufficient stable setting for economic actors-entrepreneurs, farmers, and workers to assess economic opportunities and risks, to make investments of capital and labor, to transact business with each other, and to have reasonable assurance or recourse against arbitrary interference or expropriation.” WORLD BANK. **Governance and Development**. Washington: The World Bank, 1992. p. 28. “O quadro jurídico para o desenvolvimento de alguns elementos do Estado de Direito são necessários para criar uma configuração estável suficiente para atores econômicos: empresários, agricultores e trabalhadores avaliarem oportunidades econômicas e os riscos, para fazer investimentos de capital e trabalho, para realizar negócio com cada oferta e ter uma garantia razoável ou recurso contra a interferência arbitrária ou expropriação.” (Tradução nossa).

⁵⁸¹ WORLD BANK. **Governance: The Bank's Experience**. Washington: World Bank, 1994. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/711471468765285964/pdf/multi0page.pdf>> Acesso em: 03 fev. 2019. p. vii.

government accountable for its actions, and a strong civil participating in public affairs; and all behaving under the rule of law.”⁵⁸²

Com isso a agenda da boa governança se consolidou na gestão pública. Em algumas perspectivas a governança se liga aos preceitos do *new public management*, posto que está associada a uma mudança na gestão política e reúne características semelhantes às recomendações do Banco Mundial, pois marcou uma

neue Generation von Staats- und Verwaltungsreformen, die haben zum Gegenstand der gemeinsamen Aktion unternommen, effektiv, transparent und geteilt durch den Staat, Unternehmen und Zivilgesellschaft, die Suche nach einer innovativen Lösung von sozialen Problemen und Schaffung von Möglichkeiten und Chancen für eine nachhaltige Entwicklung für alle Teilnehmer⁵⁸³

No gerencialismo brasileiro (1995) a governança assumiu uma dimensão econômico-administrativa, mirando à recuperação das capacidades financeira e administrativa de implementar as decisões políticas. Dessa forma tratou de aumentar a capacidade de governar.⁵⁸⁴ A busca pela boa governança tinha o objetivo de aumentar a legitimidade e, portanto, a governabilidade⁵⁸⁵ do país.⁵⁸⁶ A boa governança influenciada pelo “movimento do *New Public Management*, engloba os ideais de especialização, despolitização, eficiência, legitimidade, transparência e *accountability* da ação estatal.”⁵⁸⁷ Operando pela “obtenção de

⁵⁸² WORLD BANK. **Governance: The Bank's Experience**. Washington: World Bank, 1994, p. 7. “previsível, aberta e esclarecida política (isto é, processos transparentes); uma burocracia imbuída com uma ética profissional; um Poder Executivo responsável pelas suas ações; e uma forte participação civil nos assuntos públicos; e tudo sob o Estado de Direito.” (Tradução nossa).

⁵⁸³ LÖFFLER, Elke. **Governance – Die neue Generation von Staats- und Verwaltungsmodernisierung**. *Verwaltung und Management*, v. 7, n. 4, p. 212-215, 2001. Disponível em: <www.jstor.org/stable/24226105?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 10 jan 2019. p. 212. “nova geração de reformas administrativas e de Estado, que têm como objeto a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pelas empresas e pela sociedade civil, visando uma solução inovadora dos problemas sociais e criando possibilidades e chances de um desenvolvimento futuro sustentável para todos os participantes.” (Tradução nossa).

⁵⁸⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 7

⁵⁸⁵ A governabilidade exprime a capacidade do sistema político em reagir à complexidade do ambiente social, envolvendo a análise das características do regime político (democrático ou autoritário), da forma de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), das relações entre os poderes (maior ou menor assimetria), dos sistemas partidários (pluripartidarismo ou bipartidarismo), do sistema de intermediação de interesses (corporativista ou pluralista). OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**, 2015. [s.p].

⁵⁸⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997. p. 45.

⁵⁸⁷ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**, 2015. [s.p].

resultados (eficiência), sendo marcada pela descentralização de atividades.”⁵⁸⁸ Sobretudo, o gerencialismo reformulou o modo de intervenção político-econômica do Estado.

A criação das agências reguladoras em decorrência das alterações constitucionais na ordem econômica brasileira⁵⁸⁹ foi uma medida para melhorar a “governança regulatória, sinalizando o compromisso dos legisladores de não interferir no processo regulatório e tranquilizando [sic!] os investidores potenciais e efetivos quanto ao risco, por parte do Poder Concedente, de não cumprimento dos contratos.”⁵⁹⁰ Além de institucionalizar a intervenção especializada e eficaz em setores-chave⁵⁹¹ da vida econômica, reduzindo o risco regulatório na tentativa de afastar as falhas de governo, em um desenho institucional adequado. Então

as agências regulatórias foram concebidas com o propósito de superar ou reduzir tais falhas, de modo a permitir ao Estado exercer a função reguladora de maneira mais eficiente. O êxito desse modelo institucional [...] fez com que as agências se expandissem, notadamente a partir da segunda metade da década de 1980.⁵⁹²

Além do agenciamento, como uma decorrência reformista que determinou uma profunda mudança, diversas leis e decretos foram publicados de modo a institucionalizar

⁵⁸⁸ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**, 2015. [s.p].

⁵⁸⁹ A Constituição de 1988, em seu art. 174, já apontava expressamente que o Estado atuava como agente normativo e regulador da atividade econômica. Ademais, as Emendas Constitucionais 8/1995 e 9/1995, respectivamente, autorizaram a criação de dois “órgãos reguladores” específicos para os setores de telecomunicações (art. 21, XI, da CRFB) e do petróleo (art. 177, § 2º, III, da CRFB) [...] Foi exatamente o que ocorreu a partir da década de 1990, com a criação das seguintes agências reguladoras: Lei n. 9.427/1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica, Aneel); Lei n. 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações, Anatel); Lei n. 9.478/1997 (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, ANP); Lei n. 9.782/1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Anvisa); Lei n. 9.961/2000 (Agência Nacional de Saúde Suplementar, ANS); Lei n. 9.984/2000 (Agência Nacional de Águas, ANA); Lei n. 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres, ANTT; e Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Antaq); MP 2.228-n. 1/2001 e Lei n. 10.454/2002 (Agência Nacional do Cinema, Ancine); Lei n. 11.182/2005 (Agência Nacional de Aviação Civil, Anac). OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**, 2015. [s.p]. Além das agências citadas, uma última fora criada, a Agência Nacional de Mineração - ANM que substituiu o Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, é uma autarquia federal sob regime especial, criada pela Lei número 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Disponível em: < <http://www.anm.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁵⁹⁰ PIRES, J. C. L. e GOLDSTEIN A. **Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro: Dez 2001. p. 6.

⁵⁹¹ SANTOS, Luiz Alberto dos. **Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado**, 2003. p. 29.

⁵⁹² SANTOS, Luiz Alberto dos. **Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado**, 2003. p. 29.

direta ou indiretamente estruturas de governança no ordenamento brasileiro.⁵⁹³ Todavia, de forma fragmentada e desordenada, sem dar um teor normativo ao conceito, tampouco explicitar seus objetivos maiores de maneira unificada. O que se apresenta são fragmentos normativos dos pressupostos, como se expõe a seguir:

(a) o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto 1.171, de 22 de Junho de 1994) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000); (b) o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública); (c) a Lei 12.813, de 16 de maio de 2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal; e (d) a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011).

Além desses instrumentos normativos ainda se destacam, entre as principais manifestações de governança presentes na legislação brasileira, o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social, o Marco Civil da Internet, representado pela Lei 12.965/14, Decreto nº 8.638 de 15, de janeiro de 2016 que institui a Política de Governança Digital, o Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos e a Lei 13.460/17 que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários de serviços públicos. A manifestação de governança também ocorre por meio de programas governamentais, como o *Open government*, que agrega os princípios de acesso à informação, *accountability*, participação, transparência e inovação (transformação digital).⁵⁹⁴

No entanto, o maior movimento quanto à governança pública observado após a implantação da reforma gerencial foi a candidatura do Brasil,⁵⁹⁵ em maio de 2017, para

⁵⁹³ “A Constituição Federal de 1988 estabelece, no caput do art. 1º, que “a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Em termos de governança, isso significa dizer que o cidadão tem poder para escolher seus representantes e que o poder não está concentrado no governo, mas emana do povo. A Assembleia Nacional Constituinte de 1988, com vistas a criar as condições necessárias à governança do Estado, fixou direitos e garantias fundamentais dos cidadãos; organizou política e administrativamente o Estado e os Poderes Definiu e segregou papéis e responsabilidades; instituiu sistema de freios e contrapeso e instituiu estruturas de controle interno e externo” BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria**, 2014. p. 18-19.

⁵⁹⁴ *Open Government Partnership* (Parceria Governo Aberto) é uma iniciativa internacional que pretende difundir e incentivar globalmente práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social. Disponível em: < <http://governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/o-que-e-governo-aberto> > Acesso em: 10 jan. 2019.

⁵⁹⁵ Em 26 de outubro, a Organização recebeu uma missão de representantes do governo brasileiro para a primeira avaliação sobre a convergência do país com os padrões definidos pelos Códigos. Dentre os membros da missão estavam representantes da Casa Civil, do Ministério da Fazenda, do Ministério de Relações Exteriores (MRE) e do Banco Central, que fez uma apresentação sobre as recentes iniciativas

acessão na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, como membro. Isso faz parte de uma estratégia mais ampla de Estado voltada a consolidar o caminho rumo à ampliação do diálogo internacional e ao crescimento econômico sustentável e inclusivo. Em função do estreito relacionamento⁵⁹⁶ do Brasil, que teve início ainda na década de 1990, a Organização passou a intensificar a produção de dados e de estudos específicos sobre o país.

No documento intitulado *Brazil in Brief*, encaminhado à Organização, o país demonstrou⁵⁹⁷ os avanços acerca da boa governança e relatou a agenda de reformas para aperfeiçoamento da sua atuação. O efeito mais imediato da candidatura se expressou em um instrumento que dá teor normativo à governança. O Decreto n° 9.203/2017 instituiu a Política de Governança brasileira no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

econômicas no Brasil. Essa primeira sabatina, realizada na sede da OCDE em Paris, teve como foco a legislação e as práticas nacionais no que se refere a investimento direto e prestação de serviços financeiros. A reunião foi precedida pela vinda de uma missão técnica de representantes da OCDE ao Brasil e pela preparação de um relatório que busca demonstrar a convergência do Brasil com os padrões da Organização, identificar possíveis exceções e responder a questionamentos com relação a normas, políticas ou práticas específicas. Uma segunda missão técnica deve vir ao Brasil ainda em 2018 para se aprofundar em alguns temas. A segunda sabatina está prevista para ocorrer em março de 2019. Nesta oportunidade serão avaliadas também práticas relacionadas a outros movimentos de capitais e a serviços não financeiros. Os Códigos de Liberalização são entendidos como um dos mais importantes instrumentos da OCDE e a adesão a seus dispositivos é vista como um passo importante para os países candidatos à membro pleno da Organização. Os países aderentes se comprometem a não praticarem tratamento discriminatório para seus investidores estabelecidos entre si. Na data da pesquisa a Organização não havia julgado o pedido. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/eventos/2018/missao-brasileira-para-adesao-aos-codigos-de-liberalizacao-de-movimento-de-capitais-da-ocde/missao-brasileira-para-adesao-aos-codigos-de-liberalizacao-de-movimento-de-capitais-da-ocde>> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁵⁹⁶ O relacionamento do Brasil com a OCDE teve início em 1998: criação de programa direcionado ao Brasil; 1999: convite para as reuniões do Conselho de Ministros; 2007: engajamento ampliado com Brasil, China, Índia, Indonésia e África do Sul com vistas a possível acessão; 2012: pré-qualificação dos 5 países, na prática, para processo de acessão - status de parceiro-chave; 2015: assinatura de Acordo de Cooperação com a definição de programa de trabalho específico até 2017; e 2017: envio da carta com disponibilidade para iniciar processo de acessão. Disponível em: < <http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/documentos/material-institucional/apresentacao-pedido-de-acessao-do-brasil-a-ocde-nov2018-1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁵⁹⁷ Nesse documento o Brasil demonstrou como desenvolve o *Open government*. Além de projetos para o desenvolvimento econômico como: melhores escolhas de políticas públicas e melhor alocação de recursos; foco na atração de investimentos e parcerias privadas; fortalecimento do ambiente de negócios; melhoria da política regulatória. Demonstrou ainda a agenda de reformas nas áreas: trabalhista, previdenciária e tributária. BRAZIL. **Brazil in Brief**. Ministry of Finance: Social Communication Advisory - ACS International Affairs Secretariat – SAIN. 2017. Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/documentos/material-institucional/brazil-in-brief.pdf>> Acesso em: 10 jan 2019. p. 54-57.

2.3.3 Política de Governança brasileira, Banco Mundial e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico: a atuação dos *stakeholders* em redes de compromisso, coordenação e cooperação

A Política de Governança brasileira⁵⁹⁸ surgiu da percepção de que era necessária uma condução integrada e coerente de aprimoramento da governança, em oposição às diversas iniciativas setoriais e organizacionais isoladas.⁵⁹⁹ Para isso se levou em consideração as fragilidades públicas que consistem em barreiras para a boa governança, evidenciadas nas falhas de governo e estruturais. O “bad government and bad governance have similar characteristics: corruption, whimsical and expediente decision making, shortsightedness, disregard for the concerns of the many, decisions to benefit the few.”⁶⁰⁰ Ao passo que os critérios para a boa governança “include accountability and ethics in decision making and implementation, transparency and predictability, rule-bound decision making and action, responsiveness, a long-term view of the public interest.”⁶⁰¹

⁵⁹⁸ Embora a própria noção de governança não comporte segmentações, já que as diferenças entre os Poderes e os entes federativos não alteram a natureza de suas respectivas atuações, a política de governança instituída por meio do Decreto nº 9.203, de 2017, é restrita ao Poder Executivo federal (administração direta, autárquica e fundacional). Os princípios constitucionais da separação dos Poderes e da autonomia federativa impediriam que um ato infralegal alcançasse todas instituições públicas nacionais. No entanto, no Projeto de Lei nº 9.163 de 2017, essa extensão foi prevista, para que todos os demais Poderes e entes federativos sejam orientados pelo mesmo conjunto de princípios e diretrizes que norteia a política de governança no Poder Executivo federal. Conforme dispõe o parágrafo único do Artigo 1º do Projeto de Lei: Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei, no que couber e na ausência de norma própria sobre a matéria, ao Poder Legislativo federal, ao Poder Judiciário federal, ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério Público da União, à Defensoria Pública da União e aos demais entes federativos. Na data de 29 de fevereiro de 2019 o Projeto de Lei estava com a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Disponível em: <www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2163153> Acesso em: 19 jan. 2019.

⁵⁹⁹ A discussão sobre a origem da governança pública está associada com os debates da governança corporativa. A partir do momento em que as organizações passaram a ser administradas por pessoas distintas dos seus proprietários, surgiu a necessidade de criar regras para mitigar eventuais conflitos de interesses. São preocupações da governança, entre outras: a prestação de contas e a transparência. Contudo, no caso da governança pública, que envolve as regras que são voltadas à boa gestão da Administração Pública, há preocupações também com uma faceta de legitimidade ainda maior, dado que o poder exercido pela Administração se dá em virtude do cumprimento de uma função que visa à satisfação dos interesses da coletividade, conforme a própria definição do decreto que regulamenta a governança pública. MAXIMIANO, Amaru; NOHARA, Irene. **Gestão Pública: abordagem integrada da Administração do Direito Administrativo**. São Paulo: GEN/Atlas, 2017. p. 330.

⁶⁰⁰ CARIÑO, Ledivina. **The Concept of Governance. From Government to Governance (UN Public Administration Network)**, 2004. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/eropa/monograph-worldcog-chap1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 14. “Mau governo e má governança têm características semelhantes: corrupção, caprichoso e expediente tomada de decisão, miopia, desrespeito pelas preocupações das muitas decisões para beneficiar os poucos.” (Tradução nossa).

⁶⁰¹ CARIÑO, Ledivina. **The Concept of Governance. From Government to Governance (UN Public Administration Network)**, 2004. p. 14. “incluem responsabilidade e ética na tomada de decisões e

A preocupante fragmentação do estado da arte da governança no Brasil se mostrava uma ameaça à sua integralização em boa governança. Esse objetivo envolve a identificação de atores, definições de processos e de critérios e fixação de quais capacidades devem ser atingidas para esse fim.⁶⁰² Esse plexo multifacetário exige uma estrutura planejada e factível para que encontre êxito. Isso sem desdenhar das particularidades das iniciativas setoriais ou organizacionais com resultados positivos já consolidadas em metodologias próprias.

A Política foi elaborada com parâmetros do Banco Mundial, pois o Brasil faz parte do Programa *Country Partnership Framework* (2018-2023).⁶⁰³ Além disso, foram utilizadas recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, por conta do pedido de acesso do Brasil ela vem sintetizando as melhores práticas de governança aplicadas ao país. O Tribunal de Contas da União, como pioneiro na gestão pública em consolidar os mandamentos acerca de governança, também contribuiu para a elaboração da Política.

Na perspectiva do Tribunal de Contas da União a governança no setor público “compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.”⁶⁰⁴ Esses mecanismos são adotados para que as funções de governança (avaliar, direcionar e monitorar) sejam executadas de forma satisfatória.⁶⁰⁵ É notória essa influência pioneira na Política de Governança do país.

implementação, transparência e previsibilidade, regras, tomada de decisão e ação, capacidade de resposta, uma visão de longo prazo do interesse público.” (Tradução nossa).

⁶⁰² CARIÑO, Ledivina. **The Concept of Governance. From Government to Governance (UN Public Administration Network)**, 2004. p. 2.

⁶⁰³ A Estratégia de Parceria para o Brasil tem três áreas principais: consolidação fiscal e eficácia de governo; investimento e produtividade do setor privado; e desenvolvimento equitativo e sustentável, para obter resultados tangíveis em gestão fiscal, proteção social, educação e saúde, compreendendo o período de 2018-2023. Mais informações ver *Brazil - Country partnership framework for the period 2018 – 2023*. Disponível em: < <http://documents.worldbank.org/curated/en/148141498229092629/Brazil-Country-partnership-framework-for-the-period-2018-2023>> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p. 15.

⁶⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p. 50-51.

A intervenção da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico foi, inicialmente, sugerir o fortalecimento de alguns pontos a serem traduzidos em políticas e ações de gestão concretas, tais como

integrar a gestão de riscos como elemento-chave da responsabilidade gerencial, de modo a promover a integridade e prevenir a improbidade, os desvios e a corrupção. Garantir maior capacidade para que as instituições públicas de fomento à integridade sejam capazes de assegurar que estas desempenhem suas funções de acordo com seus objetivos. Aprimorar os esforços de avaliação da implementação e dos impactos das instituições e medidas de apoio à integridade, visando a promover um processo contínuo de aprendizagem e ajuste de políticas. Aumentar a coordenação na formulação e implementação de políticas, com o objetivo de desenvolver um compromisso coletivo de reforma do sistema de integridade⁶⁰⁶

A Política considera a boa governança “crucial para qualquer sociedade que deseje promover seu desenvolvimento econômico e o bem-estar de seu povo.”⁶⁰⁷ Significando a capacidade de estabelecer metas para a sociedade, bem como a capacidade de desenvolver programas que permitam atingir esses objetivos.⁶⁰⁸ O “power in governance is not so much wielded as shared, and authority is defined not so much by the control of the ruler as by the consent and participation of the governed.”⁶⁰⁹

O Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, dispõe sobre a Política de Governança somente no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Todavia, visa a governança multinível,⁶¹⁰ estendendo-se aos demais Poderes,

⁶⁰⁶ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira.** OCDE Publishing, 2011. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>> Acesso em 10 jan. 2019. p. 11-12.

⁶⁰⁷ BRASIL. **Guia da política de governança pública.** Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018. p. 16.

⁶⁰⁸ BRASIL. **Guia da política de governança pública,** 2018. p. 16.

⁶⁰⁹ CARIÑO, Ledivina. **The Concept of Governance. From Government to Governance (UN Public Administration Network),** 2004. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/eropa/monograph-worldcog-chap1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 2. “poder na governança não é tanto exercido como compartilhado, e autoridade é definida não tanto pelo controle do governante quanto pelo consentimento e participação dos governados.” (Tradução nossa).

⁶¹⁰ A existência de um contexto de descentralização – como no Brasil, com os entes federativos tendo atribuições e deveres distintos – gera uma relação de dependência, e, a partir disso, uma série de lacunas. Para tentar preencher esses espaços, os países utilizam mecanismos compulsórios (como as leis) ou facultativos (como plataformas para discussão), que ajudam a preservar a coerência da construção de políticas multinível. OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Multi-level governance reforms: overview of OECD country experiences.** Paris: OECD Publishing, 2017 Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/multi-level-governance-reforms_9789264272866-en#page29> Acesso em 20 jan. 2019. p. 29.

conforme tramitação do Projeto de Lei nº 9.163 de 2017. O Decreto trata a governança pública como um “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.”⁶¹¹ O foco da Política é o papel do Poder Executivo federal na criação de um ambiente institucional mais favorável à implementação dos interesses da sociedade.

Ao incorporar no conceito de governança a expressão “interesses da sociedade” o texto legal estabelece a vinculação entre os *stakeholders*⁶¹² e a gestão pública, no sentido de interação no espaço político, cenário onde a governança se manifesta, produzindo resultados socialmente desejáveis. Esse novo paradigma se aproxima das tendências do pós-*new public managemant*, fundamentado em princípios e diretrizes, afastado de métodos estáticos, conduzindo o Brasil para uma nova era do paradigma gerencial.

Esse pensamento tem seu berço no Banco Mundial, sua manifestação consta no Relatório *Governance and the Law* (2017). Nele a “[...] governance is the process through which state and nonstate actors interact to design and implement policies within a given set of formal and informal rules that shape and are shaped by power.”⁶¹³ Esse documento não tratou de delimitar os pressupostos para a governança, posto que disseminados nas organizações estatais por todo mundo. Em vez disso trouxe os desafios da governança na atualidade, como

poor service delivery violence, slowing growth, corruption, and the ‘natural resource curse,’ to name a few—requires rethinking the process by which state and

⁶¹¹ Artigo 2º, inciso I. BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶¹² “any interested and/or affected party, including: individuals, regardless of their age, gender, sexual orientation, religious and political affiliations; and institutions and organisations, whether governmental or non-governmental, from civil society, academia, the media or the private sector” OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation of the Council on Open Government**. [s.l.]: [s.n.], 2017. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/Recommendation-Open-Government-Approved-Council-141217.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 2 “qualquer parte interessada e / ou afectada, incluindo: indivíduos, independentemente da sua idade, gênero, orientação sexual, afiliações religiosas e políticas; e instituições e organizações, governamentais ou não-governamentais, da sociedade civil, da academia, da mídia ou do setor privado. Setor.” (Tradução nossa).

⁶¹³ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 3. “processo por meio do qual atores estatais e não-estatais interagem para formular e implementar políticas dentro de um conjunto predefinido de regras formais e informais que moldam e são moldadas pelo poder” (Tradução nossa).

nonstate actors interact to design and implement policies within a given set of formal and informal rules that shape and are shaped by power⁶¹⁴

Essa interação define o poder como a capacidade de grupos e indivíduos em fazer com que outros ajam no seu interesse. Dependendo do contexto, os atores podem estabelecer um governo como um conjunto de instituições estatais formais e implementar políticas. Também, os atores estatais desempenharão um papel importante com relação aos atores não estatais, tais como organizações da sociedade civil ou *lobbys* de negócios. Além disso, a governança ocorre em diferentes níveis, de organismos internacionais à Estados nacionais, instituições, agências governamentais locais, comunidades ou associações empresariais. Essas dimensões geralmente se sobrepõem, criando uma complexa rede de atores e interesses.⁶¹⁵

O fortalecimento das instituições também é um ponto primordial, o Relatório “identifies commitment, coordination, and cooperation as the three core functions of institutions that are needed to ensure that rules and resources yield the desired outcomes,⁶¹⁶ que são a efetivação das políticas de interesse público. O fato da ênfase deliberativa pública, acerca de seus interesses, se vincular à governança ocorre em função de

the setting in which (policy) decisions are made is the policy arena—that is, the space in which different groups and actors interact and bargain over aspects of the public domain, and in which the resulting agreements eventually also lead to changes in the formal rules (law). It is the setting in which governance manifests itself⁶¹⁷

⁶¹⁴ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 2. “má prestação de serviços a violência, a desaceleração do crescimento, a corrupção e a ‘maldição dos recursos naturais’, para citar alguns - exigem repensar o processo pelo qual atores estatais e não-estatais interagir para projetar e implementar políticas dentro de um determinado conjunto de regras informais que moldam e são moldadas pelo poder” (Tradução nossa).

⁶¹⁵ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 3.

⁶¹⁶ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 5. “identifica compromisso, coordenação e cooperação como as três principais funções das instituições que são necessárias para garantir que as regras e os recursos atinjam os resultados desejados.” (Tradução nossa).

⁶¹⁷ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 7. “O cenário no qual as decisões (políticas) são feitas é a arena da política - isto é, o espaço em que diferentes grupos e atores interagem e negociam aspectos do domínio público, e nos quais os acordos resultantes acabam também levando a mudanças as regras formais (lei). É o cenário em que a governança se manifesta.” (Tradução nossa).

Isso faz com que “the rules and policies chosen should lead to the socially desired outcomes.”⁶¹⁸ Ademais, a deliberação pública estimula o compromisso e a coordenação das instituições atenuando a desigualdade na arena política.⁶¹⁹ A contestação político-democrática “tends to be associated with higher levels of legitimacy and cooperation. When procedures for selecting and implementing policies are more contestable, those policies tend to be perceived as ‘fair’ and to induce cooperation more effectively.”⁶²⁰

Governance and the Law também destaca a liberdade como um valor intrínseco da governança, visto que “every society cares about freeing its members from the constant threat of violence (security), about promoting prosperity (growth), and about how such prosperity is shared (equity).”⁶²¹ O Relatório, então, avalia a governança em termos da sua capacidade de cumprir estes resultados, conferindo-lhe um valor instrumental, isento de ideologias, porém baseado em um diálogo de ideais entre os *stakeholders*.

A governança conforme a Política brasileira também foi tida como um processo que visa a atuação em redes de compromisso, cooperação e coordenação. Sua construção estabelecida no Decreto nº 9.203/2017 se baseia na orientação de boas práticas e as principais motivações para sua criação foram: i) a necessidade de se fortalecer a confiança da sociedade nas instituições públicas; ii) a busca por maior coordenação das iniciativas de aprimoramento institucional; e iii) a utilidade de se estabelecer patamares mínimos de governança.⁶²² Esses últimos com uma textura aberta,⁶²³ no melhor sentido *hartiano*, permitindo que sejam inseridos em setores e organizações misturando-se às suas metodologias específicas.

⁶¹⁸ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 18. “as regras e políticas escolhidas devem conduzir aos resultados socialmente desejados.” (Tradução nossa).

⁶¹⁹ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 239.

⁶²⁰ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 13 “tende a ser associado com níveis mais altos de legitimidade e cooperação. Quando os procedimentos para selecionar e implementando políticas são mais contestáveis, aquelas políticas tendem a ser percebido como ‘justo’ e induzem à cooperação mais efetivamente.” (Tradução nossa).

⁶²¹ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 4. “toda sociedade se preocupa em libertar seus membros da constante ameaça de violência (segurança), sobre a promoção da prosperidade (crescimento), e sobre como a prosperidade é compartilhada (equidade)” (Tradução nossa).

⁶²² BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 21.

⁶²³ Neste aspecto, “em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”. HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 139. É precisamente este limite da linguagem que constitui a sua chamada textura aberta exposta por Hart em seu positivismo moderado. De acordo com esta teoria, existe uma indeterminação de sentido na linguagem que

A governança em redes de compromisso, coordenação e cooperação é baseada na consecução do interesse público, nesse sentido “the success of public governance will be ultimately be judged not by governments or international organisations, but by citizens.”⁶²⁴ Para atingir esse objetivo se baseia em princípios e diretrizes.

Os princípios da Política de Governança pública brasileira⁶²⁵ são: capacidade de resposta; integridade; confiabilidade; melhoria regulatória; prestação de contas e responsabilidade; e transparência. Esses princípios se ligam às diretrizes, dispostas no artigos 4º do Decreto 9.203/2017, buscando nortear os “princípios constitucionais que orientam a atividade administrativa – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”⁶²⁶ Assim, permitem “definir facilmente o melhor interesse da sociedade no caso concreto.”⁶²⁷ Então os princípios servem como um elemento de conexão entre os constitucionais e a atuação do agente público, reforçando ainda, o seu conteúdo normativo, expandindo seus respectivos campos de interpretação,⁶²⁸ se consolidando em atuações estatais setoriais ou organizacionais pautadas pela governança.

Assim, os princípios e as diretrizes concatenados na Política de Governança brasileira foram formulados para instrumentalizar os preceitos do Estado Democrático de Direito, dando à gestão pública condições de efetivação do interesse público presente nas demandas sociais eleitas pelas redes. A governança em redes envolve a participação dos *stakeholders* atuando em compromisso, cooperação e coordenação.⁶²⁹

O Programa *Open government* utiliza essa metodologia, uma vez que resulta no engendramento dos padrões de governança voltados a dar condições à satisfação das demandas sociais. O Programa está centrado nos pilares de acesso à informação,

não pode jamais ser eliminada. Podem ser tomadas inúmeras determinações acerca do sentido de um termo, mas sempre existirão possibilidades em que o conceito ainda não foi delimitado.

⁶²⁴ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public sector transparency and accountability: making it happen**. Paris: OCDE Publishing, 2002. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/public-sector-transparency-and-accountability_9789264176287-en#page1> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 10 “o sucesso da governança pública vai ser julgado em última instância não pelos governos ou pelas organizações internacionais, mas pelos cidadãos.” (Tradução nossa).

⁶²⁵ Artigo 3º do Decreto nº 9.203/2017.

⁶²⁶ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 37.

⁶²⁷ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 37.

⁶²⁸ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 39.

⁶²⁹ Os princípios e diretrizes da Política de Governança brasileira, bem como o compromisso, a coordenação e a cooperação como as três principais funções das instituições que são necessários para garantir que as regras e os recursos atinjam os resultados desejados, serão explorados no âmbito da governança regulatória das agências reguladoras ao longo de todo o terceiro Capítulo.

accountability, participação, transparência e inovação. A participação social atua em um mecanismo dialético que elege as demandas e fiscaliza a atuação da gestão pública. Com missões de inclusão e engajamento, pois “decentralization of power is not only decentralization of government; it also means breaking down the stranglehold of elite powerholders to give access to the views and involvement of the previously excluded and marginalized.”⁶³⁰

Dessa forma, cabe à gestão pública proporcionar essas condições, pois “boa governança requer pessoas capacitadas e motivadas, que trabalhem pelo interesse público,”⁶³¹ mecanismos de transparência e participação. De outro lado, há necessidade de engajamento e inclusão da sociedade civil. Tudo isso acompanhando a transformação digital da sociedade, a governança em rede deve se dar em espaços virtuais de interatividade, exigindo também uma adaptação da gestão pública ao ambiente digital.

2.3.4 Governança em redes de interatividade: um novo paradigma entre Estado e sociedade civil em espaços virtuais e a inclusão digital

Segundo Castells a sociedade sempre foi caracterizada pela informação e conhecimento, porém, na contemporaneidade a “sociedade em rede” tem uma base de organização tecnológica capaz de criar sua própria geografia em redes globais.⁶³² Esse fato fez com que a governança se adaptasse às novas tendências tecnológicas. A governança digital em rede implica na transformação da administração pública, incorporando tecnologias da informação e comunicação como ferramentas do Estado. Essa exigência parte da disseminação do uso da Internet e o avanço das inovações tecnológicas na contemporaneidade. O acesso à Internet “[...] crea las condiciones para una forma de práctica

⁶³⁰ CARIÑO, Ledivina. **The Concept of Governance. From Government to Governance (UN Public Administration Network)**, 2004. p. 14. “descentralização do poder não é apenas descentralização do governo; isso também significa quebrar o estrangulamento de detentores de poder de elite para dar acesso aos pontos de vista e envolvimento dos anteriormente excluídos e marginalizados.” (Tradução nossa).

⁶³¹ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 39.

⁶³² CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In*: CASTELLS, Manuel (org.). **A Sociedade em Rede do Conhecimento à Ação Política**. Brasília: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005. p. 17-18.

compartida que permite a un movimiento sin líderes sobrevivir, deliberar, coordinar y expandirse.”⁶³³

A invasão tecnológica é caracterizada pela velocidade, amplitude e profundidade. Ela desdobrou-se em todas as esferas da sociedade se estendendo ao Estado. Um dos maiores impactos tem origem em uma única força: o empoderamento, isso alterou completamente o modo com que os governos se relacionam com os seus cidadãos, sobretudo no domínio digital.⁶³⁴

As tecnologias digitais possuem um duplo papel em relação ao Estado, pois ao mesmo tempo em que “potencializam ganhos de eficiência e novos e melhores serviços, ameaçam a capacidade de coordenação social do Estado, caso ele não acompanhe as demandas sociais que lhe são dirigidas.”⁶³⁵ A influência da revolução tecnológica sobre a gestão pública deu início aos

[...] government-owned or operated systems of information and communications technologies (ICTs) that transform relations with citizens, the private sector and/or other government agencies so as to promote citizen empowerment, improve service delivery, strengthen accountability, increase transparency, or improve government efficiency⁶³⁶

A utilização disseminada de meios digitais para a interatividade entre administração pública e sociedade em espaços virtuais, como a Internet, criou uma nova possibilidade de atuação pública. A “ruptura que a quarta revolução industrial causara aos atuais modelos políticos [...] [exigiu] que os atores capacitados reconheçam que eles são parte de um sistema de poderes distribuídos que requer formas mais colaborativas de interação para que possa

⁶³³ CASTELLS, Manuel. **Redes de indignación y esperanza**. Traducción de María Hernández. Madrid: Alianza, 2012. p. 219. “[...] criar as condições para uma forma de prática compartilhada permitindo um movimento sem líderes sobreviver, analisar, coordenar e expandir.” (Tradução nossa).

⁶³⁴ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 24.

⁶³⁵ BRASIL. **Estratégia brasileira para a transformação digital - e-digital**. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Brasília: MCTIC, 2018. p. 93.

⁶³⁶ WORLD BANK. **New-Economy Sector Study Electronic Government and Governance: Lessons for Argentina**. The World Bank, 2002. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/527061468769894044/pdf/266390WP0E1GovIgentina1Final1Report.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018. p. 2. “[...] sistemas governamentais ou operados de tecnologias da informação e das comunicações (TIC) que transformam as relações com os cidadãos, o setor privado e/ou outras agências governamentais, de modo a promover o empoderamento dos cidadãos, melhorar a prestação de serviços, fortalecer a responsabilidade, aumentar a transparência ou melhorar a eficiência do governo” (Tradução nossa).

prosperar.”⁶³⁷ A absorção das novas tecnologias à governança transformou-a em digital facilitando seu aproveitamento, alcance e efetividade

e-governance is the public sector’s use of the most innovative information and communication technologies, like the internet, to deliver to all citizens improved services, reliable information and greater knowledge in order to facilitate access to the governing process and encourage deeper citizen participation. It is an unequivocal commitment by decision-makers to strengthening the partnership between the private citizen and the public sector.⁶³⁸

No Brasil a iniciativa de implantação de um governo eletrônico, também chamado de *e-Gov*, na administração pública federal teve início na década de 2000. Após essa experiência inicial partiu-se para uma transformação digital com o “intuito de cumprir o compromisso de simplificar e ampliar a oferta dos serviços públicos.”⁶³⁹ O Marco Civil da Internet, representado pela Lei 12.965/14, faz parte das ações de alteração do governo eletrônico para digital. Esse diploma estabeleceu que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania,⁶⁴⁰ portanto é considerado um direito do usuário, mais que isso, ele parte do mecanismo de funcionamento da governança digital em rede.

A governança digital em rede contempla a “ampliação da interatividade e a participação política nos processos do Estado, bem como a facilitação de navegação e acesso aos portais e serviços de governo em prol da integração, da transparência e do atendimento às demandas da sociedade.”⁶⁴¹ Assim o

digital government has the potential to connect every citizen with elected officials and decision-makers like no previous innovation or activity. It offers individuals new and greater access to information and knowledge, subsequently redefining personal freedom. Introduction and acceptance of e-governance is a way to ensure that every citizen has an equal right to be a part of the decision-making processes

⁶³⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**, 2016 p. 24.

⁶³⁸ UNITED NATIONS. **Benchmarking e-government: a global perspective**. New York: United Nations - Division for Public Economics and Public Administration, American Society for Public Administration, 2001. p. 54. “*E-governança* é o uso do setor público das mais inovadoras tecnologias de informação e comunicação, como a Internet, para oferecer a todos os cidadãos melhores serviços, informações confiáveis e um maior conhecimento, a fim de facilitar o acesso ao governo processo e incentivar a participação cidadã mais profunda. É um compromisso inequívoco dos decisores no reforço da parceria entre o cidadão privado e o setor público” (Tradução nossa).

⁶³⁹ BRASIL. **Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo**. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação. Brasília: MP, 2018. p. 5

⁶⁴⁰ Art. 7º da Lei 12.965/14.

⁶⁴¹ BRASIL. **Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo**, 2018. p. 13.

which affect them directly or indirectly, and influence the process in a manner which may best improve their conditions and the quality of their lives.⁶⁴²

A governança em redes de interatividade⁶⁴³ se alinha aos objetivos do Estado de Direito, tais como: “fortalecimento da democracia, prestação de contas à sociedade, comunicação aos cidadãos, geração de mensagem no lugar e na hora certa e interação com a sociedade”⁶⁴⁴ Além disso, seu propósito está relacionado à lógica de uma atuação eficiente e desburocratizada.

A estratégia de governança digital em rede tem o propósito de orientar as iniciativas entre os órgãos do Poder Executivo federal. Esse processo é fruto de esforço em conjunto entre administração pública, a iniciativa privada, a sociedade civil e a academia. A política está sedimentada em três pilares: acesso à informação,⁶⁴⁵ prestação de serviços⁶⁴⁶ e participação social.⁶⁴⁷

O resultado disso é o *Open Government* proporcionando o crescimento do “valor público” representando uma série de benefícios para a sociedade civil, uma vez que se está a falar de “produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos.”⁶⁴⁸

⁶⁴² UNITED NATIONS. **Benchmarking e-government: a global perspective**. New York: United Nations - Division for Public Economics and Public Administration, American Society for Public Administration, 2001.p. 54. “O governo digital tem o potencial de conectar todos os cidadãos com funcionários eleitos e com poder de decisão como nenhuma inovação ou atividade anterior. Oferece aos indivíduos um acesso novo e maior à informação e ao conhecimento, redefinindo subsequentemente a liberdade pessoal. A introdução e a aceitação da governança eletrônica é uma forma de assegurar que cada cidadão tem o mesmo direito de fazer parte dos processos decisórios que os afetam direta ou indiretamente, e influenciam o processo de forma a melhorar melhor as suas condições e a qualidade de suas vidas” (Tradução nossa).

⁶⁴³ “O termo interatividade em geral ressalta a participação ativa do beneficiário de uma transação de informação.” LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999. p. 79.

⁶⁴⁴ BRASIL. **Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo**, 2018. p. 13.

⁶⁴⁵ O Acesso à informação tem como seus principais meios de conectividade o Portal Brasileiro de Dados (<http://dados.gov.br>). BRASIL. **Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo**, 2018 p. 17.

⁶⁴⁶ No que diz respeito ao eixo de prestação de serviços a estratégia é direcionada à Plataforma de Cidadania Digital. BRASIL. **Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo**, 2018. p. 17.

⁶⁴⁷ A Participação social tem seu principal mecanismo de engajamento social no portal Participa.br BRASIL. **Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo**, 2018. p. 17.

⁶⁴⁸ BRASIL. **Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo**, 2018. p. 21.

O *Open Government*⁶⁴⁹ atua no fortalecimento das democracias, na luta contra a corrupção e no fomento a inovações e tecnologias para transformar a governança do século XXI. Essa iniciativa⁶⁵⁰ se define pelos pilares da transparência, acesso à informação, prestação de Contas e Responsabilização *accountability*, participação cidadã e tecnologia e inovação. Cada um desses aspectos pretende aumentar a disponibilidade de informações sobre atividades governamentais, apoiar a participação social, implementar os padrões mais altos de integridade profissional na gestão pública, melhorar a prestação de serviços públicos e, finalmente, ampliar o acesso às novas tecnologias para fins de abertura e prestação de contas. Tudo isso se desenvolvendo em um espaço virtual, “ainda que não possamos fixá-lo em nenhuma coordenada espaço-temporal, o virtual é real [...] o virtual existe sem estar presente.”⁶⁵¹

A transformação digital da administração pública é importante, pois abre a possibilidade para utilização de canais de diálogo entre a sociedade civil e a gestão pública de forma eficiente. A superação do *déficit* de participação social em deliberações políticas pode se dar pelo meio digital, pois “apesar de vivermos em um regime democrático, os processos sociotécnicos raramente são objeto de deliberações coletivas explícitas, e menos ainda de decisões tomadas pelo conjunto, dos cidadãos.”⁶⁵²

Todavia, o sucesso da governança digital em rede implica muito mais em investimentos acerca de capacidades organizacionais do que na aquisição do aparato tecnológico, pois são as mudanças estruturais na organização da sociedade e do governo que garantirão o impacto da transformação digital. No que diz respeito à sociedade um dos obstáculos a ser enfrentado pela administração pública é a exclusão digital, exigindo uma alteração na estrutura de acesso às tecnologias de informação e comunicação por meio da

⁶⁴⁹ A Parceria para Governo Aberto ou OGP (*Open Government Partnership*) é uma iniciativa internacional que pretende difundir e incentivar globalmente práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social. A OGP foi lançada em 20 de setembro de 2011, quando os oito países fundadores da Parceria (África do Sul, Brasil, Estados Unidos, Filipinas, Indonésia, México, Noruega e Reino Unido) assinaram a “Declaração de Governo Aberto” e apresentaram seus Planos de Ação. Atualmente, 75 países integram a Parceria. Disponível em: <<http://governoaberto.cgu.gov.br/a-ogp/o-que-e-a-iniciativa>> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁶⁵⁰ Sobre o Plano e Ação Nacional sobre Governo Aberto ver o Decreto de 15 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/dsn/dsn13117.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁶⁵¹ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*, 1999. p.43.

⁶⁵² LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência - O Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993. p. 4.

Internet. Então a implementação de programas de transformação digital deve ocorrer em concomitância com as ações de inclusão, isso é imperativo para o êxito.

A exclusão digital⁶⁵³, ou “divisão digital” em Castells, na revolução tecnológica de uma sociedade, em que a “Internet põe as pessoas numa ágora pública para expressar suas inquietações e partilhar suas esperanças,”⁶⁵⁴ se apresenta como uma problemática de grande complexidade. Privá-las do acesso e da inclusão digital significa retirar-lhes a possibilidade de exercício da cidadania.

As políticas públicas brasileiras de inclusão digital se concentram em três pilares: infraestrutura que garanta a disponibilidade de acesso, alfabetização para uso das tecnologias de informação e comunicação e adequação do conteúdo às necessidades dos usuários.⁶⁵⁵ Esses aspectos levam em conta os resultados como basilares para a ação administrativa. O efeito a ser considerado deverá ser o “uso efetivo”, pois se relaciona à capacidade de aplicação das tecnologias de informação e comunicação para que alcance seus objetivos,⁶⁵⁶ em especial, a participação e controle da administração pública por parte da sociedade.

Contudo, a transformação digital é um importante instrumento que possibilita o funcionamento do *Open Government*, completando a implantação da governança em redes de interatividade. Esse novo paradigma da administração pública encerra o arcabouço que cerca o Estado regulador brasileiro na sua relação com a sociedade civil e o mercado.

No momento insta verificar a Política Regulatória brasileira quanto à decisão *ex-ante* e o estoque *ex-post* no âmbito das agências reguladoras brasileiras, visando a implementação da governança em redes interativas por meio do relatório de impacto regulatório. Dessa forma

⁶⁵³ “No Brasil não é diferente. Segundo dados da pesquisa TIC Domicílios e Empresas 2013 (elaborada pelo CETIC.br), o acesso à internet está disponível em 48% dos domicílios urbanos, e em apenas 15% na zona rural. Nesse estudo também são apontadas diferenças regionais relevantes: enquanto nas regiões Sul e Sudeste 51% dos domicílios têm acesso, nas regiões Norte e Nordeste esse número é, respectivamente, 26% e 30%. Quanto à renda familiar, foi identificado que 91% das famílias com renda acima de dez salários mínimos têm acesso à internet, enquanto nas famílias com renda inferior a um salário esse número cairia para apenas 11%. Além desses dados quantitativos, a citada pesquisa apresenta uma síntese dos motivos que levam as famílias a não ter acesso à internet, mesmo possuindo um computador no domicílio. Observa-se que o custo elevado é o motivo mais alegado entre os pesquisados, alcançando 37% do geral, seguido pela falta de disponibilidade na área (24%) e pela falta de necessidade ou interesse no serviço de internet (21%)” BRASIL. **Política pública de inclusão digital**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, SeinfraAeroTelecom, 2015. p. 58.

⁶⁵⁴ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 133.

⁶⁵⁵ BRASIL. **Política pública de inclusão digital**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, SeinfraAeroTelecom, 2015, p. 28.

⁶⁵⁶ GURSTEIN, Michael. Effective use: A community informatics strategy beyond the Digital Divide. *In First Monday*, vol. 8 (12), 2003. Disponível em: <<http://www.firstmonday.org/article/view/1107/1027>>. Acesso em: 15 de Ago. 2018. p.45.

o estudo se volta ao processo decisório da regulação no âmbito das agências brasileiras, principalmente por sua importância como foi condutor entre os *stakeholders* atuando em redes interativas de cooperação, compromisso e coordenação.

3 GOVERNANÇA EM REDES INTERATIVAS E REGULAÇÃO: A OBRIGATORIEDADE DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

O estudo já abrangeu as transformações sociais, econômicas e políticas do Estado que vieram a dar causa ao surgimento do paradigma regulador, discorrendo sobre algumas de suas facetas como o objetivo de enriquecer a reflexão acerca das agências reguladoras brasileiras. Dessa forma a pesquisa se volta para esses entes, discorrendo sobre suas particularidades, especialmente acerca de sua prerrogativa de autonomia reforçada.

Com o fim de mensurar o estado da arte do processo decisório quanto à regulação *ex-ante* e *ex-post* no âmbito das agências reguladoras a casa civil concluiu pela existência de falhas de rede que consistiram em uma espécie de balcanização e flexibilização das finalidades estatais, o que configura em um insultamento da especialidade pública, tornando a atuação das agências ineficiente.

Diante do desafio de estabelecer preceitos da especialidade pública, preservando a autonomia e a particularidade técnica-setorial das agências, surge da perspectiva *Whole of government* presente na Política de Governança que, com seus princípios e diretrizes de textura aberta, prevê uma ação governamental coerente e em redes de interatividade, atuando em coordenação, cooperação e compromisso.

Então a análise de impacto regulatório se apresenta como um instrumento capaz de implementar os princípios e diretrizes da Política de Governança ao processo decisório *ex-ante* e *ex-post*. Nesses moldes a ferramenta atua em observância à especialidade pública, sem que isso afete a especialidade técnica-setorial, preservando também sua autonomia, sobretudo impactando na qualidade regulatória das agências reguladoras, modernizando-as pela similitude às tendências do pós-gerencialismo.

3.1 REFORMA REGULATÓRIA E GOVERNANÇA: O FORTALECIMENTO DA GESTÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS POR MEIO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

A criação das agências reguladoras brasileiras foi uma medida que consistiu em descentralizar a administração pública para torná-la eficiente. Para tal foi necessário conferir-lhes autonomia reforçada com o fim de garantir que sua atuação fosse neutra e pautada pela especialização técnica-setorial. Todavia seu regime especial conferiu-lhes um insultamento da especialidade pública, se refletindo em falhas de rede, caracterizadas pela balcanização e flexibilização das finalidades estatais, causando tensão em relação às suas prerrogativas de autonomia. Isso restou comprovado pela Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR,⁶⁵⁷ emitida pela Casa Civil em analisar o processo decisório quanto à regulação *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras brasileiras.

Diante disso se apresenta uma alternativa para estabelecer padrões da especialidade pública às agências reguladoras sem afetar sua autonomia e preservando a particularidade técnica-setorial. A alternativa se dá por meio da implantação dos princípios e diretrizes da Política de Governança se valendo da perspectiva *Whole of government* que atua como um poder de coordenação sem afetar a autonomia.

Nesse sentido se sugere a análise de impacto regulatório, utilizando por base a experiência internacional da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico em reformas regulatórias nos seus países-membros, para inserir os princípios e diretrizes de governança no processo decisório *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras.

3.1.1 Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico: uma Política Regulatória dinâmica, contínua e consistente

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico tem como objetivo promover “políticas melhores para vidas melhores,” cujo foco de atuação é a melhoria da

⁶⁵⁷ BRASIL. SAG. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR**, 2017 Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/nota-tecnica-consulta-publica-001-2017.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2019.

governança global por meio da promoção do diálogo internacional e da identificação de boas práticas internacionais e de soluções para problemas comuns nas mais diversas áreas de políticas públicas.

Essa Organização está entre os organismos internacionais pioneiros na formulação de estudos sobre regulação. Observando as transformações sociais e econômicas experimentadas, em decorrência das reformas político-administrativas, iniciou em 1995 trabalhos para melhorar a qualidade da regulação governamental, no âmbito de seus países-membros.⁶⁵⁸ A síntese reformista consistia em fortalecer as capacidades para regulações econômicas eficientes, promovendo outras metas políticas importantes, como qualidade ambiental, saúde e segurança,⁶⁵⁹ fundamentada em princípios para a boa regulação, são eles

(i) servir a metas políticas claramente identificadas e eficaz para atingir esses objetivos; (ii) ter uma base jurídica e empírica sólida; (iii) produz benefícios que justificam custos, considerando a distribuição de efeitos através da sociedade e tendo efeitos econômicos, ambientais e sociais conta; (iv) minimizar custos e distorções de mercado; v) promover a inovação através de incentivos de mercado e abordagens baseadas em metas; (vi) ser claro, simples, e prático para usuários; (vii) ser consistente com outros regulamentos e políticas; e (viii) ser compatível, tanto quanto possível, com a concorrência, negociar.⁶⁶⁰

As dimensões da reforma podem significar a revisão de uma única norma até a revisão completa do regime regulatório e de suas instituições ou o aperfeiçoamento dos mecanismos de elaboração da regulação e de gerenciamento do processo de melhoria.⁶⁶¹ Os efeitos esperados são os desenvolvimentos econômico e social, e uma maior eficácia da ação estatal na proteção dos interesses públicos.⁶⁶² As estratégias para implementação das reformas contaram com a cooperação internacional e buscaram manter a liderança em ações coordenadas com abrangência integral.⁶⁶³

⁶⁵⁸ Essa iniciativa foi denominada Programa de Melhora Regulatória da Organização.

⁶⁵⁹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis**. Paris, 1997. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>> Acesso em: 22 fev. 2019. p. 5-8.

⁶⁶⁰ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. Paris, 2005. Disponível em: <<https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 3.

⁶⁶¹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis**, 1997. p. 6.

⁶⁶² OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis**, 1997. 11-21.

⁶⁶³ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis**, 1997. p. 24-27.

A Organização efetuou em 2005 uma revisão quanto à captura dos princípios da boa regulação, mantendo seu conteúdo, todavia se voltando à qualidade e ao desempenho regulatórios.⁶⁶⁴ Isso se deu para uma necessária abordagem dinâmica, contínua e abrangente para a implementação das iniciativas de melhoria regulatória contemporânea, que consiste em ações visando aumentar a qualidade da regulação, isto é, melhoram o desempenho, o custo/efetividade ou a qualidade legal da regulação e dos procedimentos associados.⁶⁶⁵ A partir disso foi possível estabelecer padrões para uma boa regulação, ela deve:

1. serve clearly identified policy goals, and are effective in achieving those goals;
2. are clear, simple, and practical for users;
3. have a sound legal and empirical basis;
4. are consistent with other regulations and policies;
5. produce benefits that justify costs, considering the distribution of effects across society and taking economic, environmental and social effects into account;
6. are implemented in a fair, transparent and proportionate way;
7. minimise costs and market distortions;
8. promote innovation through market incentives and goal-based approaches; and
9. are compatible as far as possible with competition, trade and investment facilitating principles at domestic and international levels⁶⁶⁶

A regulação provoca transformações sociais e econômicas, diante dessa constatação a Organização estabelece que é imprescindível os “governments have had to adopt a consistent approach to the rule-making process and employ new policy tools, such as regulatory alternatives, consultation mechanisms and Regulatory Impact Analysis.”⁶⁶⁷

⁶⁶⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**, 2005. p. 5.

⁶⁶⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis**, 1997. p. 6.

⁶⁶⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing**. Paris. 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>> Acesso em: 30 jan. 2015. p. 23-24. “Servir claramente aos objetivos definidos na política governamental; Ser clara, simples e de fácil cumprimento pelos cidadão; Ter base legal e empírica; Ser consistente com outras regulações e políticas governamentais; Produzir benefícios que compensem os custos, considerando os efeitos econômicos, sociais e ambientais disseminados por toda a sociedade; Ser implementada de maneira justa, transparente e de forma proporcional; Minimizar os custos e as distorções de mercado; Promover inovação por meio de incentivos de mercado; e Ser compatível com os princípios que promovam o comércio e o investimento, tanto em nível nacional quanto internacional.” (Tradução nossa)

⁶⁶⁷ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**. Paris, 2005. Disponível em: <<https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258511.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2019. p. 24. “Os governos tiveram que adotar uma abordagem consistente ao processo de elaboração de regras e empregar novas ferramentas políticas, tais como alternativas regulatórias, mecanismos de consulta e Análise de Impacto Regulatório” (Tradução nossa).

Ao analisar o impacto da regulação haverá uma previsibilidade da ação estatal, pois se fará uma projeção dos princípios da boa regulação quanto ao alcance de sua efetividade, auxiliando diretamente no processo de decisão regulatória. Em síntese

is a clear example of the trend towards more empirically based regulation and decisionmaking. Policy makers increasingly value regulation that produces the desired results as cost-effectively as possible. Much government action involves trade-offs between different possible uses of resources to maximise the benefits to society. RIA furnishes empirical data that can be used to make wise regulatory decisions.⁶⁶⁸

A análise de impacto regulatório foi incorporada largamente⁶⁶⁹ entre os países-membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, entre eles o Reino Unido, Israel, Austrália, Canadá, Estados Unidos, Polônia e Nova Zelândia. A Organização utiliza a mesma abordagem das recomendações de agências internacionais como o Banco Mundial, nela são estabelecidos princípios gerais que se ajustam ao âmbito de cada país. A metodologia utilizada varia conforme a possibilidade de desenvolvimento em cada contexto. Diante disso, observando cada país, se percebe que “the objectives, design and role of administrative processes differ among countries and among regulatory policy areas.”⁶⁷⁰ Em experimentação das particularidades de cada país-membro foi possível se estabelecer elementos-chave que estão presentes em todas as metodologias, assim descritas:

1. Maximise political commitment to RIA. 2. Allocate responsibilities for RIA programme elements carefully. 3. Train the regulators. 4. Use a consistent but flexible analytical method. 5. Develop and implement data collection strategies. 6. Target RIA efforts. 7. Integrate RIA with the policy-making process, beginning as

⁶⁶⁸ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 5. “é um exemplo claro da tendência para uma regulamentação e tomada de decisão mais empírica. Os decisores políticos são cada vez mais uma regulação de valor que produz os resultados desejados tão possível. Muita ação governamental envolve trocas entre diferentes usos possíveis de recursos para maximizar os benefícios para a sociedade. Dados empíricos de fornecimento de AIR [análise de impacto regulatório] que podem ser usados para fazer decisões.” (Tradução nossa).

⁶⁶⁹ Os Guias de Impacto Regulatório dos países citados estão disponíveis em:

<<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/documentos/guias-de-air/guias-de-air>> Acesso em: 10 jan 2019.

⁶⁷⁰ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 5. “Os objetivos, o design e o papel dos processos administrativos diferem entre os países e entre as áreas políticas. O RIA é melhor entendido como um método entre múltiplos usados para alcançar decisões regulatórias.” (Tradução nossa).

early as possible. 8. Communicate the results. 9. Involve the public extensively. 10. Apply RIA to existing as well as new regulation⁶⁷¹

Esses pressupostos têm diferentes níveis de aplicação, pois exigem providências quanto ao Estado, enquanto poder de direção, no sentido de coordenar a ação de forma integral, exigindo uma alteração na estrutura político-jurídica do país, e também, em níveis de execução com relação aos entes reguladores de cada setor. De forma dinâmica, a mesma flexibilidade metodológica da implantação macro é repetida na especialidade setorial. Isso quer dizer que o poder de direção estatal irá estabelecer no ordenamento jurídico as diretrizes que dizem respeito à gestão pública em conformidade com a boa regulação e a boa governança. A partir disso, cada ente regulatório adota o desenho metodológico que melhor corresponde à especialidade técnica do setor. Estabelecendo assim a consolidação de um padrão mínimo que atende aos mandamentos da administração pública, preservando a especialidade técnica-setorial sem que haja o insultamento.

Os países-membros ainda identificaram quatro objetivos em comum com a implantação do relatório de análise regulatório: 1) Improve understanding of the real-world impacts of government action, including both the benefits and the costs of action; 2) Integrate multiple policy objectives; 4) Improve transparency and consultation; e 5) Improve government accountability.⁶⁷²

A Política Regulatória proposta pela Organização “may be broadly defined as an explicit, dynamic, continuous and consistente ‘whole-of-government’ policy to pursue high-quality regulation,”⁶⁷³ ela “does not refer to the specific regulations within any particular

⁶⁷¹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 15.

1. Maximização do compromisso político com a análise de impacto regulatório; 2. Alocação das responsabilidades para os elementos do programa de análise de impacto regulatório com cuidado; 3. Treinamento dos reguladores; 4. Utilização de um método analítico consistente, mas flexível; 5. Desenvolvimento e implementação de estratégias de coleta de dados; 6. Metas de esforços de análise de impacto regulatório; 7. Integração da análise de impacto regulatório ao processo de elaboração de políticas, começando o mais cedo possível; 8. Comunicação dos resultados; 9. Envolvimento do público extensivamente; 10. Aplicação da análise de impacto regulatório ao regulamento existente e ao novo regulamento.” (Tradução nossa)

⁶⁷² OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 7. “1) Melhorar a compreensão dos impactos reais da ação governamental, incluindo os dois benefícios e custos da ação; 2) Integrar múltiplos objetivos de política; 4) Melhorar a transparência e a consulta; e 5) Melhorar a responsabilidade do governo.” (Tradução nossa).

⁶⁷³ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 9 “pode ser amplamente definida como explícita, dinâmica, contínua e consistente Política de ‘todo o governo’ para buscar uma regulamentação de alta qualidade.” (Tradução nossa).

sector, but to the way policy makers draft, update, apply and enforce regulations and foster public understanding of these processes.”⁶⁷⁴ Nesse sentido a intergração da análise de impacto regulatório à política

into a more targeted, costs-effective and wiser regulatory policy, if not universal, has become widespread. Experience in OECD countries suggests that the basic components of an effective regulatory policy are mutually reinforcing and directly linked to RIA: it should be adopted at the highest political levels and should incorporate explicit and measurable regulatory quality standards.⁶⁷⁵

Assim, os pressupostos básicos da política são ligados diretamente à análise de impacto regulatório. Quanto ao conteúdo os padrões de qualidade regulatória a serem adotados se inserem nos ordenamentos por medida legislativa, definindo seus elementos de regulação. Além disso precisa haver o enquadramento das instituições dispostas em: órgãos de supervisão central, Poder executivo, Poder legislativo e agências reguladoras independentes. O desenho regulatório pode ser melhorado usando uma variedade de instrumentos para a decisão regulatória que, utilizados em conjunto com a análise de impacto, produzem uma regulação de qualidade. Essas ferramentas consistem em “administrative simplification; measures to promote transparency and communication; alternatives to regulation; compliance and enforcement; and tools to support administrative justice and accountability.”⁶⁷⁶

A tônica dos países-membros que têm logrado obter destaque nas reformas é a adoção de um foco mais amplo para as ações de melhora regulatória no governo, mediante uma abordagem ampla, sistemática, coerente e contínua. O objetivo é aumentar a capacidade de

⁶⁷⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 9. “não se referem às regulamentações específicas dentro de qualquer setor específico, mas à maneira como os formuladores de políticas elaboram, atualizam, aplicar e fazer cumprir regulamentos e fomentar a compreensão pública desses processos.” (Tradução nossa).

⁶⁷⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 9. “em uma política regulatória mais direcionada, eficaz em termos de custos e mais sensata, se não universal, tornou-se generalizada. A experiência nos países da OCDE sugere que os componentes básicos de uma regulamentação política se reforçam mutuamente e estão diretamente ligadas à análise de impacto regulatório: ela deve ser adotada nas mais altas e devem incorporar padrões regulatórios de qualidade explícitos e mensuráveis.” (Tradução nossa).

⁶⁷⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 11. “simplificação administrativa; medidas promover a transparência e a comunicação; alternativas à regulação; conformidade e execução; e ferramentas para apoiar a justiça administrativa e a responsabilização.” (Tradução nossa).

ação governamental efetiva e fazê-la a custos menores, em mercados competitivos, mutáveis e globais.⁶⁷⁷

No Brasil se repete o consenso internacional a respeito da necessidade imperativa de racionalizar a ação regulatória. Para isso, conforme a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, seria preciso que os governos sistematizassem programas com essa finalidade no setor público.⁶⁷⁸ O país ainda não conta com um marco jurídico que contemple as boas práticas regulatórias entre tantas áreas de gerenciamento dessa função estatal. Todavia, algumas iniciativas importantes vêm sendo tomadas para melhorar a qualidade regulatória no Brasil, especialmente no âmbito das agências reguladoras brasileiras.

3.1.2 Agências reguladoras brasileiras: o berço norte-americano e peculiaridade nas dimensões da autonomia reforçada

Desde o século XIX o modelo político-administrativo dominante na Europa⁶⁷⁹ se baseava na unidade administrativa e na concentração dos poderes de “intervenção intra-administrativa sobre todo o conjunto de órgãos e entidades públicas”⁶⁸⁰ nas mãos do presidente ou primeiro-ministro.⁶⁸¹ A responsabilidade “política do chefe de governo junto ao povo, ou ao parlamento, num regime em que ele é também o chefe supremo da Administração, convolou-se em condição necessária da controlabilidade (accountability) social da atuação da burocracia.”⁶⁸² Essa trivialidade do Poder executivo central encontrava

⁶⁷⁷ ALBUQUERQUE, Kélvia. A Visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento de Gestão. *In: Desafios da regulação no Brasil*. Jadir Dias Proença, Patrícia Vieira da Costa e Paula Montagner (ogs.), p. 83 a 104. Brasília: ENAP 2006. p. 88-89.

⁶⁷⁸ ALBUQUERQUE, Kélvia. **A Visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento de Gestão**, 2006. p. 88-89.

⁶⁷⁹ Na Europa ocidental a estrutura administrativa policêntrica somente se altera com maior relevo sob o “influxo dos projetos de governança comunitária promovidos pela União Europeia, com o nome de autoridade administrativa independente”. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. - 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 258.

⁶⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 257.

⁶⁸¹ A alternância depende do regime, se presidencialista ou parlamentarista.

⁶⁸² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 258.

exceção nas estruturas organizacionais nos EUA e no Reino Unido,⁶⁸³ onde já havia a “institucionalização de autoridades administrativas com acentuado grau de autonomia”⁶⁸⁴ em relação ao executivo. O pioneirismo norte-americano registra em 1887 a “criação da *Interstate Commerce Commission*, a primeira *independent regulatory agency*, cujo objeto era a regulamentação, inicialmente, dos serviços interestaduais de transporte ferroviário.”⁶⁸⁵ No entanto, foi somente com o *New Deal* que a moderna agência reguladora se tornou um elemento característico da administração pública norte-americana.⁶⁸⁶

Em geral a figura da *independent regulatory agency* norte-americana conta com a autoridade dos dirigentes dotada de extraordinária autonomia política pois, a sua “atividade passa a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo.”⁶⁸⁷ O modelo é estruturado em agências com “acentuado grau de autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo e fundado na ideia do insulamento político de administradores pretensamente neutros, dotados de elevada qualificação técnica.”⁶⁸⁸ Esse formato caracterizado por sua “*expertise* e por sua melhor capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa”⁶⁸⁹ ganhou revelo no plano internacional.

A importação do molde norte-americano para o resto do mundo altera a tradicional estrutura da administração piramidal, para uma composição policêntrica.⁶⁹⁰ Esse fato foi intensificado, especialmente, com os fenômenos reformistas implementados após a década de 1970. A descentralização e a independência do poder central, em modelos

⁶⁸³ Quanto à difusão de entes autônomos na Inglaterra, durante a segunda metade do século XIX, houve forte tendência centralizadora do país, reduzindo-se drasticamente o número de entes autônomos fora da estrutura governamental. Só a partir da II Guerra Mundial tais entidades viriam a se proliferar. JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.130.

⁶⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 258.

⁶⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [s.p].

⁶⁸⁶ SUNSTEIN, Cass. Constitucionalismo após o New Deal. *In*: STIGLER, G. J. (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: 34, 2004. p. 204.

⁶⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 259.

⁶⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 280.

⁶⁸⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 282.

⁶⁹⁰ CARINGELLA, Francesco. **Corso di Diritto Amministrativo**, 2 vols. Milão: Giuffrè, 2001. p. 619.

multiorganizativos ou *pluricêntricos*,⁶⁹¹ são produtos da complexidade existente entre Estado e sociedade, pois esse fenômeno

[...] che non si pone solo nella visione della generica condizione di disarticolazione dello stato-pessoa, più che uno stato pubblico non più comunitario, di un realismo che non è una organizzazione legale di apparati burocratici, più che una sua forza e fondamento di una relazione osmotica con una società. Una Amministrazione è disarticolata e pluralizzata [...]⁶⁹²

É nesse quadro que se prolifera a prática da administração independente em relação ao poder central, fazendo com que o modelo *independent regulatory agency* se torne uma entidade institucionalmente globalizada "para dar conta da regulação de setores sensíveis da vida social, neles incluídos certos setores da economia."⁶⁹³ Todavia, essa configuração sofreu mutações em conformidade com as intenções reformistas de cada Estado. Um significativo exemplo é a integração europeia com a independência dos Bancos Centrais dos países membros, cuja ação integrada com o Banco Central da Europa, também independente, possibilitou a instalação e funcionamento do sistema financeiro europeu.⁶⁹⁴ Aragão comparou a evolução do fenômeno da descentralização administrativa independente entre França, Espanha, Itália, Alemanha, Portugal e Argentina, chegando às seguintes conclusões:

(a) a 'independência' de que são dotados consiste na realidade em uma autonomia reforçada em relação ao aparato tradicional da Administração Direta e Indireta; (b) a restrição ao poder de exoneração dos dirigentes dos órgãos ou entidades independentes de regulação não compromete o poder de direção do Governo, sendo este compreendido nos termos das respectivas leis criadoras; (c) todas elas concentram poderes fiscalizatórios, sancionatórios, compõem conflitos e editam regulamentos; e (d) os amplos poderes regulamentares que geralmente possuem são admitidos desde que a lei fixe os standards em que deverão se desenvolver.⁶⁹⁵

⁶⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2002. p. 220.

⁶⁹² PASSARO, Michele. **Le Amministrazione Independenti**. Torino: Giappichelli, 1996. p. 23. “[...] que se coloca não apenas do ponto de vista da tendência genérica de desarticulação do Estado-pessoa, mas ainda de um público não estatal, mas comunitário, de uma realidade que não se exaure na organização jurídica do aparato burocrático, mas que deve a sua força e fundamento a uma relação osmótica com a sociedade. A Administração se desarticula e se pluraliza [...]” (Tradução nossa).

⁶⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 221.

⁶⁹⁴ ALFONSO, Luciano Parejo. Prefácio à obra de Andrés Betancor Rodríguez. **Las Administraciones Independientes**. Madrid: Tecnos, 1994. p. 18.

⁶⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 268.

A sintetização desse estudo em características comuns aos países serve de base para a investigar o desenvolvimento do processo semelhante ocorrido no Brasil com o surgimento das agências reguladoras na década de 1990. A insurgência de espaços administrativos efetivamente autônomos frente ao Poder Executivo central [...] é uma exigência da eficaz regulação estatal de uma sociedade também diferenciada e complexa.⁶⁹⁶ A criação das agências reguladoras foi uma das implicações da reforma gerencial⁶⁹⁷ e está diretamente relacionada à transformação do intervencionismo político-econômico em regulação estatal.

Como já mencionado, a alteração da ordem econômica se deu por meio de Emendas Constitucionais (1995), atingindo três fases. A primeira se relacionava à abertura ao capital estrangeiro, a segunda foi a flexibilização dos monopólios estatais, por último foram os processos de desestatização e privatização, evidenciando um novo modelo regulatório no país. As Emendas Constitucionais 8/95 e 9/95, respectivamente, autorizaram a criação de dois “órgãos reguladores” específicos para os setores de telecomunicações⁶⁹⁸ e do petróleo.⁶⁹⁹

Essas alterações constitucionais dão causa à criação desses entes regulatórios sob um regime especial, diferindo das demais autarquias, posto que dotados de autonomias com intuito de aproximar sua atuação da eficiência, mas que também geram tesões com alguns pilares tradicionais do Estado de Direito. Se, por um lado, as autonomias afastam suas funções regulatórias dos critérios político-partidários, proporcionando neutralidade quanto às decisões, por outro, são objeto de densa contestação dentro e fora da academia.

Como nos países analisados por Aragão, as agências reguladoras brasileiras têm seu berço no modelo norte-americano de *independent regulatory agency*, todavia, “os novos entes reguladores, em geral indivíduos subordinados à supervisão ministerial, são produto do massivo processo de privatização,”⁷⁰⁰ demonstrando uma das peculiaridades no afastamento

⁶⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 220.

⁶⁹⁷ A reforma gerencial (1995) também estabeleceu a criação das Agências executivas. Essa é uma qualificação a ser concedida, por decreto presidencial específico, a autarquias e fundações públicas, responsáveis por atividades e serviços exclusivos do Estado. A qualificação de uma instituição como Agência Executiva, exige, como pré-requisitos básicos, que a instituição candidata tenha: (1) um plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional em andamento e (2) um Contrato de Gestão, firmado com o Ministério supervisor. BRASIL. **Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - Agências executivas**. Brasília: MARE, 1997. p. 7.

⁶⁹⁸ Constituição Federal, artigo 21, XI

⁶⁹⁹ Constituição Federal, artigo 177, § 2º, III

⁷⁰⁰ NUNES, Edson. **O quarto poder: gênese, contexto, perspectiva e controle das agências reguladoras**. In: Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos, 2001. Brasília: Instituto Hélio Beltrão, 2001, p. 12.

da matriz. Nos “Estados Unidos as agências se multiplicam no momento de fortalecimento do Estado, no Brasil as agências são instituídas em período de diminuição do intervencionismo estatal.”⁷⁰¹

Essa constatação é decorrente dos momentos históricos dissonantes em que a expansão do agenciamento ocorreu nos dois países. Nos Estados Unidos se buscava abandonar o modelo abstencionista a reboque do *New Deal* (1933-1937) tendo “como mote a relativização do capitalismo liberal, através da regulação.” Muito embora o pensamento *too big to fail*⁷⁰² seja preponderante na regulação político-econômica daquele país. Esse aspecto foi relativizado somente após a crise de 2008, com a *Law Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, assinada pelo presidente Barack Obama em 2010.⁷⁰³ Já no Brasil o objetivo primeiro era esvaziar o intervencionismo iniciado em 1930 na “Era Vargas”, encontrando um ideal regulatório (*light intervention*). Em verdade o resultado das reformas nos dois países acabou, em linhas gerais, por aproximar as estruturas, especialmente pela influência norte-americana na regulação brasileira.

O primeiro registro do agenciamento brasileiro foi a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica⁷⁰⁴ (ANEEL), resultado da reestruturação do setor elétrico.⁷⁰⁵ Para posteriormente serem criadas a Agência Nacional de Telecomunicações⁷⁰⁶ (ANATEL) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis⁷⁰⁷ (ANP). A partir disso houve

⁷⁰¹ OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [s.p].

⁷⁰² A expressão “too big to fail” refere-se à atitude dos governos com relação às grandes instituições financeiras. Estes governos, quando se defrontam com uma crise de um banco muito grande, farão tudo para resgatá-lo, dado que ele causaria, segundo estes governos e os estudiosos, muitos estragos à economia.

⁷⁰³ Em 2010, passados mais de 70 anos do *New Deal*, a política norte-americana se volta à regulação. Em decorrência da crise de 2008 o presidente Barack Obama assinou a Lei Dodd-Frank (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*), que promove a estabilidade financeira dos Estados Unidos, melhorando a responsabilização e transparência no sistema financeiro, para acabar com *too big to fail*, para proteger contribuinte americano, ao acabar com os resgates, para proteger os consumidores de práticas de serviços financeiros e para outros fins. Disponível em <www.congress.gov/111/plaws/publ203/PLAW-111publ203.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁷⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9427cons.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷⁰⁵ Sobre isso consultar os seguintes diplomas legais: Leis 8.031/90, 8.631/93, 9.074/95 e Decretos .717/95 e 2.003/96.

⁷⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho DE 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto DE 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a

uma expansão⁷⁰⁸ com a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁷⁰⁹ (ANVISA), da Agência Nacional de Saúde Suplementar⁷¹⁰ (ANS) e da Agência Nacional de Águas⁷¹¹ (ANA), que também começaram a fazer parte do sistema regulatório.

Muito embora o marco regulatório⁷¹² das agências tenha entrado em vigor somente em 2000, posteriormente à criação de seis delas, foi um meio inicial de explicitar o paradigma reformista de maneira “coerente e integrada, com princípios e objetivos claros e seguir uma estratégia incremental que comece regulando o mínimo possível e componha o novo quadro regulatório à luz dos desenvolvimentos reais em cada mercado e setor de atividade.”⁷¹³

Esse instrumento estabeleceu diretrizes gerais para a criação e funcionamento das agências reguladoras, atingindo também as que já haviam sido criadas na sua entrada em vigor. Seu objetivo foi fornecer maior autonomia para que a função regulatória fosse desenvolvida de forma eficiente, para

- a) promover e garantir a competitividade do respectivo mercado; b) garantir os direitos dos consumidores e usuários dos serviços públicos; c) estimular o investimento privado, nacional e estrangeiro, nas empresas prestadoras de serviços públicos e atividades correlatas; d) buscar a qualidade e segurança dos serviços públicos, aos menores custos possíveis para os consumidores e usuários; e) garantir a adequada remuneração dos investimentos realizados nas empresas prestadoras de serviço e usuários; f) dirimir conflitos entre consumidores e usuários, de um lado,

Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷⁰⁸ A expansão das agências reguladoras foi alvo de Bresser-Pereira, ao afirmar que somente deveriam ser dotadas desse reforço na autonomia as agências que correspondessem a setores monopolistas, as demais deveriam ser, na sua opinião agências executivas. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Agências e agências**. 2007. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/articles/2007/07.08.13.Agencias_e_agencias.pdf> Acesso em: 16 jan. 2019. p. 1-2.

⁷⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷¹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.961 de 28 de janeiro DE 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9961.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷¹¹ BRASIL. **Lei nº 9.984, de 17 de julho DE 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e responsável pela instituição de normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷¹² BRASIL. **Lei 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9986.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷¹³ BRASIL. **Construção do marco legal dos entes reguladores. Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma do Estado**, 1996. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>> Acesso em 20 jan. 2019. p. 26.

e empresas prestadoras de serviços públicos; g) prevenir o abuso do poder econômico por agentes prestadores de serviços públicos.⁷¹⁴

Após o marco regulatório ainda foram criadas a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), disciplinadas pela mesma lei,⁷¹⁵ a Agência Nacional do Cinema⁷¹⁶ (ANCINE), a Agência Nacional de Aviação Civil⁷¹⁷ (ANAC), por último, a recém-criada Agência Nacional de Mineração⁷¹⁸ (ANM), que substituiu o extinto Departamento Nacional de Produção Mineral.⁷¹⁹

A instituição das agências reguladoras brasileiras não foi imune às críticas quanto à sua independência. Entre elas, a de Eros Grau,⁷²⁰ que considerava as agências meras

⁷¹⁴ BRASIL. **Construção do marco legal dos entes reguladores. Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma do Estado**, 1996. p. 27-28.

⁷¹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷¹⁶ A Agência Nacional do Cinema – ANCINE foi criada, antes da promulgação da Emenda Constitucional no 32/01, pela Medida Provisória 2.219/01. BRASIL. **Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001**. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2228-1.htm#art32> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷¹⁷ BRASIL. **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005**. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017**. Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM); extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis nos 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei no 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei no 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13575.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

⁷¹⁹ A estruturação da Agência Nacional de Mineração ocorre paralelamente aos dois rompimentos das barragens de rejeitos de minério de ferro em Minas Gerais, em Mariana na data de 5 de novembro de 2015 e Brumadinho em 25 de janeiro de 2019. Esses eventos de inatingíveis proporções humanas e ambientais reforçam a necessidade de uma política de gestão de riscos como fator imprescindível do processo decisório de regulação.

⁷²⁰ Eros Grau conhecido por sua opinião com relação à desestatização e privatizações. Ao votar a ADPF 46, acerca do monopólio dos Correios, Grau fundamenta dizendo que “Exige-se um Estado vigoroso para o cumprimento da Constituição. Sou contra a substituição da sociedade civil pelo mercado” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46**. Relator: Ministro. Marco Aurélio. Brasília, DF: Supremo Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 14 jan. 2019. p. 92.

repartições.⁷²¹ No mesmo sentido, Bandeira de Mello afirmou não enxergar “independências administrativas” no novo formato, a ponto de torná-las especiais.⁷²² A qualificação das agências brasileiras como “independentes” faz com que haja uma vinculação às *independent regulatory agency*. Com efeito, a independência, ao lado da especialização técnico-setorial, fornece lastro à confiança no modelo norte-americano, pois

en efecto, los órganos técnicos son independientes, en su mayoría, de la Administración Central. Son órganos autónomos, compuestos por expertos y simples particulares y no mayoritariamente por funcionarios públicos. Es éste el precio que la Administración tiene de pagar por el carácter técnico que su nueva actividad reclama: el recurso cada vez mayor a entidades extrañas cuya contribución se toma indispensable para la realización capaz de los objetivos que se propone. La autonomía de la decisión política no está en juego, pero el peso de los dictámenes técnicos en el seno de estos órganos de planificación, coordinación y apoyo general se hace sentir cada vez más, al ritmo de las nuevas exigencias de legitimación legislativas y administrativas⁷²³

Sem dúvida o desafio político das agências reguladoras foi, desde o início, operar como autônomas dentro do ambiente institucional para trazer confiança e transparência ao setor privado e à sociedade civil. A inclusão do tema “independente” no amplo debate “sobre políticas públicas foi marcada por discussões e contradições. Algumas delas estavam ligadas à questão da separação entre as ações de definição de políticas gerais e planejamento, que deveriam continuar submetidas aos ministérios.”⁷²⁴ Além das ações de fiscalização e execução de tarefas, que foram delegadas à essas autarquias especiais.

⁷²¹ GRAU, Eros. As agências, essas repartições. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25-28.

⁷²² “Ora, ‘independência administrativa’ ou ‘autonomia administrativa’, ‘autonomia financeira’ e ‘patrimonial e da gestão de recursos humanos’ ou de quaisquer outros que lhe pertençam, ‘autonomia nas suas decisões técnicas’, ‘ausência de subordinação hierárquica’, são elementos intrínsecos de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso desses caracteres”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª edição, Malheiros, Rio de Janeiro, 2001. p. 135.

⁷²³ MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Económico**. 2ª Ed., Coimbra Editora, 1988. p. 82-83. “Efetivamente, os órgãos técnicos são independentes, na sua maioria, da Administração Central. São órgãos autônomos, compostos por peritos e simples particulares e não maioritariamente por funcionários públicos. É este o preço que a Administração tem de pagar pelo carácter técnico que a sua nova atividade reclama: o recurso cada vez maior a entidades estranhas cujo contributo se toma indispensável para a realização capaz dos objetivos que se propõe. A autonomia da decisão política não está em causa, mas o peso dos pareceres técnicos no seio destes órgãos de planejamento, coordenação e apoio geral faz-se sentir cada vez mais, ao ritmo das novas exigências de legitimação das decisões legislativas e administrativas” (Tradução nossa).

⁷²⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. Brasil, 2008. Disponível em: <www.planejamento.gov.br/gestao> Acesso em: 20 jan. 2019. p. 334.

Todavia, no modelo brasileiro a expressão “independente” deve ser entendida “como ‘autonomia reforçada’ em comparação a autonomia das demais entidades da Administração Indireta, na medida em que não possuem independência em sentido próprio, equivalente a soberania.”⁷²⁵ Esse reforço pretende evitar a politização do setor regulado, desvinculando suas decisões da influência política, mas se ligando ao conhecimento técnico, o que garante maior segurança jurídica aos investidores, concessionários e particulares, além da celeridade quando comparada aos processos legislativos ou judiciais.⁷²⁶ A blindagem aos critérios político-partidários de decisão

dependia, fundamentalmente, da criação de entidades dotadas de personalidade jurídica própria e de mecanismos de garantia institucional que lhes permitissem melhor exercer suas funções, de forma independente do governo. Em outra ponta, a intervenção indireta na economia, pela via da regulação, fiscalização e aplicação de sanções a particulares, autênticas expressões do poder de polícia estatal, obrigava à institucionalização de pessoa jurídica de direito público. Assim é que a conjunção desses fatores parece justificar a implementação das agências reguladoras sob o formato de autarquias dotadas de um regime jurídico especial.⁷²⁷

Em linhas gerais as agências reguladoras são autarquias em regime especial, criadas por lei, que obedecem ao Princípio da Especialidade, com estrutura colegiada, se submetendo às prerrogativas e sujeições gerais de direito público. Em comparação aos demais entes da administração indireta⁷²⁸ se diferem pelo fato de serem dotadas de um grau maior de autonomia em relação ao poder central. O “regime diferenciado das agências reguladoras brasileiras, apresentado didaticamente, consiste no amálgama entre autonomia reforçada e concentração de funções públicas, normalmente distribuídas entre os poderes do Estado.”⁷²⁹

A autonomia reforçada se expressa por meio de certas “independências” dispostas nas dimensões política, técnica-decisional, normativa e gerencial, orçamentária e financeira ampliada. Cada uma tem a função de reforçar esse plexo que garante uma atuação politicamente neutra. A autonomia política dos dirigentes corresponde à impossibilidade de

⁷²⁵ ARAGÃO, Alexandre de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2013. p. 9.

⁷²⁶ CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América**. Madri: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. p. 22.

⁷²⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 270.

⁷²⁸ Sobre isso ver: BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967** dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm > Acesso em: 10 jan. 2019.

⁷²⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 270.

sua exoneração *ad nutum* pelo Presidente.⁷³⁰ A dimensão técnica decisional assegura o predomínio das motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio. A autonomia normativa é necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle. Por último, se apresenta a autonomia quanto aos aspectos gerencial, orçamentário e financeiro ampliado, eles são afirmados por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências.⁷³¹

A excepcionalidade das agências reguladoras, criadas em um regime especial, as coloca entre as administrações direta e indireta, causando uma série de críticas quanto às dimensões de autonomia ora expostas. As contestações mais contundentes dizem respeito à uma série de questões que geram tensão em relação a alguns mandamentos constitucionais-democráticos que regem o Estado de Direito. As oposições à autonomia das agências se vinculam, entre outras, às flexibilizações do Princípio da Legalidade,⁷³² à separação dos poderes⁷³³ e à legitimidade democrática,⁷³⁴ apontando para uma atuação que se afasta dos *standards* da espacialidade pública.

No contexto brasileiro, há uma concordância no sentido de que as agências reguladoras precisam ser fortalecidas. No entanto, há uma reflexão limitada sobre outros aspectos importantes da qualidade regulatória, tal “como a maneira pela qual se poderia melhorar a legislação em geral e as regulações, a necessidade de se revisar o estoque atual e a utilização de ferramentas regulatórias para melhorar o desempenho econômico.”⁷³⁵ Ajustes institucionais para agências setoriais representam um passo necessário, mas não é o “suficiente para que se construam capacidades em toda a administração, para criar mecanismos de coordenação entre instituições, e para melhorar a qualidade da regulação em áreas específicas.”⁷³⁶

⁷³⁰ ARAGÃO, Alexandre de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2013. p. 9.

⁷³¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 270-271.

⁷³² ARAGÃO, Alexandre de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2013. p. 450.

⁷³³ ARAGÃO, Alexandre de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2013. p. 316.

⁷³⁴ ARAGÃO, Alexandre de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2013. p. 220.

⁷³⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. Brasil, 2008. p. 338.

⁷³⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. Brasil, 2008. p. 338.

Buscando dar outra perspectiva para a discussão acerca das agências reguladoras, a proposta é investigar possibilidades de fortalecimento das suas capacidades regulatórias e dos mecanismos de controle, visando regulações que sejam mais eficientes na busca de objetivos relacionados à política ambiental, social e econômica, aproximando-as das finalidades públicas do Estado Democrático de Direito.

3.1.3 A emergência de uma reforma: o inventário regulatório das agências reguladoras e as falhas de rede no processo decisório

No período que se seguiu à preponderância da função regulatória no Brasil os esforços do país em concentrar as boas práticas de regulação na direção governamental integrada são recentes, ganhando relevo apenas em 2003, com a criação do “Grupo de Trabalho Interministerial (GT Interministerial) com a finalidade de avaliar o papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro [...]”⁷³⁷ Outra iniciativa foi o “estabelecimento, em 2007, do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG),⁷³⁸ por meio do Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007.

Em 2007 houve no Brasil um *peer review* regulatório, conduzido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, avaliando⁷³⁹ o estado da arte da regulação do país e emitindo algumas conclusões e recomendações para a melhoria regulatória *lato sensu*. De modo geral, a Cooperação Internacional aplica suas recomendações em uma perspectiva *Whole of government*, visando uma “abordagem governamental que leva em conta a ligação entre estruturas institucionais e o desenvolvimento econômico, para

⁷³⁷ ALBUQUERQUE, Kélvia. **A Visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento de Gestão**, 2006. p. 89.

⁷³⁸ ALBUQUERQUE, Kélvia. **A Visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento de Gestão**, 2006. p. 90.

⁷³⁹ Foram avaliados os seguintes quesitos: estrutura regulatória global, a capacidade do governo de assegurar alta qualidade de regulação no Brasil, as tendências atuais e estruturas regulatórias em setores selecionados. A avaliação setorial se dividiu entre: energia, seguro-saúde privado, telecomunicações e transportes terrestres. Ainda fizeram parte do levantamento a governança regulatória dos setores selecionados, Independência e prestação de contas das autoridades regulatórias, arquitetura institucional horizontal, poderes para uma regulamentação de alta qualidade e o desempenho das autoridades reguladoras. OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. Brasil, 2008.

contribuir na realização de metas sociais e econômicas, enquanto se responde a prioridades de políticas públicas.”⁷⁴⁰

O relatório *Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento* considera que as políticas regulatórias devem ser amplas e obtém melhores resultados quando implementadas por meio de uma estrutura institucional que apoie o processo regulatório, isso é primordial para sua consolidação no futuro. O documento destacou que apesar de alguns esforços “ao nível federal para desenvolver um programa de qualidade regulatória, o encargo resultante de um vasto número de leis federais e regulamentos frequentemente representam um desafio para empresas de pequeno e médio porte.”⁷⁴¹ Desse modo, a contribuição de uma política regulatória coerente e concisa é “resolver estes problemas ao aliviar encargos regulatórios, simplificando regras econômicas, reforçando as normas legais e proporcionando segurança para o setor de investimento privado.”⁷⁴²

Outro ponto crítico apontado se refere às habilidades para a qualidade regulatória, pois “estão fragmentadas e espalhadas pela administração, e mecanismos de coordenação, algumas vezes existentes, ainda deixam espaço para melhorias.”⁷⁴³ Diante disso, o país carece de uma “utilização sistemática de diferentes ferramentas de qualidade regulatória, a Avaliação de Impacto Regulatório é uma delas”⁷⁴⁴.

A partir dessas considerações gerais acerca do sistema regulatório brasileiro foram realizadas recomendações acerca das opções políticas do país relacionadas à capacidade governamental em assegurar a regulação de alta qualidade e às autoridades reguladoras.

No recorte proposto, todas as recomendações serão direcionadas às agências reguladoras, para, posteriormente serem desenvolvidas ao longo do engendramento entre os princípios da Política brasileira de governança e as diretrizes da análise de impacto regulatório, em um plexo de boas práticas de governança regulatória.

Quanto às alternativas políticas que se aplicam às autoridades reguladoras, recebem destaque: consolidação da autonomia e do estatuto das autoridades reguladoras, fortalecer a

⁷⁴⁰ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 333.

⁷⁴¹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 334.

⁷⁴² OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 333-334.

⁷⁴³ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 333-334.

⁷⁴⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 334.

estrutura estratégica para o planejamento e tomadas de decisão nos setores regulados, melhorar os mecanismos de coordenação em setores específicos, maior fortalecimento dos mecanismos de coordenação em vários níveis para fortalecer a segurança e o desempenho, e, por fim, fortalecer alguns dos poderes das agências reguladoras brasileiras.

Por outro lado, são expostas as opções políticas relacionadas à capacidade governamental em assegurar regulação de alta qualidade, são elas: ampliar esforços para integrar uma aproximação *Whole of government* para o apoio de uma qualidade regulatória no mais alto nível político, implantar capacidades institucionais para a qualidade regulatória, melhorar os mecanismos de coordenação e esclarecer responsabilidades para a qualidade regulatória, melhorar a transparência e ampliar a participação social nos processos regulatórios e, finalmente, implantar a análise de impacto regulatório como uma ferramenta eficaz da qualidade regulatória.

A análise de impacto regulatório auxilia os governos a tornar suas políticas mais eficientes. Esse é um “fator importante como resposta ao impacto sobre as economias modernas causados por mercados internacionais abertos e de restrição orçamentária, além das conseqüências [sic!] da competição entre demandas políticas.”⁷⁴⁵ Um aspecto primordial da análise de impacto regulatório é o fato de considerar os impactos econômicos potenciais de propostas regulatórias.

Uma das premissas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico é estabelecer princípios específicos que são diretivos para dar aspectos dinâmicos, contínuos e consistentes às políticas, deixando ao encargo de cada país a elaboração e consolidação de um relatório com uma metodologia própria, construído a partir da deliberação dos grupos de interesse, reforçando a cooperação e o compromisso entre todos. Regramentos implantados sob formatos rígidos correm o risco de serem “transformados em um processo administrativo vazio, realizado *ex-post* e sem impacto significativo.”⁷⁴⁶

A utilização da análise de impacto regulatório abrange duas dimensões, “ela precisa reformar a avaliação regulatória de novas regulações (fluxo) e defender a reforma da regulação existente (estoque).”⁷⁴⁷ Isso exige a adoção de uma abordagem dinâmica para a

⁷⁴⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 341.

⁷⁴⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 343.

⁷⁴⁷ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 343.

melhoria de sistemas regulatórios ao longo do tempo, além de exigir que as reformas estejam sendo realizadas em uma ordem lógica, pois

indeed, reviewing existing regulation involves fewer data problems, so the quality of the resulting analysis is potentially higher. Consistently applying RIA to existing regulation is a key priority. Parts of the regulatory structure that are not directly subject to government disciplines, such as local government regulations (especially in federal states) or the actions of independent regulators, should be included in the analysis. RIA is relevant not just for individual rules, but also for whole regulatory regimes – such as those applying to network industries. Assessing individual rules out of context may undermine the potential of RIA to aid better rule-making.⁷⁴⁸

As conclusões e recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico auxiliaram a atuação do PRO-REG no fortalecimento das capacidades institucionais. Em 2016, tendo em vista o caráter estratégico das ações relativas ao fortalecimento do sistema regulatório brasileiro, tal tema foi definido como prioritário para a Casa Civil, cabendo à Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais (SAG), em decorrência de suas competências legais, coordenar as ações pertinentes.

Uma das principais recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico para fortalecimento da capacidade regulatória no Brasil foi a análise de impacto regulatório. Essa ferramenta protagoniza o processo de decisão, dando condições plenas para a ponderação das evidências, pois

does not in itself determine decisions, but it provides empirical data that can clarify the options available to a decision-making process. It is a tool that can be used to transform stakeholders' understanding of what action is appropriate, and can help define the role of the modern state. RIA can strengthen or weaken the positions of parties involved in a decision and their capacity to marshal arguments. Its ability to profoundly change the nature of a discussion is one reason why RIA remains controversial and difficult to implement.⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 20. “De fato, a revisão da regulamentação existente envolve menos problemas de dados, então a análise resultante é potencialmente maior. A aplicação consistente da análise de impacto regulatório à regulamentação existente é uma prioridade. Partes da estrutura regulatória que não estão diretamente sujeitas às disciplinas do governo, como regulamentações governamentais locais (especialmente em estados federais) ou as ações de reguladores ser incluído na análise. A análise de impacto regulatório é relevante não apenas para regras individuais, mas também para regimes regulatórios inteiros – como aplicando-se a indústrias de rede. Avaliar as regras individuais fora de contexto pode minar o potencial de análise de impacto regulatório para ajudar a melhor elaboração de regras.” (Tradução nossa).

⁷⁴⁹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 8 “não só permite determinar decisões, mas fornece dados empíricos que podem ser classificados opções

A análise de impacto regulatório garante processos transparentes e consistentes para a elaboração, implementação e revisão regulatória é essencial para manter a confiança do público e para salvaguardar as oportunidades de os grupos de interesse participarem do processo de decisão. Além disso, é capaz de limitar o exercício da discricionariedade regulatória, assegurar maior consistência na gestão de regulamentos. Utilizando critérios objetivos para a tomada de decisões baseadas em evidências garante uma maior integridade nas ações regulatórias, impulsionando a confiança e o investimento do mercado, reduzindo assim as oportunidades de favoritismo ou corrupção.⁷⁵⁰ Com base nisso, foram organizadas algumas iniciativas no país.⁷⁵¹

O SAG, considerando a importância da análise de impacto regulatório, passou a coordenar, em janeiro de 2017, um grupo técnico formado pelas Agências e Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, visando ações para a melhoria regulatória. Uma importante iniciativa para aprimoramento da regulação no âmbito das agências reguladoras foi verificar o estado da arte do processo decisório *ex-ante* e *ex-post*. Tal trabalho resultou no inventário regulatório das agências reguladoras,⁷⁵² culminando na Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR (2017)⁷⁵³ e no Relatório Gestão de Estoque

disponíveis para um processo de tomada de decisão. É uma ferramenta que pode ser usada para transformar as partes interessadas compreensão de que ação é apropriada e pode ajudar a definir o papel do estado moderno. RIA pode fortalecer ou enfraquecer as posições das partes envolvidas em uma decisão e sua capacidade de argumentos. Sua capacidade de mudar profundamente a natureza de uma discussão é uma razão pela qual a RIA permanece controverso e difícil de implementar.” (Tradução nossa).

⁷⁵⁰ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries, 2005. p. 11.

⁷⁵¹ Em 2016 foi proposto o Projeto de Lei nº 6.621/2016, a chamada “Lei geral das Agências Reguladoras”, disciplina o processo decisório de forma padronizada. Na data de 23 de março de 2019 o projeto de lei estava no seguinte estágio de tramitação: Aguardando Apreciação pelo Senado Federal. BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.621/2016**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=212001>> Acesso em 23 mar. 2019.

⁷⁵² A proposta é utilizar o inventário regulatório *ex-ante* e *ex-post* para verificar a presença dos princípios e diretrizes da Política de Governança no âmbito das agências reguladoras ao longo do capítulo.

⁷⁵³ BRASIL. SAG. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR**, 2017 Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/nota-tecnica-consulta-publica-001-2017.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2019.

Regulatório, (2018).⁷⁵⁴ A primeira fez o levantamento do processo *ex-ante*, para isso se baseou em um questionamento direcionado às agências reguladoras.⁷⁵⁵ Já o Relatório Gestão de Estoque Regulatório apresenta as iniciativas implementadas e em andamento pelas agências reguladoras com relação à regulação *ex-post*.

O inventário regulatório dos processos decisórios nos dois níveis possibilitou o apontamento das seguintes conclusões gerais relacionadas à análise de impacto regulatório.

Quanto à integração com o processo decisório

A realização da AIR logo no início do processo normativo, ainda durante a definição do problema a ser resolvido, foi percebida como fator crucial para a adequada institucionalização e efetiva implementação;

Em todas as Agências há orientação ou previsão normativa nesse sentido, mas a apresentação da AIR só é exigida no momento da consulta ou audiência pública ou no momento de apresentação da proposta à Diretoria Colegiada, o que pode facilitar sua realização muito tardiamente no processo normativo ou sua utilização apenas como justificativa para decisões regulatórias já tomadas;

Na maioria dos casos, AIR traz apenas a comparação entre 2 alternativas: uma opção regulatória já escolhida e o cenário de e não regular;

Quanto à Participação social e transparência:

A integração da AIR com processos de participação social logo no início do processo regulatório, ainda na identificação do problema a ser resolvido, foi percebida como fator crucial para sua adequada institucionalização e efetiva implementação;

Em geral, a AIR é disponibilizada ao público já finalizada, junto aos outros documentos para consulta pública, inclusive minuta de ato normativo, não havendo discussão específica sobre a AIR;

Maioria das Agências conta com processos de consulta e audiência pública bem estruturados e foram detectadas experiências exitosas de trocas de informação e consultas prévias na fase de problematização (reuniões ou tomada de subsídio).

Quanto à Governança [liderança]:

Fatores ligados à governança foram percebidos como cruciais para a adequada institucionalização e efetiva implementação da AIR;

⁷⁵⁴ BRASIL. SAG. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Consolidado sobre Gestão do Estoque Regulatório**, 2018. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/gestao-estoque-regulatorio/gestaoestoqueregulatorio-iniciativasagenciasreguladorasfederais.pdf/view>> Acesso em: 03 jan. 2019.

⁷⁵⁵ O questionário foi composto das seguintes perguntas: 1) Abrangência da realização da análise de impacto regulatório; 2) Base legal (se a Agência conta com algum normativo interno que disponha sobre a análise de impacto regulatório); 3) Previsão de excepcionalidades à realização da análise de impacto regulatório; 4) Padronização (se a Agência possui algum tipo de Guia ou documento de orientação para a realização de análise de impacto regulatório); 5) Metodologia; Integração com o processo decisório; 6)

Participação social e transparência; 7) Governança; [o termo aqui se reveste do sentido de liderança, não é análogo ao conceito aplicado à pesquisa] 8) Monitoramento e análise de impacto regulatório *ex-post*; 9) Disponibilização dos dados; 10) Capacitação, 11) Decisão pela não-regulação, 12) Resistência interna;

13) Casos emblemáticos de análise de impacto regulatório já realizadas na cada Agência. SAG. Responderam as questões as seguintes Agências reguladoras: ANEEL, ANCINE, ANAC, ANTAQ, ANTT, ANP, ANVISA, ANS e ANA. Na data do questionário a ANM não havia sido criada. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR**, 2017. p. 6

Em geral, as AIRs são elaboradas pelas áreas finalísticas das Agências, que contam com uma área responsável por orientar e auxiliar na elaboração - Área Central de AIR, que inicia sua participação a depender da demanda das áreas finalísticas; Algumas Agências possuem instâncias de supervisão regulatória e de revisão de AIR (coerência geral e análise de conformidade);

Relato de experiências interessantes de AIR sendo conduzidas por grupos multidisciplinares;

Normalmente, a Diretoria não se manifesta especificamente sobre a AIR, cuja análise é realizada no âmbito da manifestação sobre a proposta de ato normativo.

Quanto à Metodologia:

Racionalização do tempo e esforço em temas que possuem maior potencial de impacto foi percebida como fator crucial para a adequada institucionalização e efetiva implementação da AIR;

4 Agências utilizam ou possuem minuta de normativo interno prevendo AIR em níveis diferenciados, sendo a diferenciação em 3 níveis o mais comum;

Na grande maioria das Agências a escolha da metodologia é feita caso a caso

Quanto ao Monitoramento e AIR *ex-post*:

Agências não possuem prática de AIR *ex-post*;

Algumas Agências exigem que as propostas de atos normativos tragam indicadores de acompanhamento de efetividade;

Agências não possuem indicadores de qualidade de AIR, mas algumas já acompanham indicadores que, de alguma forma, tentam refletir a qualidade do processo regulatório;

Quanto à Análise de Risco:

Nenhuma Agência conta com análise de risco sistematizada até o momento;

Quanto à Disponibilização de dados;

Praticamente todas as Agências enfrentam dificuldades relativas aos dados necessários para as análises quantitativas (obtenção, organização e tratamento adequado);

Quanto a Capacitação:

A capacitação estruturada e direcionada foi percebida como fator crítico para a adequada institucionalização e para a efetiva implementação da AIR;

Quanto à Decisão pela não-regulação:

Maioria das Agências já deixou de editar alguma norma em decorrência das conclusões obtidas na AIR;

Quanto à Resistência interna:

A adequada sensibilização do quadro de servidores e do corpo diretivo foi apontada como crucial para a adequada institucionalização e para a efetiva implementação da AIR;

A maioria das Agências ainda observa resistência com relação à elaboração da AIR, seja por desconhecimento da ferramenta no âmbito do processo de elaboração normativa da Agência, do desconhecimento sobre como utilizar a ferramenta e dos seus benefícios ou em decorrência da pressão por agilidade na regulamentação. Muitas vezes a AIR é vista como mera ferramenta burocrática adicional.⁷⁵⁶

Essas conclusões,⁷⁵⁷ de forma geral, indicam que a ausência de padrões mínimos para a elaboração da análise de impacto regulatório afasta as agências reguladoras da perspectiva

⁷⁵⁶ SAG. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR**, 2017. p. 6-8.

⁷⁵⁷ As conclusões do inventário regulatório levaram à edição de diretrizes para elaboração de análise de impacto regulatório pela SAG, todavia, esse documento tem caráter somente orientativo. BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: < <http://www.casacivil.gov.br/central-de>

Whole of government. Isso causa uma espécie de balcanização regulatória setorializada, a disparidade com que as agências tratam o processo decisório demonstra uma falha de rede regulatória, pois enquanto umas utilizam ferramentas importantes para a decisão, outras desconhecem sua aplicação, demonstrando imaturidade na análise do impacto regulatório.

Ainda se observa que a ausência de um padrão que defina elementos-chave para a elaboração do impacto regulatório inviabiliza a avaliação quantitativa das boas práticas regulatórias e de governança. A “regulatory quality is about enhancing the performance, costeffectiveness, and legal quality of regulation and administrative formalities.”⁷⁵⁸ A noção de regulamentação de qualidade abrange “process the way regulations are developed and enforced, which should follow the key principles of consultation, transparency, accountability and evidence-base.”⁷⁵⁹ Além do “process, the notion of regulatory quality also covers outcomes, regulations that are effective at achieving their objectives, efficient (do not impose unnecessary costs), coherent (when considered within the full regulatory regime) and simple (regulations themselves and the rules for their implementation are clear and easy to understand for users).⁷⁶⁰

Diante disso o desafio é encontrar patamares mínimos que se apliquem de forma comum às agências reguladoras, resolvendo o insultamento da especialidade pública e corrigindo as falhas de rede regulatórias, tudo isso sem interferir na especialidade técnica-setorial de cada agência, preservando sua autonomia reforçada.

conteudos/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view> Acesso em: 02 jan. 2019.

⁷⁵⁸ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing**. Paris. 2015. p. 23 “Nesse contexto, ‘qualidade regulatória’ é sobre melhorar o desempenho, a eficiência de custo e a qualidade legal das formalidades regulamentares e administrativas.” (Tradução nossa).

⁷⁵⁹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing**. Paris. 2015. p. 23 “processo, ou seja, a forma como os regulamentos são desenvolvidos e aplicados, que devem seguir os princípios de consulta, transparência, prestação de contas e base de evidências.” (Tradução nossa).

⁷⁶⁰ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing**. Paris. 2015. p. 23 “Além do processo, a noção de qualidade regulatória também abrange os resultados, ou seja, os regulamentos que são eficazes para alcançar seus objetivos, eficiente (não impõe custos desnecessários), coerente (quando considerado dentro do regime regulamentar completo) e simples (os próprios regulamentos e as regras para a sua implementação são claros e fáceis de entender para os usuários).” (Tradução nossa).

3.1.4 *Whole of government* e a administração policêntrica: o poder de coordenação e a autonomia das agências reguladoras

A administração pública contemporânea é preponderantemente policêntrica, em oposição ao tradicional desenho centralizado. Por um lado esse fenômeno “é inevitável, por outro, impõe-se a necessidade de coordenação entre estas várias instâncias.”⁷⁶¹ Dessa forma a administração pública passou a atuar de forma direta e indireta para “cumprir com as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais a ela impostos, devendo atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente.”⁷⁶²

O modelo norte-americano de *Independent regulatory agency* foi submetido à intensas críticas e pressões dos agentes econômicos e políticos. Isso ocorreu diante “do crescente grau de intrusividade das agências nas atividades privadas, da sua questionável eficiência na gestão dos mercados regulados e da sua não-sujeição aos mecanismos tradicionais de *accountability* eleitoral.”⁷⁶³ Com isso grande parte do tema acerca da discussão sobre as agências nos Estados Unidos há muito deixou de ser o da sua “autonomia, como condição para o exercício técnico e politicamente neutro de suas funções, para se tornar rapidamente o do seu controle político, responsividade social e legitimidade democrática.”⁷⁶⁴ O contraponto da “autonomia reforçada das agências reguladoras foi o incremento dos mecanismos de controle político, jurídico e social, realizados de diferentes formas pelos três poderes e por grupos econômicos e sociais organizados.”⁷⁶⁵

As agências reguladoras brasileiras têm uma independência relativa pela autonomia reforçada, pois não deixam de se submeter aos mecanismos de controle externo (Poder Legislativo), Jurisdicional (Poder Judiciário) e social (mecanismos de participação social).⁷⁶⁶

⁷⁶¹ ARAGÃO, Alexandre de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2013. p. 107-108.

⁷⁶² ARAGÃO, Alexandre de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, 2013. p. 213.

⁷⁶³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 284.

⁷⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 284.

⁷⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2014. p. 286.

⁷⁶⁶ As agências reguladoras apresentam uma série de mecanismos de controle: se submete ao controle jurisdicional do Poder Judiciário (Constituição Federal artigo 5º, inciso XXXV), o controle social também se dá pelos mecanismos de participação popular, por último, o controle externo exercido pelo Poder legislativo por meio do Tribunal de contas da União (Constituição Federal artigos 70 e 71). Além do

A independência administrativa, descentralizada por essência, não deve sofrer o poder hierárquico, no entanto, deve se submeter aos instrumentos de coordenação e integração propostos pelo poder de direção onde “un centro di competenza non può dare ordini all'altro, ma solo impostare le linee guida e controllare i risultati.”⁷⁶⁷ Dessa forma “il controllo esercitato sull'organo subordinato non può consistere in potere di sostituzione, revoca, revoca o delega obbligatoria e, il potere di annullamento, deve essere ammesso eccezionalmente, solo nei casi in cui l'ordinanza ammette espressamente.”⁷⁶⁸

A coordenação e a integração fazem parte de um poder de direção baseado em princípios e diretrizes abertos, que respeitam o policentismo administrativo, mas também aproximam a especificidade técnica das finalidades da gestão pública. Assim,

loin de préconiser un retour au monolithisme - dont la nostalgie subsiste dans l'esprit des Jacobins - la pratique d'autorités administratives indépendantes devrait favoriser une évolution favorisant un polycentrisme équilibré. Ce n'est certainement pas une recette magique. Et nous ne pouvons pas le confondre avec une évolution symétrique, qui consisterait à rabaisser les administrations centrales - à qui des fonctions de conception, de coordination et de contrôle seraient réservées - au profit de l'agence aux structures plus agiles et adaptées⁷⁶⁹

A especialidade técnica e a preservação da não-interferência do domínio político-partidário nas decisões regulatórias das agências são essenciais para a neutralidade e blindagem do interesse público, nesse sentido a autonomia reforçada deve ser mantida, e até mesmo fortalecida. Por outro lado, o questionamento do regime, quanto a um possível insultamento das finalidades públicas democráticas, pode ser atenuado com a implantação de práticas baseadas na governança, sem macular a autonomia desses entes.

controle interno, estabelecido por meio da autotutela (Artigo 53 da Lei 9.784/1999, Súmulas STF n. 346 e 473).

⁷⁶⁷ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Milão: Giuffrè Editore, 3ª Ed., V1. 1993, p. 333. “um centro de competência não pode dar ordens ao outro, mas apenas fixar-lhe as diretrizes e controlar-lhe os resultados.” (Tradução nossa).

⁷⁶⁸ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**, 1993, p. 333. “o controle exercido sobre o órgão subordinado não poderá consistir em poder de substituição, revogação, avocação ou em delegação obrigatória e, o poder de anulação, deve ser admitido excepcionalmente, apenas nos casos em que o ordenamento expressamente o admitir.” (Tradução nossa).

⁷⁶⁹ QUERMONNE, Jean-Louis. **L'Appareil Administratif de l'État**. Paris: Éditions du Seuil, 1991. p. 268-269. “Longe de propugnar um retorno ao monolitismo – cuja nostalgia sobrevive nos espíritos jacobinos – a prática das autoridades administrativas independentes deve favorecer uma evolução que promova um policentrismo equilibrado. Não se trata, certamente, de uma receita mágica. E não podemos confundir-la com a evolução simétrica, que consistiria em menosprezar as administrações centrais – a que seriam reservadas as funções de concepção, de coordenação e de controle – em benefício do agenciamento às estruturas mais ágeis e adaptadas.” (Tradução nossa).

A perspectiva *Whole of government* se dá na integração da gestão pública, evitando o insultamento ou a imaturidade entre os órgãos ou setores da administração. A Política de Governança brasileira adota esse preceito, encontrando seu fundamento em três pilares: i) a necessidade de se fortalecer a confiança da sociedade nas instituições públicas; ii) a busca por maior coordenação das iniciativas de aprimoramento institucional; e iii) a utilidade de se estabelecer patamares mínimos de governança.⁷⁷⁰ O aumento da confiança garante que a atuação pública seja legitimada pelo cidadão, de forma a fortalecer o cumprimento voluntário de regras sociais e a reduzir a necessidade de controles mais rígidos, aumentando o compromisso da sociedade civil com o interesse público, pois

responsiveness is linked to trust in government, which in turn, is essential for encouraging cooperation and compliance with laws and regulations. There is therefore a reciprocal relationship between public trust in governments and their associated organizations, and responsive governance.⁷⁷¹

Uma “sociedade saudável passa pela ideia de um Estado cujas instituições entregam os resultados previamente pactuados a partir de um processo que mitiga as assimetrias de poder e permite a construção coletiva de objetivos e prioridades.”⁷⁷²

Se observa a falta de coordenação e coerência entre os diversos modelos de governança existentes no âmbito da administração pública brasileira, são “iniciativas focadas, fragmentárias, incrementalistas e episódicas, têm sua importância e necessidade, mas, no todo, geram efeitos residuais, insignificantes ou sem a devida sustentabilidade.”⁷⁷³ Apesar de avanços, a gestão pública ainda

[...] é excessivamente insulada, rígida, procedimental e desalinhada do beneficiário. Embora haja ilhas de excelência, as organizações públicas apresentam, em sua maioria, significativos déficits estruturais de capacidade e desempenho. A complexidade do problema da governança pública no Brasil requer

⁷⁷⁰ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 21.

⁷⁷¹ UNITED NATIONS. **2015 World public sector report: responsive and accountable public governance**. New York: United Nations, 2015. Disponível em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN95253.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 46. “A capacidade de resposta está ligada à confiança no governo, que, por sua vez, é essencial para incentivar a cooperação e o cumprimento das leis e regulamentos. Existe, portanto, uma relação recíproca entre a confiança pública nos governos e suas organizações associadas e a governança responsiva.” (Tradução nossa).

⁷⁷² BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 22.

⁷⁷³ GOMES, Ricardo. C.; MARTINS, Humberto Falcão. **Tendências e perspectivas da administração pública no Brasil**. Revista de Pesquisa em Políticas Públicas, 1 Ed, jul. 2013. p. 54.

uma atuação integrada, imediata e em larga escala; uma mobilização ou esforço nacional de melhoria da gestão pública⁷⁷⁴

No aspecto regulatório a coordenação é essencial para garantir a coerência e a amplitude do ambiente regulatório.⁷⁷⁵ Conforme a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico as decisões regulatórias “tomadas sem nenhuma coordenação sistemática ou formal vêm tendo um impacto claro na atuação econômica do país [Brasil]. Essa questão não foi claramente avaliada e estudada, o que reduz a possibilidade de se encontrar soluções apropriadas.”⁷⁷⁶

Nesse sentido, a Política de Governança brasileira ao se basear em princípios e diretrizes abertos busca o aprimoramento institucional por meio da coordenação, sem interferir na autonomia dos entes. Esses preceitos aplicados no âmbito das agências reguladoras estabelecem patamares mínimos de governança para a realização do interesse público, preservando a especialidade técnica-setorial. Uma forma de incorporar as premissas da governança às agências reguladoras se dá pela adoção de seus princípios e diretrizes no processo decisório quanto à regulação *ex-ante* e *ex-post*.

A padronização da análise de impacto regulatório entre as agências, com a adoção dos princípios e diretrizes da Política de Governança, objetiva a resolução do problema de imaturidade institucional e das falhas de rede regulatória, pois busca “estabelecer um conjunto de medidas que reduz as fragilidades de modelos de governança menos desenvolvidos e permite a entrega de serviços menos discrepantes e mais conectados entre si.”⁷⁷⁷ Esse patamar mínimo fortalece a autonomia das agências reguladoras estabelecendo um padrão de governança regulatória no processo decisório que atingem somente a especialidade pública, comum à todas as agências reguladoras, enquanto que a especialidade técnica se desenvolverá no âmbito de cada setor, preservando sua particularidade. Serão claramente estabelecidos padrões elevados de qualidade para a elaboração da regulação afastando o insultamento das finalidades públicas.

⁷⁷⁴ GOMES, Ricardo. C.; MARTINS, Humberto Falcão. **Tendências e perspectivas da administração pública no Brasil**, 2013. p. 54.

⁷⁷⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 342.

⁷⁷⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 341.

⁷⁷⁷ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 24.

3.2 A DECISÃO *EVIDENCE-BASED* E A GOVERNANÇA EM REDE: DUAS DIMENSÕES DO INTERESSE PÚBLICO EM HARMONIA COM A REGULAÇÃO POR MEIO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

Diante das falhas de rede no processo decisório *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras se sugere a utilização da análise de impacto regulatório como um instrumento de implementação dos princípios e diretrizes da Política de Governança capaz aproximar a regulação setorial da especialidade pública. Dessa forma cabe dar interpretação a esses princípios e diretrizes com utilização das categorias conceituais recomendadas pelos entes de cooperação internacional, em especial a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico e o Banco Mundial. Após isso se analisa o resultado Consolidado sobre Gestão do Estoque Regulatório,⁷⁷⁸ anexado à Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR,⁷⁷⁹ em aspectos direcionados à governança, pretendendo apontar e contextualizar falhas de cooperação que impeçam a governança.

3.2.1 Princípio da melhoria regulatória: o processo decisório *evidence-based* e o problema da qualidade regulatória

A melhoria regulatória já faz parte de programas governamentais por todo mundo, entre eles se destacam o *Better regulation framework*⁷⁸⁰ no Reino Unido, o *Better regulation*⁷⁸¹ no âmbito da União Europeia e os trabalhos da *Comisión Nacional de Mejora*

⁷⁷⁸ BRASIL. SAG. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Consolidado sobre Gestão do Estoque Regulatório**, 2018.

⁷⁷⁹ BRASIL. SAG. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR**, 2017.

⁷⁸⁰ Esse programa prevê uma pré-regulação em determinados casos, nesse sentido as “sunset clauses are not a requirement, but a tool for policy makers to use where they are deemed appropriate and impose an automatic expiry of the measure on a specified date, usually within seven years, and ensure scrutiny around the decision on whether or not to renew the regulation.” UK. **Better regulation framework**. UK: Department for Business, Energy & Industrial Strategy, 2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/735587/better-regulation-framework-guidance-2018.pdf> Acesso em: 20 fev. 2019. p. 17 “Cláusulas do pôr-do-sol não são um requisito, mas uma ferramenta para os decisores políticos usarem são considerados apropriados e impõem uma expiração automática da medida em um período data, geralmente dentro de sete anos, e garantir o escrutínio em torno da decisão sobre se ou não renovar o regulamento.” (Tradução nossa)

⁷⁸¹ EUROPEAN COMMISSION. **Better regulation: why and how**. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en> Acesso em: 16 jan. 2019.

*Regulatoria*⁷⁸² no México. No Brasil a melhoria regulatória (*better regulation*) passou a fazer parte do ordenamento por meio de sua inclusão entre os princípios⁷⁸³ da Política de Governança. Esse princípio significa “is about designing and evaluating [...] policies and laws transparently, with evidence, and backed up by the views of citizens and stakeholders. It covers all policy areas and aims for targeted regulation that goes no further than required, in order to achieve objectives and bring benefits at minimum cost.”⁷⁸⁴ Além disso, além disso, “well-targeted, evidence-based and simply written regulation is more likely to be properly implemented and achieve its goals on the ground, whether these are economic, societal or environmental.”⁷⁸⁵

A melhoria regulatória integra a Política de Governança se ligando às suas diretrizes como força motriz procedimental para “manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade,”⁷⁸⁶ e “editar e revisar atos normativos pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico, realizando consultas públicas sempre que conveniente.”⁷⁸⁷ Dessa forma, o princípio da melhoria regulatória se vincula diretamente à duas vertentes. Primeiro ao processo decisório quanto à regulação *ex-ante* e *ex-post*, segundo à atuação regulatória pautada por boas práticas. Portanto está intimamente ligado à análise de impacto regulatório, em um contexto onde os demais princípios da governança também figuram de forma *autopoietica*.

Toda regulação traz *trade-offs*, no entanto, uma boa regulação potencializa os ganhos esperados e diminui a extensão dos efeitos indesejados. Com essa perspectiva é que se demonstra a utilidade da análise de impacto regulatório. Essa ferramenta é um instrumento

⁷⁸² MEXICO. **Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) Implementación y sistematización**. Comisión Nacional de Mejora Regulatoria. 2018. Disponível em: < <https://www.gob.mx/conamer/acciones-y-programas/manifestacion-de-impacto-regulatorio-mir#documentos>> Acesso em: 19 jan. 2019.

⁷⁸³ Artigo 3º, inciso IV do Decreto nº 9.203/2017.

⁷⁸⁴ EUROPEAN COMMISSION. **Better regulation: why and how**, 2017 [s.p]. “tem a ver com a concepção e avaliação das políticas e leis [...] de forma transparente, com provas e apoiada pelas opiniões dos cidadãos e das partes interessadas. Abrange todos os domínios de intervenção e visa regulamentações específicas que não vão além do necessário, a fim de alcançar objetivos e trazer benefícios a um custo mínimo.” (Tradução nossa).

⁷⁸⁵ EUROPEAN COMMISSION. **Better regulation: delivering better results for a stronger union**. Bruxelas: European Commission, 2016. (Communication from the Commission). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0615&from=EN>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 2. “uma regulação bem direcionada, baseada em evidências e escrita de forma simples, tem maior probabilidade de ser adequadamente implementada e atingir seus objetivos, sejam econômicos, sociais ou ambientais.” (Tradução nossa)

⁷⁸⁶ Artigo 4º, inciso VIII do Decreto nº 9.203/2017.

⁷⁸⁷ Artigo 4º, inciso IX do Decreto nº 9.203/2017.

de tomada de decisão que ajuda os formuladores de políticas públicas a desenhar as ações governamentais com base em critérios sólidos, fundamentados em evidências concretas (*evidence-based*). A *Commission on Evidence-Based Policymaking* acentua que ‘evidence’ can be defined broadly as information that aids the generation of a conclusion. [...] [but in the public aspect] “evidence” to refer to information produced by ‘statistical activities’ with a ‘statistical purpose’ that is potentially useful when evaluating government programs and policies.⁷⁸⁸ A incorporação desse fundamento é essencial, uma vez que “an integrated whole-of-government regulatory policy that fosters evidence-based rule-making while reducing regulatory burden can drive further development and inclusive growth.”⁷⁸⁹

Uma das tensões entre o regime especial das agências reguladoras e o Estado Democrático de Direito é a autonomia quanto à dimensão técnica-decisional. As contestações alegam o insultamento da teoria constitucional observado na preferência pelo conhecimento técnico-setorial, em detrimento das finalidades públicas, agravadas pelo fato de a discricionariedade decisória prescindir controles hierárquicos, o que pode comportar certo grau de subjetividade no processo.

Ao analisar o inventário regulatório⁷⁹⁰ quanto ao processo de decisão *ex-ante* das agências se observa que

- 1) No quesito “disponibilidade de dados,” o resultado observado demonstrou que somente a ANATEL e a ANS consideram ter disponibilidade adequada de dados (acesso, possibilidade de solicitá-los e capacidade adequada de organizá-los e tratá-los), as demais agências responderam negativamente; e

⁷⁸⁸ UNITED STATES OF AMERICA. **The Promise of Evidence-Based Policymaking**. Washington DC: Commission on Evidence-Based Policymaking, 2017. p. 8. “Evidência pode ser amplamente definida como informação que ajuda na geração de uma conclusão. [...] [mas no aspecto público] ‘evidência’ para se referir a informações produzidas por ‘Atividades estatísticas’ com um ‘propósito estatístico’ potencialmente útil ao avaliar programas e políticas governamentais.” (Tradução nossa).

⁷⁸⁹ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public governance reform: Peru**. 2016. Paris: OECD Publishing, 2016. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/public-governance-review-peru-highlights-en.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2019, p. 3. “Uma política regulatória integrada para todo o governo, que promova as tomadas de decisão baseada em evidências e, ao mesmo tempo, reduza a carga regulatória, pode impulsionar o desenvolvimento e o crescimento inclusivo.” (Tradução nossa).

⁷⁹⁰ BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**. CASA CIVIL, 2017. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/conteudo-de-regulacao/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/consolidacao-inventario-air-agencias-federais.xlsx/view>> Acesso em: 20 fev. 2019.

- 2) Sobre a utilização de dados quantitativos na análise de impacto regulatório, apenas a ANTAQ, a ANCINE, e a ANEEL, responderam utilizar esse recurso, enquanto as restantes não utilizam;
- 3) Sobre a inclusão na análise de estudos baseados em experiência internacional a ANTT e a ANA responderam negativamente e as demais agências responderam positivamente.

Diante disso se verifica a precariedade da *evidence-based*. Para que o processo decisório *ex-ante* das agências atenda o pressuposto de governança descrito pelo princípio da melhoria regulatória é preciso corrigir duas falhas de governança regulatória:

- 1) Falha de coordenação: observada pela deficiência das agências quanto à capacidade de captura de evidências; e
- 2) Falha de coordenação: essa constatação aponta para a necessidade de busca de dados entre os grupos de interesse, essa é a participação popular sugerindo que suas pautas se transformem em problemas regulatórios.

Perante isso é necessário criar um “sistema de construção de evidências no âmbito [...] das [agências] que permita destravar as amarras de acesso aos dados sem olvidar práticas adequadas de privacidade e que desenvolva a capacidade de gerar evidências de qualidade para orientar o processo decisório.”⁷⁹¹

Nesse sentido a decisão baseada em evidências é útil na medida em que garante a confiabilidade da análise e das conclusões, reduzindo o grau de subjetividade. A *Commission on Evidence-Based Policymaking* destaca que

the evidence-building community operates under a range of laws, regulations, and policies that evolved over time, a state of affairs that has contributed to a lack of coordination and collaboration across the community. Numerous commissions or committees were convened during the 20th century to recommend improvements for the country’s evidence-building system. These included recommendations for greater coordination of activities and for enhancements to the protection of privacy.⁷⁹²

⁷⁹¹ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 49.

⁷⁹² UNITED STATES OF AMERICA. **The Promise of Evidence-Based Policymaking**. Washington DC: Commission on Evidence-Based Policymaking. 2017. p. 12. “a comunidade de construção de evidências opera sob uma gama de leis, regulamentos e políticas que evoluíram ao longo do tempo, um estado de coisas que contribuiu para a falta de coordenação e colaboração em toda a comunidade. Inúmeras comissões ou comissões foram convocadas durante o século 20 para recomendar melhorias para o sistema de construção de evidências do país. Isto incluiu recomendações para uma maior coordenação de atividades e para melhorias na proteção da privacidade.” (Tradução nossa).

Como na evolução norte-americana da *evidence-based*, as diretrizes da política de governança também consideram o aparato de regramentos jurídicos administrativos como auxiliares da tomada de decisão, da mesma forma que a regulação deve guardar coerência com o regramento vigente. Os “governments adopt or amend administrative procedural laws to improve administrative decision-making and define the rights of citizens more clearly, and to establish standard procedures for making, implementing, enforcing and revising regulations.”⁷⁹³ Alguns instrumentos reforçam o processo decisório e o controle dos atos normativos, são exemplos disso o Decreto nº 9.191 de 1º de novembro de 2017, a Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018, que inclui na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Nesse sentido, o inventário regulatório questionou se a agência “considera coerência com outros normativos já existentes” para a análise de impacto regulatório, a ANVISA e a ANA responderam negativamente e as demais positivamente.

O princípio da melhoria regulatória também dispõe entre suas diretrizes a qualidade regulatória, todavia, o Tribunal de Contas da União realizou auditoria operacional, realizada entre julho de 2009 e julho de 2010,⁷⁹⁴ para aferir a governança⁷⁹⁵ das agências reguladoras de infraestrutura no Brasil, chegando às seguintes conclusões, no sentido de que a

heterogeneidade entre as reguladoras na forma de relacionamento com interessados, no suporte ao controle social, na divulgação de suas ações e na transparência de suas ações, que sugere carência de uma lei que padronize questões de governança regulatória, tais como essas; alguns conselhos setoriais não estavam fornecendo diretrizes estratégicas que delimitassem objetivos de longo prazo a

⁷⁹³ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 13. “governos adotam ou modificam leis processuais administrativas para melhorar decisões administrativas e definir os direitos dos cidadãos de forma mais clara, e estabelecer procedimentos para elaboração, implementação, aplicação e revisão de regulamentos.” (Tradução nossa).

⁷⁹⁴ A auditoria envolveu as seguintes reguladoras: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e Agência Nacional de Águas (ANA). Os objetivos do trabalho foram: identificar eventuais riscos e falhas estruturais que poderiam comprometer a regulação estatal e propor soluções de natureza operacional e legislativa, para fortalecer o modelo regulatório atual. BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 32

⁷⁹⁵ A governança regulatória foi avaliada segundo as seguintes dimensões: mecanismos de controle, competências regulatórias, autonomia, gestão de riscos e existência de avaliação de impacto regulatório. A auditoria buscou contribuir para a criação de requisitos mínimos inerentes a uma boa governança regulatória e para a consolidação do modelo de Agências implantado no País. BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 32.

serem atingidos pelas reguladoras; não foram detectados mecanismos formais que garantissem maior estabilidade dos recursos orçamentários destinados às reguladoras, que são autarquias especiais dotadas de autonomia financeira, o que poderia prejudicar a autonomia decisória dos entes reguladores; os ministérios vinculadores não dispunham de metodologias sistematizadas e instituídas formalmente para avaliar o desempenho das reguladoras; o nível de transparência do processo decisório em algumas reguladoras era insuficiente e prejudicava acompanhamento de suas ações pela sociedade; observou-se baixa participação da sociedade nos processos de controle social; os processos de audiência e consulta públicas não tinham padronização mínima de procedimentos ou de tratamento uniforme; grande heterogeneidade do papel das ouvidorias das agências reguladoras; não foram detectados processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizados⁷⁹⁶

Diante desse fato a aplicação dessa diretriz não tem um meio para ser atingida. A consolidação de um padrão de vinculação obrigatória às agências reguladoras quanto à análise de impacto regulatório seria uma ferramenta capaz de fornecer elementos-chave para avaliar a qualidade regulatória, impactando também no Princípio da confiabilidade (*reliability*), pois afeta o monitoramento e desempenho das atividades regulatórias.

As reformas regulatórias orientadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico utilizam instrumentos que criem padrões abertos, apenas orientando a discricionariedade das decisões, reduzindo assim o campo político na autonomia decisória. Dessa forma a estruturação da análise de impacto regulatório guiada pelos princípios e diretrizes da Política de Governança é uma alternativa capaz de verificação da qualidade regulatória. Essa medida atinge a função de coordenação para governança.

3.2.2 Fortalecimento da cooperação e a regulação por *nudges*: a categorização dos *insights* da racionalidade utilizando a análise de impacto regulatório

A regulação econômica é um ponto de tensão e debate que atravessa as barreiras temporais da relação Estado-mercado, as regulações das falhas comportamentais intensificam essa tensão, pois a utilização de *nudges* podem dar margem a um protecionismo social em detrimento do mercado nas prestações estatais. Tal pensamento deve ser abandonado, pois o mercado não é uma estrutura que funciona de forma alheia ao Estado.

A concepção clássica de mercado enquanto mecanismo perfeito e autorregulado foi desconstruída por Sunstein e Holmes. Segundo os autores a clássica oposição entre Estado e

⁷⁹⁶ BRASIL. Guia da política de governança pública, 2018. p. 32-33.

não intervenção deve ser abandonada, pois afirmam a dependência do mercado com relação à estrutura jurídica estatal, uma vez que precisa de um ordenamento que assegure as condições procedimentais necessárias ao seu bom funcionamento. Dessa forma o mercado carece dos esforços estatais para garantia dos direitos privados e dos dispêndios de recursos públicos para se mater. Logo,

if private rights depends essentially on public resources, there can be no fundamental opposition between 'government' and 'free markets' [...] But the first thing a government must do to make a market system work is to overcome the age-old rule of force and threats of force. Free markets do not function properly if profit-seekers uninhibitedly engage in criminal violence.⁷⁹⁷

A riqueza privada se desenvolve mediante condições estatais para tal. Sunstein e Holmes ressaltam que a estrutura institucional define oportunidades e resultados dos cidadãos afetados por ela, criando e distribuindo riqueza de maneira igual ou desigual. O mercado também recebe seus *nudges* estatais em forma de apoio e incentivos, pois

large American corporations could never have developed their current wealth and power without many kinds of government support. Similarly, wealthy and successful individuals owe their riches and success to social institutions that, while demanding cooperation from all, distribute rewards selectively and unequally. A capitalist economy provides the legal preconditions for the unequal accumulation of wealth. Such unequal accumulations do not fall from the sky.⁷⁹⁸

Então é perfeitamente possível o desenvolvimento de um *paternalismo libertário* em prol da sociedade, mais que isso, é um mecanismo de equilíbrio das prestações estatais distribuídas entre mercado e sociedade civil. Todavia, a regulação das falhas comportamentais deve interferir o mínimo possível, evitando abusos de poder.⁷⁹⁹ As

⁷⁹⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 70-71. “se depende de direitos privados essenciais em recursos públicos, não pode haver nenhuma oposição fundamental entre 'governo' e 'mercado livre' [...] Mas a primeira coisa que um governo deve fazer para que um sistema de mercado funcione é superar a velha regra de força e ameaças de força. Mercados livres não funcionam corretamente se os requerentes de lucro enganem em violência criminosa” (Tradução nossa).

⁷⁹⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p 192-193 “Grandes corporações americanas nunca poderiam ter desenvolvido sua atual riqueza e poder sem muitos tipos de apoio do governo. Da mesma forma, indivíduos ricos e bem sucedidos devem sua riqueza e sucesso a instituições sociais que, embora exigindo a cooperação de todos, distribuem recompensas seletivamente e de forma desigual. Uma economia capitalista fornece as condições legais para a acumulação desigual da riqueza. Tais acumulações desiguais não caem do céu” (Tradução nossa).

⁷⁹⁹ SUNSTEIN, Cass. *Why nudge?: the politics of libertarian paternalism*, 2014. p. 151-155.

abordagens devem focar em problemas concretos em vez de teorias abstratas. Qualquer *nudging* oficial deve ser transparente e franco, em vez de oculto e disfarçado. Aliás, a transparência deve ser inerente à prática básica [...] as decisões do governo, especialmente, devem ser sujeitas ao exame e crítica por parte da população”⁸⁰⁰ São alguns exemplos de

(1) regras default, (2) simplificação, (3) usos de normas sociais, (4) aumentos da facilidade e conveniência, (5) divulgação [disclosure], (6) alertas, dramáticos ou não, (7) estratégias de compromisso prévio, (8) lembretes, (9) evocar intenções de implementação, (10) informar as pessoas sobre a natureza e consequências de suas escolhas passadas.⁸⁰¹

Uma vantagem importante dos “*nudges*, em contraste com as imposições e proibições, é evitarem a coerção, [...] o público tem de ser capaz de analisar e investigar os *nudges* tanto quanto quaisquer outros tipos de ações do governo.”⁸⁰² O interesse crescente em *nudges* deve-se ao fato de que

eles geralmente impõem um custo baixo ou nulo, às vezes produzem resultados imediatos (incluindo economia significativa de recursos econômicos), mantêm a liberdade e podem ser altamente eficazes. Em alguns casos, *nudges* podem ter um impacto maior do que ferramentas mais caras e coercitivas.⁸⁰³

Entretanto, como todas as regulações estatais, é de extrema importância basear-se em “evidências e não em intuições, narrativas sobre casos isolados, desejos irrealistas ou dogmas. Os *nudges* mais eficazes tendem a ser fundamentados nas obras mais valiosas da ciência comportamental.”⁸⁰⁴ É essencial a utilização de testes empíricos, os “randomizados controlados, são indispensáveis. Certamente podem surgir surpresas desagradáveis, inclusive consequências adversas impremeditadas, e os formuladores de políticas com sensibilidade devem procurar prever tais ocorrências”⁸⁰⁵ A experimentação, “com controles meticulosos, é um objetivo fundamental do empreendimento do *nudge*.”

Felizmente, muitos experimentos baseados em *nudges* podem ser feitos com rapidez, a um custo baixo e de um modo que permita a mensuração e o aperfeiçoamento contínuos.”⁸⁰⁶

⁸⁰⁰ SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 111.

⁸⁰¹ SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 112-114.

⁸⁰² SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 111.

⁸⁰³ SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 111.

⁸⁰⁴ SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 111.

⁸⁰⁵ SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 111.

⁸⁰⁶ SUNSTEIN, Cass. **Nudging: um guia bem breve**, 2015, p. 115.

Nesse sentido a concatenação dos dados provenientes das informações fornecidas pelos grupos de interesse podem ser armazenados a partir dos relatórios de análise de impacto regulatório. Se transformando em importantes evidências comportamentais para a construção de *insights* da racionalidade que servirão para aperfeiçoar a capacidade de resposta e o processo decisório das agências reguladoras.

Diante disso, é necessário seguir a verificação da atuação decisória das agências reguladoras diante dos demais princípios de governança.

3.2.3 Interesse público, *Responsiveness* e Direitos Fundamentais: a identificação do problema regulatório

Na contemporaneidade a regulação é a função preponderante do Estado incidindo no setor privado por meios jurídico-normativos com implicações econômicas, sociais e administrativas. Sua finalidade é a efetivação dos direitos fundamentais, todavia, o campo de atuação regulatória está adstrito à correção das falhas de mercado, falhas de escolhas e objetivos socialmente desejáveis. Esses conceitos têm temas indeterminados, exigindo diferentes respostas em função da complexidade das relações entre o Estado, mercado e sociedade. O ente regulador deve então ter capacidade de resposta para identificar distorções nesse campo de atuação e decidir se elas são passíveis ou não de se tornarem problemas regulatórios,⁸⁰⁷ atuando assim em prol do interesse público.

Para a teoria da regulação a efetivação dos direitos fundamentais representará apenas uma dimensão do interesse público, pois também necessita que a capacidade de resposta regulatória possa “atender de forma eficiente e eficaz às necessidades dos cidadãos, inclusive antevendo interesses e antecipando aspirações,”⁸⁰⁸ determinando a outra dimensão do interesse público na identificação do problema regulatório.

A capacidade de resposta (*responsiveness*), juntamente com a prestação de contas é um dos princípios fundamentais da governança e representa um viabilizador transversal

⁸⁰⁷ “Problema regulatório é aquele que resulta em distorções no funcionamento do mercado ou em limitação no alcance de objetivo público específico, demandando a tomada de decisão pela agência, órgão ou entidade reguladora.” BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018. p. 87.

⁸⁰⁸ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 40.

essencial para o desenvolvimento de um país,⁸⁰⁹ “because participation is so important to governance, responsiveness to the will of the people must be recognized as a criterion for good governance.”⁸¹⁰ A governança responsiva requer que

public servants to act beyond orders and to be proactive. To strengthen responsiveness of the public service, capacitybuilding in areas such as innovation, customer and citizen focus, leading through influence, collaboration, project management, financial management and negotiation, among many others, will be required. Foremost, there is a need to inculcate a firm commitment to serving citizens⁸¹¹

Esse princípio se une primeiramente à diretriz voltada a “direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e as mudanças de prioridades.”⁸¹² Isso aponta para práticas conhecidas como *one-stop government*, *joined-up government* e *whole-of-government*,⁸¹³ todas caracterizadas pela descentralização estrutural, desagregação e formação de organizações de propósito único, para uma abordagem mais integrada à prestação de serviços públicos.⁸¹⁴ Esse movimento na administração pública para

formal and informal networks is a global trend driven by various societal forces such as the growing complexity of problems that call for collaborative responses, the increased demand on the part of citizens for more personalized and accessible public services, which are to be planned, implemented and evaluated with their participation, and the opportunities presented by the Internet to transform the way the government works for the people⁸¹⁵

⁸⁰⁹ UNITED NATIONS. **World Public Sector Report**, 2015, p. 4.

⁸¹⁰ CARIÑO, Ledivina. **The Concept of Governance. From Government to Governance (UN Public Administration Network)**, 2004. p. 15. “Porque a participação é tão importante para a governança, a capacidade de resposta à vontade do povo deve ser reconhecida como um critério de boa governança.” (Tradução nossa).

⁸¹¹ UNITED NATIONS. **World Public Sector Report**, 2015, p. 37. “os servidores públicos atuem além das ordens e sejam proativos. Para fortalecer a capacidade de resposta do serviço público, a capacitação em áreas como inovação, foco no cliente e no cidadão, liderando por meio de influência, colaboração, gerenciamento de projetos, gerenciamento financeiro e negociação, entre muitos outros, será necessária. Acima de tudo, é preciso inculcar um firme compromisso de servir os cidadãos.” (Tradução nossa).

⁸¹² Artigo 4º, inciso I do Decreto nº 9.203/2017.

⁸¹³ “governo de balcão único”, “governo unido” e “governo integral” (Tradução nossa).

⁸¹⁴ UNITED NATIONS. Talking a whole-of-government approach. *In: United Nations E-Government survey*. New York: United Nations, cap. 3, 2012. Disponível em: <<https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2012-Survey/>> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 55.

⁸¹⁵ UNITED NATIONS. Talking a whole-of-government approach. *In: United Nations E-Government survey*. New York: United Nations, 2012. p. 55. “redes formais e informais é uma tendência global impulsionada por várias forças sociais, como: i) a crescente complexidade dos problemas, que exigem respostas colaborativas; ii) o aumento da demanda por parte dos cidadãos por serviços públicos mais personalizados e acessíveis, que devem ser planejados, implementados e avaliados com sua participação; e

A *responsiveness* também engloba “promover a simplificação administrativa, a modernização da gestão pública e a integração dos serviços públicos, especialmente aqueles prestados por meio eletrônico.”⁸¹⁶ Esses três vetores exigem uma postura de “liderança e alinhamento com uma visão estratégica comum que coloque as necessidades e expectativas do cidadão como referência da ação governamental.”⁸¹⁷

No âmbito das agências reguladoras a capacidade de resposta é essencial, devendo ocorrer de forma dinâmica, pois

regulatory policy has evolved very quickly. RIA has been included in regulatory reform programmes as decision processes have become more empirical, relying on efficiency and feasibility studies to supplement traditional assessments of legal characteristics.⁸¹⁸

A capacidade de resposta na regulação também é uma tomada de decisão, pois o regulador irá decidir sobre a identificação do problema regulatório, ou seja, se a demanda realmente é um problema passível de regulação. Nesse caso a análise de impacto orientará o processo decisório se baseando em evidências, na conformidade com os preceitos jurídico-administrativos e na gestão do risco, seu resultado dará previsibilidade quanto à decisão. Esses elementos dão conteúdo aos princípios constitucionais-administrativos, fornecendo subsídios para o juízo de proporcionalidade,⁸¹⁹ que atuará como um mecanismo de controle

iii) as oportunidades apresentadas pela internet para transformar a forma como o governo trabalha para o povo.” (Tradução nossa).

⁸¹⁶ Artigo 4º, inciso II do Decreto nº 9.203/2017.

⁸¹⁷ FARIAS, Pedro; GARCÍA, A. C.; ZANABRIA, G. Entendendo o que funcionou: tendências e lições na prestação de serviços. In: FARIAS, Pedro (Ed.). **Governos que servem: inovações que estão melhorando a entrega de serviços aos cidadãos**. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2016. p. 33.

⁸¹⁸ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 8 “A política regulatória evoluiu muito rapidamente [...] a análise de impacto regulatório foi incluída em regulamentações programas de reforma como processos de decisão tornaram-se mais empíricos, confiando na eficiência e estudos de viabilidade para complementar as avaliações tradicionais das características legais.” (Tradução nossa).

⁸¹⁹ O dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo. [...] impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas. Não consiste numa condição no sentido de que, sem ela, a aplicação do Direito seria impossível. Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados.” ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a re-definição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999. p. 170.

da discricionariedade do regulador, em uma análise de meio e fim.⁸²⁰ No caso das agências a proporcionalidade ocorre

mormente em seu elemento ‘adequação’, à medida que, ao retirar da esfera preponderantemente política a regulação de vastos setores da atividade econômica, busca assegurar a não imposição de regulações de cunho eminentemente político, às vezes mesmo de cunho político-eleitoral, e, desta forma, desnecessárias ou desvirtuadas para os fins públicos aos quais a regulação estatal visa a atender.⁸²¹

Após discorrer sobre o conteúdo do princípio da capacidade de resposta é necessário verificar sua presença no processo decisório quanto à identificação do problema regulatório. Ao analisar o inventário das agências⁸²² se observou que:

- 1) Sobre o questionamento se “existe algum tipo de gatilho para elaboração AIR,” responderam negativamente: ANAC, ANTAQ, ANCINE, ANEEL, ANS e ANA, ou seja, essas agências não têm estruturas de capacidade de resposta voltadas à análise de impacto regulatório, as demais responderam positivamente;
- 2) Sobre a inserção da análise de impacto regulatório no processo decisório, a ANS e a ANA não a inserem na identificação do problema, as demais inserem; e
- 3) A ANVISA e a ANA não consideram mais de uma alternativa para tratamento do problema identificado, apenas decidindo por regular ou não regular, as demais consideram.

Diante dessa análise foram constatadas falhas na observância da capacidade de resposta, classificadas como:

- 1) Falha de coordenação: é preciso fortalecer a capacidade das agências reguladoras quanto à capacidade de resposta, para que incorporem suas premissas à identificação do problema regulatório; e

⁸²⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a re-definição do dever de proporcionalidade**. p. 172. “uma medida será adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido, necessária, se dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos”.

⁸²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 145.

⁸²² BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**, 2017. [s.p]

- 2) Falha de coordenação: diz respeito ao reducionismo da decisão entre regular ou não, ignorando as premissas inovadoras que contemplam a capacidade de resposta.

As transformações jurídico-político-administrativas das últimas décadas deram causa ao “fenômeno de desestatização do poder de polícia [...] gerando impactos institucionais relevantes, assim no modo de compreender como no de formular e avaliar as estruturas regulatórias.”⁸²³ Ao lado da “autorregulação propriamente dita, multiplicam-se arranjos institucionais híbridos, complexos e variados de cooperação entre particulares, ou entre estes e o Estado, como o são a correção e a autorregulação regulada,”⁸²⁴ além da utilização dessas novas formas⁸²⁵ regulatórias dependem da capacidade de resposta resultando em decisões inovadoras e criativas.⁸²⁶

Discorrido sobre a fase de identificação do problema regulatório. É necessário observar início do processo decisório nas agências reguladoras, com a identificação dos grupos de interesse atuando em redes de interatividade.

3.2.4 *Compliance* na defesa do interesse público: do controle dos *policy makers* ao controle das redes de interesse particular na análise de impacto regulatório

Desde o início da função regulatória do Estado se observa o estudo da influência de grupos de interesse sobre a regulação. Nos primeiros registros as teorias buscaram explicar de que forma a regulação estatal servia ao interesse particular, apontando soluções por meio

⁸²³ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 298.

⁸²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 298.

⁸²⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 301-302. “autorregulação propriamente dita, consistente na cooperação espontânea e voluntária entre os particulares, no sentido de erigir códigos de conduta sob a forma de *soft law* ou outros mecanismos aptos a conformar o seu comportamento a objetivos de interesse social [...] correção é um modelo regulatório fundado na divisão de tarefas e responsabilidades entre o Estado, agentes regulados e partes interessadas, cuja concretização se dá, formalmente, por meio de delegação de tarefas pelo Poder Público, mediante fixação de parâmetros sob controle estatal [...] a expressão autorregulação regulada designa o conjunto de arranjos em que a ordenação é exercida predominantemente por entidades privadas, com variações entre si quanto à forma, momento e intensidade em que se perfaz o controle ou a supervisão estatal”.

⁸²⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Alternatives to traditional regulation. Regulatory Policy** Division. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42245468.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2019.

do controle social visando a contenção da ação dos *policy makers*, quando eivadas de interesses político-partidários. Para a teoria da captura dos agentes políticos⁸²⁷ de Stigler, o engajamento social é um mecanismo de controle da regulação obstruindo o *lobby* regulatório, impossibilitando *rent seeking*. O modelo de Peltzman baseado na maximização do suporte político⁸²⁸ tinha o intuito de incorporar diversos grupos de interesse como responsáveis por capturar a ação regulatória. Becker teoriza um padrão que, contrastando com o de Peltzman, focava a competição entre grupos de interesse.⁸²⁹ Já Posner se vale do controle social, tal como Stigler, todavia estimula a formação de grupos de interesse na esfera social, com a mesma intensidade que são organizados na esfera do mercado, possibilitando uma adesão expressiva da sociedade civil nas deliberações.⁸³⁰

Na contemporaneidade a decisão regulatória não está mais adstrita ao julgamento desmotivado dos *policy makers*, é o resultado do impacto sobre dos grupos de interesse formado por atores atingidos pela regulação, os *stakeholders*, que atuam em redes de interatividade. Essa nova forma decisória obriga o Estado a criar mecanismos para proteção do interesse público influenciado por vários fatores, como por exemplo, a pluralidade da sociedade, as assimetrias de poder, a mutabilidade das decisões baseadas em opiniões, a difícil formação de um consenso, as crenças, entre outras muitas.

A sociedade moderna é caracterizada pela pluralidade, ou seja, “marquée par la présence de divers groupes sociaux porteurs d’intérêts, d’idéologies et de projets différents.”⁸³¹ Assim “a regulação de conflitos de interesses socialmente relevantes concretiza-se de maneira particularmente nítida em sociedades pluralistas, pela ação conjunta de todo um complexo de subsistemas.”⁸³² Além disso, há a questão comportamental e o desafio da mutabilidade das decisões deliberativas baseadas simplesmente em opiniões

It is a simple social fact that sometimes people enter discussions with one view and leave with another, even on political and moral questions. Emphasizing this fact,

⁸²⁷ STIGLER, G. J. **The Theory of Economic Regulation**, 1971.

⁸²⁸ PELTZMAN, S. **Toward a More General Theory of Regulation**, 1976.

⁸²⁹ BECKER, G. S. **A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence**. The Quarterly Journal of Economics, v. 98, n. 3, p. 371-400, 1983.

⁸³⁰ POSNER, R. A. **Theories of economics regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 5, n. 2, p. 335-358, 1974.

⁸³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Le Droit em Douceur – Il Diritto Mite**. Tradução. Michel Leroy. Ed. Econômica, Paris, 2000. p. 11. “marcadas pela presença de uma variedade de grupos sociais portadores de interesses, ideologias e projetos diferenciados.” (Tradução nossa).

⁸³² ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Karin Praefke; Aires Coutinho Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3a ed., 1997, p. 27.

many recent observers have embraced the aspiration to deliberative democracy, an ideal that is designed to combine popular responsiveness with a high degree of reflection and exchange among people with competing views. But what are the real-world consequences of deliberation? In a constitutional democracy, how can deliberation be made to work well? When and why does it work poorly?⁸³³

Existem também fatores que podem desvirtuar o objetivo, são as redes de interesse que não o público, mas sim o privado, subterrâneo em meios democráticos, “one of the characteristics of the networks is that power is more diffused and is found in the relations between the actors.”⁸³⁴ Disso fica claro que “When the public good is not of a common pool nature, self-regulation in networks may not be the ideal solution.”⁸³⁵

Existe ainda a influência do consenso sobre a cooperação, em algumas situações “the agents can thus achieve cooperation. While in other situations, a consensus may not arise.”⁸³⁶ Com efeito “regulations are the rules that govern the everyday life of businesses and citizens. They are essential for economic growth, social welfare and environmental protection. But they can also be costly in both economic and social terms.”⁸³⁷ Os custos da regulação são uma alta carga para o Estado, nessa seara a questão ideológica desvia o interesse da esfera pública para a privada, especialmente pela crença de que somente os direitos prestacionais, chamados positivos, são onerosos.

Sunstein e Holmes, autores da obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, defendem que todos os direitos são positivos, mesmo os tipicamente individuais considerados negativos, pois em diferentes graus e intensidade exigirão uma prestação estatal. Por consequência, qualquer atuação do Estado demanda custos. Assim, apontam que

⁸³³ SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: What constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 14 “É um fato social que, às vezes, pessoas entram em discussões com uma visão e saem com outra, mesmo em questões políticas e morais. Enfatizando este fato, muitos observadores recentes abraçaram a aspiração à democracia deliberativa, um ideal que é projetado para combinar capacidade de resposta popular com um alto grau de reflexão e troca entre pessoas com visões concorrentes. Mas quais são as consequências reais da deliberação? Em uma democracia constitucional, como a deliberação pode ser feita para funcionar bem? Quando e porque funciona mal?” (Tradução nossa).

⁸³⁴ KJAER, Anne Mette. **Governance**, 2011. p. 50. “uma das características das redes é que o poder é mais difuso e encontra-se nas relações entre os atores.” (Tradução nossa).

⁸³⁵ KJAER, Anne Mette. **Governance**, 2011. p. 44. “quando o bem público não é de natureza comum, a auto-regulação em redes pode não ser a solução ideal.” (Tradução nossa).

⁸³⁶ KJAER, Anne Mette. **Governance**, 2011. p. 44. “os agentes podem, assim, conseguir cooperação. Enquanto que em outras situações, um consenso pode não surgir.” (Tradução nossa).

⁸³⁷ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing**. Paris. 2015. p. 23. “Regulamentos são as regras que regem a vida cotidiana das empresas e cidadãos. Eles são essenciais para crescimento econômico, bem-estar social e proteção ambiental. Mas eles também podem ser caros em ambos termos econômicos e sociais” (Tradução nossa).

ao não efetivar qualquer direito ocorre uma violação da liberdade. A proteção da liberdade somente pode ser efetivada pela atividade fiscal do Estado, que nada mais é que uma forma comunitária de cooperação institucionalizada. Nesse sentido Sunstein e Holmes invertem a lógica individual para propor uma teorização do Estado na implementação de políticas públicas

rather than reflecting a blind worship of market outcomes, that is to say, the study of the cost of rights is meant to encourage thoughtful public policy. It is also a kind of communitarian or collectivist theme, though with deep roots in the liberal political tradition.⁸³⁸

Ao afirmar isso os autores ligam a inefetividade da atuação estatal à ausência de recursos. Então na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.⁸³⁹

A crença na ausência de custos para os direitos chamados negativos pela doutrina clássica permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima dos direitos individuais em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, demonstrando a opção ideológica encoberta pela ignorância.⁸⁴⁰

Dessa forma, não se deve falar em diminuição de direitos ou de suas garantias, mas sim em redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas de dada sociedade. A aferição dos custos permite trazer maior qualidade às escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos.⁸⁴¹ Dessa forma

⁸³⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.224. “Ao invés de refletir uma adoração cega dos resultados do mercado, quer dizer, o estudo do custo dos direitos pretende incentivar o pensamento de políticas públicas. É também um tipo de tema comunitário ou coletivista, embora com raízes profundas na tradição política liberal” (Tradução nossa).

⁸³⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.20.

⁸⁴⁰ GALDINI, Flávio. O custo dos direitos. *In: Legitimação dos Direitos Humanos*. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar 2002. p. 139-222. p. 189.

⁸⁴¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**, 1999. p.28.

a consciência de que os direitos custam implica *ipso facto* a conscientização de que as pessoas somente possuem direitos na medida em que um Estado responsabilmente recolha recursos junto aos cidadãos responsáveis para custeá-los, mostrando ser incorreta a tese atomista de que os direitos inculcam a irresponsabilidade para com os deveres sociais⁸⁴²

Todavia, "of course it does not follow that rights must be tossed along with everything else into a gigantic cost-benefit machine created and operated by economists,"⁸⁴³ em vez disso, o Estado deve buscar escolhas e alternativas inteligentes para lidar com essas variáveis na deliberação dos grupos de interesse nos processos decisórios quanto à regulação.

Uma ferramenta essencial nesse contexto é análise do impacto regulatório, pois nela serão identificados os grupos que sofrerão o impacto da medida para posterior diálogo. Isso possibilita uma visão contextualizada dos *stakeholders*, as "information and views from stakeholders about its policies"⁸⁴⁴ devem ser sintetizadas no relatório de análise, com o intuito de compor o banco de evidências para futuros processos decisórios em temas afins. O relatório deverá conter minimamente:

quais atores estão sendo afetados pelo problema regulatório • Como o problema afeta direta ou indiretamente cada um dos atores • Qual a relevância dos efeitos observados para cada ator • Os atores afetados contribuem para a permanência ou agravamento do problema • Há alguma mudança de comportamento ou medida que esses próprios atores poderiam tomar para evitar ou minimizar seus efeitos • Como os efeitos do problema vêm evoluindo para cada ator • Quais as perspectivas para esses efeitos caso nada seja feito⁸⁴⁵

Entre as questões que precisam ser levadas em conta estão os objetivos da consulta pública isso é importante para selecionar o método apropriado de executar a consulta pública. As partes interessadas precisam ser cuidadosamente identificadas, assim como os departamentos e as agências que precisam estar envolvidos no processo.⁸⁴⁶ A "stakeholder

⁸⁴² GALDINI, Flávio. **O custo dos direitos**. 2002. p. 139-222. p. 200.

⁸⁴³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.102. "Naturalmente não se deve seguir que direitos devem ser atirados com todo o resto em uma gigantesca máquina de custo-benefício, criado e operado por economistas" (Tradução nossa).

⁸⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION **Better Regulation Guidelines – Guidelines on Stakeholder Consultation**. 2015. p. 68. "informações e visões das partes interessadas sobre suas políticas." (Tradução nossa).

⁸⁴⁵ BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018. p. 37.

⁸⁴⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 341.

consultation can also improve the evidence base underpinning a given policy initiative. Early consultation can avoid problems later and promote greater acceptance of the policy initiative.”⁸⁴⁷ Isso significa que a deliberação favorece o compromisso de cumprimento regulatório por parte dos afetados pela medida. No processo decisório poderá haver a deliberação de uma gama imensa de interesses, nessa relação a integridade (*compliance*) é providencial para proteção do interesse público

A integridade está ligada às questões de prevenção da corrupção e na implantação de condutas morais, “refere-se ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público.”⁸⁴⁸ O Programa de Integralidade, implantado no Brasil em 2018, representa um esforço conjunto de combate à corrupção e de fortalecimento das boas práticas de gestão, fundamentado em vários diplomas legislativos,⁸⁴⁹ que já compunham o ordenamento jurídico, – em destaque a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/13 e a Lei das Estatais, Lei nº 13.303/16 – reúne vetores como: comprometimento, gestão de riscos, monitoramento e reportes, comunicação e treinamento e canais de comunicação. Todos visando “apoiar a definição e coordenar de maneira efetiva as ações prioritárias do governo, atendendo às principais demandas da sociedade e contribuindo para o crescimento sustentável e inclusivo do país.”⁸⁵⁰ O Tribunal de Contas da União vem somando esforços na implementação da governança, em 2017 desenvolveu a Política de gestão de Riscos⁸⁵¹ e vem aplicando em conformidade com o Decreto nº 9.203/2017.

⁸⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION **Better Regulation Guidelines – Guidelines on Stakeholder Consultation**. 2015. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap7_en.htm> Acesso em: 20 jan. 2019. p. 68. “A consulta às partes interessadas também pode melhorar a base de evidências que sustenta uma dada iniciativa política. A consulta precoce pode evitar problemas mais tarde e promover maior aceitação da iniciativa política.” (Tradução nossa).

⁸⁴⁸ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do conselho da OCDE sobre integridade pública**. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 7. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.

⁸⁴⁹ Estatuto dos Servidores Públicos (Lei nº 8.112/90); Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813/13); Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92); Lei de Acesso à Informação (Lei 12.517/11) e Decreto 7.724/12; e Decreto de vedação ao nepotismo (Decreto nº 7.203/10)

⁸⁵⁰ BRASIL. **Programa de Integridade**. Brasília: Casa Civil Presidência da República Casa Civil/Secretaria Executiva Assessoria de Compliance, 2018. p. 11.

⁸⁵¹ Art. 1º A política de gestão de riscos do Tribunal de Contas da União observa o disposto nesta Resolução. § 1º A política de gestão de riscos integra o Sistema de Gestão de Riscos do Tribunal de Contas da União (SGR/TCU), o qual consiste no conjunto de instrumentos de governança e de gestão que suportam a concepção, implementação, monitoramento e melhoria contínua da gestão de riscos através de toda a organização e compreende, entre outros: política, estruturas organizacionais, planos, relacionamentos, responsabilidades, atividades, processos e recursos. § 2º Integram-se e alinham-se à política de gestão de

Esse princípio privilegia o diálogo entre os tomadores de decisão e os responsáveis pelas unidades e funções que compõem a gestão da integridade. Considerando a dimensão individual do comportamento humano em abordagens baseadas na avaliação do risco (*risk-based approach*).⁸⁵² A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico sugeriu implementar “controles internos baseados no risco para reduzir os riscos operacionais e prestar garantias razoáveis de integridade nos órgãos públicos.”⁸⁵³ Além disso, incorporar “elevados padrões de conduta para orientar o comportamento dos agentes públicos federais, com base nas funções e atribuições de seus respectivos órgãos.”⁸⁵⁴ Por fim, uma das medidas foi fortalecer a “integridade nas licitações públicas como instrumento estratégico para a prestação de serviços públicos pelos governos, reconhecendo sua suscetibilidade à improbidade e aos desvios.”⁸⁵⁵

Um dos pilares busca equilibrar a produção de soluções tempestivas e inovadoras com o controle interno, porém esse último não deve ser excessivo ao ponto de representar uma inibição para o primeiro. Nesse sentido o *compliance* se vincula à seguinte diretriz: “implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores.”⁸⁵⁶ O controle em excesso e baseado em sanções se encaminha “to over-regulation, the establishment of paralysing controls, and distrust in the public administration.”⁸⁵⁷

Na regulação a *compliance* é estreitamente ligada a um bom desenho regulamentar, bem como a instrumentos eficazes de aplicação. Nesse sentido a análise de impacto

riscos as normas internas que regulamentam aspectos específicos dessas atividades no âmbito do TCU. BRASIL. Resolução - TCU Nº 287 de 12 de abril de 2017. In: **Referencial básico de gestão de riscos**. Brasília: TCU, Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex), 2018.

⁸⁵² OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Behavioural insights for public integrity: harnessing the human factor to counter corruption**. Paris: OECD Publishing; OECD Public Governance Reviews, 2018. p. 3.

⁸⁵³ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira**, 2011. p. 12.

⁸⁵⁴ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira**, 2011. p. 12.

⁸⁵⁵ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira**, 2011. p. 12.

⁸⁵⁶ Artigo 4º, inciso VI do Decreto nº 9.203/2017.

⁸⁵⁷ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Behavioural insights for public integrity: harnessing the human factor to counter corruption**. 2018. p. 3. “ao excesso de regulamentação, ao estabelecimento de controles paralisantes e à desconfiança na administração pública.” (Tradução nossa).

regulatório é capaz de unificar perspectivas de conformidade, “checklists and RIA guidelines must stress the importance of considering compliance when making regulations, and point out that certain regulations should not be adopted if the prospects for compliance are poor.”⁸⁵⁸

O inventário regulatório⁸⁵⁹ das agências questionou sobre o que segue:

- 1) Se possui normativo sobre AIR: a ANVISA, a ANP e a ANA responderam negativamente, as demais agências responderam positivamente;
- 2) Se possui manual sobre AIR: apenas a ANTT respondeu positivamente, o restante das agências não possui manual;
- 3) Se existe rol de excepcionalidades para a AIR: a ANAC, a ANTAQ, a ANS e a ANA responderam negativamente, as demais agências responderam positivamente.
- 4) Se na AIR inclui análise de risco: todas as agências responderam negativamente.

Diante dessa análise foram constatadas as seguintes falhas de coordenação quanto à integridade, classificadas como:

- 1) Falha de coordenação: três agências não têm normativo que determine a utilização da análise de impacto regulatório, aumentando o campo discricionário quanto ao impacto;
- 2) Falha de coordenação: a ausência de diretrizes para elaboração da análise de impacto regulatório possibilita que não se observe um padrão pré-definido nem mesmo dentro do setor regulado; e
- 3) Falha de coordenação: a análise de risco é uma das variáveis mais importantes no plexo decisório público, sua ausência demonstra um desvio muito acentuado da especificidade pública das agências.

Após essas considerações é determinante a continuidade do exame quanto à presença dos princípios da governança nos processos decisórios das agências reguladoras, no entanto, o foco se volta para a realização democrática e o para o desempenho, enquanto legitimadores do Estado de Direito.

⁸⁵⁸ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 14. “listas de verificação e diretrizes de análise de impacto regulatório devem enfatizar a importância de considerar a conformidade ao fazer regulamentos, e ressaltar que certos regulamentos não devem ser adotados se as perspectivas de cumprimento forem fracas.” (Tradução nossa).

⁸⁵⁹ BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**, 2017. [s.p]

3.3 GOVERNANÇA, ESTADO DE DIREITO, LEGITIMIDADE E A TERCEIRA DIMENSÃO DO INTERESSE PÚBLICO: REALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA E CONFIABILIDADE NA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

3.3.1 Os dois sentidos da governança em redes interativas e a legitimidade em dois níveis

O conceito de governança em redes interativas se divide em dois sentidos. O “first, strict sense, is network management. The focus here is on analyzing networks, their degree of closure, the type of actors within them, and how they can be managed,”⁸⁶⁰ Então “governance of self-organization networks may involve facilitating dialogue and consensus within the network, combined with an understanding of the characteristics of the network, in order to achieve a better joint decision.”⁸⁶¹

No segundo sentido, “governance refers to a broader process of managing the rules by which public policy is formulated and implemented. This is [...] it covers the whole range of institutional arrangements that can characterize the formulation of public policies”⁸⁶² Governança, nessa concepção, “is an analytical concept for addressing responses to the emergence of networks, but it is not a description of a particular response. It is about coordinating the plurality and complexity of hierarchies, markets and networks.”⁸⁶³

Em decorrência dos dois sentidos da governança, a legitimidade também é originada por duas vias. A primeira pela realização democrática e a segunda, proveniente de uma nova forma autopoietica de produção de demandas em rede, ou seja, o amplo diálogo e altos níveis de confiança entre *stakeholders* alimentam a agenda pública *input-oriented*, onde a legitimidade será medida pela eficiência *output-oriented* da atuação.

⁸⁶⁰ KJAER, Anne Mette. **Governance**, 2011. p. 57. “primeiro sentido, estrito, é a gestão de rede. O foco aqui é sobre a análise das redes, o seu grau de fechamento, o tipo de atores dentro deles, e como eles podem ser gerenciados.” (Tradução nossa).

⁸⁶¹ KJAER, Anne Mette. **Governance**, 2011. p. 57. “governança das redes de auto-organização pode envolver a facilitação do diálogo e o consenso no âmbito da rede, combinada com a compreensão das características da rede, de modo a alcançar uma melhor decisão conjunta.” (Tradução nossa).

⁸⁶² KJAER, Anne Mette. **Governance**, 2011. p. 57. “governança refere-se a um processo mais amplo de gerenciar as regras pelas quais a política pública é formulada e implementada. Isto é [...] abrange toda a gama de arranjos institucionais que possam caracterizar a formulação de políticas públicas.” (Tradução nossa).

⁸⁶³ KJAER, Anne Mette. **Governance**, 2011. p. 57-58. “é um conceito analítico para tratar respostas ao surgimento de redes, mas não é uma descrição de uma resposta particular. Trata-se de coordenar a pluralidade e a complexidade das hierarquias, mercados e redes.” (Tradução nossa).

O processo de redemocratização brasileiro culminou na Constituição de 1988 fazendo com que uma cultura “de garantia dos limites do Poder e do respeito à liberdade individual [se] transformasse num programa normativo de realizações.”⁸⁶⁴ O gerencialismo (1990) conferiu à sociedade civil uma autoridade partilhada em relação do Estado. Conforme a nova configuração, para se “estabelecer a base de um acordo público, teremos que descobrir uma nova maneira de organizar ideias e princípios familiares numa concepção de justiça política, de tal forma que as proposições em conflito, sejam vistas sob outra luz”⁸⁶⁵ As lutas sociais devem guardar um equilíbrio entre subjetividade e cidadania, conjugando o pessoal com o coletivo para a transformação da sociedade civil em sociedade política.⁸⁶⁶

Os movimentos sociais buscam uma compatibilização entre o pessoal e o coletivo, um embrião da sociedade política. As lutas de grupos sociais não devem buscar a igualdade como ideia de homogeneidade, mas sim o respeito recíproco às diferenças. Segundo Boaventura, o que se desenvolveu até agora são subsínteses desses aspectos que “resultaram em excessos de regulação, os quais, aliás, se insinuaram por vezes sob a forma de emancipações, posteriormente denunciadas como falsas”⁸⁶⁷ Então o desafio a ser enfrentado é

[...] incluir uma nova *teoria da democracia* que permita reconstruir o conceito de cidadania, uma nova *teoria da subjectividade* [sic!] que permita reconstruir o conceito de sujeito e uma nova *teoria da emancipação* que não seja mais que o efeito teórico das duas primeiras teorias na transformação da prática social levada a cabo pelo *campo social da emancipação*⁸⁶⁸

Boaventura e Avritzer destacam que a participação da sociedade na democracia representativa consiste na “[...] limitação do papel e das atividades dos cidadãos ao âmbito institucional das eleições, partidos e grupos de pressão,”⁸⁶⁹ enquanto a participativa é caracterizada pelos “[...] procedimentos da tomada de decisão dos governos eleitos da política

⁸⁶⁴ MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Económico**, 1988, p. 27.

⁸⁶⁵ RAWLS, John. **Justiça como Equidade: uma concepção política, não metafísica**. Tradução. Régis de Castro Andrade, Lua Nova, nº 25. 1992. p. 32.

⁸⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade** – 7ª ed. - São Paulo: Cortez, 2000.2000. p.268-269.

⁸⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, 2000. p. 269.

⁸⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, 2000. p. 270.

⁸⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 55.

de alta intensidade da mobilização de massa e da ação direta que os movimentos populares, que por vezes surgem à superfície, produzem na democracia representativa.”⁸⁷⁰ A lógica contemporânea de interação entre Estado e sociedade torna evidente que

[...] nas condições da nova constelação política a democracia representativa perdeu as parcas virtualidades distributivas que alguma vez teve. Nas novas condições da democracia redistributiva tem de ser democracia participativa e a participação democrática tem de incidir tanto na actuação [sic!] estatal de coordenação como na actuação [sic!] dos agentes privados, empresas, organizações não governamentais, movimentos sociais cujos interesses de desempenho o Estado coordena.⁸⁷¹

Para Boaventura a complementação da democracia representativa com a participativa “[...] pode conduzir à elastização e aumento do máximo de consciência possível [...]” e para isso destaca que será necessário que “o campo político seja ampliado”. O autor enfatiza que “politizar significa identificar relações de poder e imaginar formas práticas de as transformar em relações de autoridade partilhada”⁸⁷² A transformação da sociedade civil em política proporciona uma participação social efetiva, voltada para o exercício da cidadania em uma lógica de autoridade partilhada para a efetivação dos direitos fundamentais. Ações como essa criam uma ideia de pertencimento do indivíduo no meio político em que vive, respeitando sua subjetividade, visando a coletividade e proporcionando a emancipação dos sujeitos. Dessa forma a realização democrática é a terceira dimensão do interesse público, se essa premissa não for observada de modo eficiente, a finalidade pública também deixou de prosperar.

O pensamento democrático consiste em “deixar abertos os canais de comunicação entre as diversas concepções políticas, jurídicas, religiosas morais, éticas e econômicas.”⁸⁷³ O Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014 Institui a Política Nacional de Participação Social com o objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil. Esse instrumento também define as formas de participação.⁸⁷⁴ Todavia, em alguns momentos o

⁸⁷⁰SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático**, 2002. p. 55.

⁸⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998. p. 44.

⁸⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 2000. p. 270-271.

⁸⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2002. p. 61.

⁸⁷⁴ II - conselho de políticas públicas - instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo

Estado “tem se valido de estratégias institucionais para insular as deliberações sobre políticas regulatórias da esfera política cotidiana, como forma de viabilizar a prevalência de argumentos predominantemente técnicos sobre as meras preferências dos agentes políticos.”⁸⁷⁵ As agências reguladoras são “exemplos de autoridades administrativas parcialmente desvinculadas da lógica político-partidária e eleitoral, cuja missão seria criar incentivos para a deliberação regulatória pautada por critérios técnicos e econômicos.”⁸⁷⁶ Nada obstante, “as múltiplas interações dessas autoridades com governos e parlamentos não permite falar em uma tecnocracia em sentido pleno, mas apenas na existência de instâncias de deliberação tendencialmente mais técnicas no interior do processo político-democrático.”⁸⁷⁷

Conforme o inventário regulatório das agências,⁸⁷⁸ quando questionadas “se o AIR é disponibilizada para contribuições antes de sua finalização” somente a ANTT, a ANATEL e a ANEEL responderam positivamente, as demais agências responderam negativamente. Isso demonstra uma falha de coordenação que compromete toda a lógica da participação quanto à deliberação do problema regulatório, pois a disponibilização para sociedade de um relatório já finalizado não possibilita a discussão na esfera social, uma vez que a decisão já está

decisório e na gestão de políticas públicas; III - comissão de políticas públicas - instância colegiada temática, instituída por ato normativo, criada para o diálogo entre a sociedade civil e o governo em torno de objetivo específico, com prazo de funcionamento vinculado ao cumprimento de suas finalidades; IV - conferência nacional - instância periódica de debate, de formulação e de avaliação sobre temas específicos e de interesse público, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil, podendo contemplar etapas estaduais, distrital, municipais ou regionais, para propor diretrizes e ações acerca do tema tratado; V - ouvidoria pública federal - instância de controle e participação social responsável pelo tratamento das reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos às políticas e aos serviços públicos, prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas ao aprimoramento da gestão pública; VI - mesa de diálogo - mecanismo de debate e de negociação com a participação dos setores da sociedade civil e do governo diretamente envolvidos no intuito de prevenir, mediar e solucionar conflitos sociais; VII - fórum interconselhos - mecanismo para o diálogo entre representantes dos conselhos e comissões de políticas públicas, no intuito de acompanhar as políticas públicas e os programas governamentais, formulando recomendações para aprimorar sua intersetorialidade e transversalidade; VIII - audiência pública - mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais; IX - consulta pública - mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação; e X - ambiente virtual de participação social - mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil.

⁸⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 240.

⁸⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 241.

⁸⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 241.

⁸⁷⁸ BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**, 2017. [s.p].

tomada. Essa prática é contrária ao Estado democrático, o *status* “científico do conhecimento econômico não lhe confere primazia, nem muito menos exclui a discussão da validade de suas premissas, da eficácia de suas propostas e da satisfatoriedade de seus resultados no âmbito do processo político-democrático.”⁸⁷⁹ Além, disso, a participação social na análise de impacto regulatório

has several significant benefits. The public, and especially those affected by regulations, can often provide much of the data that are needed to complete the RIA. Consultation can furnish important information on the feasibility of proposals, on the range of alternatives considered, and on the degree to which affected parties are likely to accept the proposed regulation.⁸⁸⁰

A precariedade da realização democrática no processo decisório das agências reguladoras é um fator que impacta na legitimação do agir estatal, ensejando que a sociedade crie a cultura participativa, ainda em construção, diante da imaturidade do regime democrático brasileiro. O que distingue a luta emancipatória das demais é o “sentido político da processualidade das lutas. Esse sentido é para o campo social da emancipação, a ampliação e o aprofundamento das lutas democráticas em todos os espaços estruturais da prática social conforme na nova teoria democrática [...]”⁸⁸¹ Ao mesmo tempo, essas práticas conferem legitimação à atuação estatal, pois “uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmo como autores do direito.”⁸⁸²

⁸⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**, 2016. p. 241.

⁸⁸⁰ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 20. “regulatório tem vários benefícios significativos. O público, e especialmente aqueles afetados pelas regulamentações, muitas vezes podem fornecer muitos dos dados necessários para concluir a análise de impacto regulatório. A consulta pode fornecer informações importantes sobre a viabilidade de propostas, sobre o leque de alternativas considerado, e no grau em que as partes afetadas são susceptíveis de aceitar o regulamento proposto.” (Tradução nossa).

⁸⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, 2000. p. 277.

⁸⁸² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 3. ed. São Paulo. Loyola. 2007. p. 250.

3.3.2 Transparência e da *accountability*: a instrumentalização dos mecanismos de controle não-hierárquicos na análise de impacto regulatório

A Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico vinculou a *accountability* à autonomia dos entes reguladores, recomendando que deveria haver mecanismos de prestação de contas sem que as houvesse prejuízo da prerrogativa de autonomia. Uma maior “autonomia precisa ser equilibrada com uma estrutura clara para a prestação de contas. A independência eficaz de intervenções políticas de curto prazo, bem como de interesses regulados, exige que as autoridades regulatórias estabeleçam um diálogo amplo com todas as partes interessadas.”⁸⁸³

No Brasil, o conceito de “responsabilidade ministerial muitas vezes prevaleceu nos debates públicos em um país onde a participação social nem sempre foi muito forte.”⁸⁸⁴ Por esse motivo a Organização recomenda que “as autoridades regulatórias precisam estabelecer um diálogo aberto, tanto com o Executivo, mas também com os setores legislativos.”⁸⁸⁵ Essa recomendação estabelece uma coerência de rede governamental, impactando diretamente na finalidade de efetivação das políticas públicas de forma integral. Ao mesmo tempo, “as autoridades regulatórias precisam fortalecer sua prestação de contas e sua legitimidade junto à população encorajando o diálogo com ONGs, associações do consumidor e cidadãos.”⁸⁸⁶ O país ainda tem uma experiência de imaturidade democrática e participação social, isso “mostra que em alguns casos a expressão da sociedade civil precisa ser reforçada, como no caso das organizações de defesa do consumidor onde esforços positivos têm sido feitos.”⁸⁸⁷

Analisando a transparência no Brasil a Organização estabelece uma causalidade entre a melhor transparência e a ampliação da participação social nos processos regulatórios. Muitos dos

países da OCDE fizeram melhoras consideráveis em termos de maior transparência, não apenas na consulta às partes interessadas e fazendo regulações

⁸⁸³ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 347.

⁸⁸⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 347.

⁸⁸⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 347.

⁸⁸⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 342.

⁸⁸⁷ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 342.

mais acessíveis ao público, mas também ao esboçar leis e regulações em uma linguagem acessível e reduzindo incertezas legais ao comunicar as propostas regulatórias e as decisões a tempo.⁸⁸⁸

Conforme a Política de Governança a prestação de contas e responsabilidade (*accountability*) representa a “vinculação necessária, notadamente na administração de recursos públicos, entre decisões, condutas e competências e seus respectivos responsáveis.”⁸⁸⁹ O *accountability* retroalimenta o sistema de governança a partir do controle social da atividade administrativa. Dar centralidade ao cidadão é, nesse caso, permitir que exerça a cidadania de forma proativa, fiscalizando e apontando eventuais desvios.⁸⁹⁰ Esse Princípio atua em um contexto no qual o

processo decisório é orientado por sistemas que privilegiam a gestão de riscos (princípios da integridade e da capacidade de resposta), é refletido em ações consistentes com a missão da instituição (princípio da confiabilidade) e é ancorado em evidências previamente reunidas (princípio da melhoria regulatória), a *accountability* se transforma em uma consequência natural da atuação pública.⁸⁹¹

Esse Princípio já estava presente na administração pública brasileira, especialmente após a implantação da reforma gerencial (1995). Da mesma forma sempre compôs o rol de pressupostos da boa governança, a “effective governance for sustainable development demands that public institutions in all countries and at all levels be inclusive, participatory and accountable to the people.”⁸⁹² O desenvolvimento do *accountability* implica em “definir formalmente as funções, as competências e as responsabilidades das estruturas e dos arranjos institucionais.”⁸⁹³

⁸⁸⁸ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 344.

⁸⁸⁹ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 51.

⁸⁹⁰ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 51.

⁸⁹¹ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 51.

⁸⁹² UNITED NATIONS. **The road to dignity by 2030: ending poverty, transforming all lives and protecting the planet. Synthesis report of the Secretary General on the post-2015 agenda**. New York: Unite Nations, 2014. p. 23. “governança efetiva para um desenvolvimento sustentável demanda que as instituições públicas, em todos os países e em todos os níveis, sejam inclusivas, participativas e prestem contas à população.” (Tradução nossa).

⁸⁹³ Artigo 4º, inciso X do Decreto nº 9.203/2017.

Nesse sentido as ouvidorias,⁸⁹⁴ o acesso à informação⁸⁹⁵ e o Portal da Transparência⁸⁹⁶ são importantes ferramentas de controle e participação social. As suas institucionalizações são frutos desse “processo de democratização do Estado brasileiro, que materializou no texto constitucional a participação social como um dos elementos-chave para a organização das políticas públicas.⁸⁹⁷ Não obstante, a transparência é um fator determinante para o *accountability*. Sobre isso a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico sugere que “promover a transparência e o controle social no que diz respeito ao acesso à informação e à transparência proativa e criar bases para o controle social”⁸⁹⁸ é essencial. Resultando em uma “maior responsabilidade compartilhada na prestação de serviços públicos e a adoção de medidas corretivas, [...] promove o aprimoramento da execução de políticas e da legitimidade fiscal dos governos.”⁸⁹⁹

A transparência “fornece aos cidadãos as informações necessárias para fiscalizar e avaliar o processo de tomada de decisões e as políticas públicas.”⁹⁰⁰ Nesse sentido, há o dever da gestão pública em “promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação.”⁹⁰¹ A criação da Política de Dados Abertos⁹⁰² pelo Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016 é uma importante providência que consagra a transparência na gestão pública.

⁸⁹⁴ Decreto nº 9.492, de 5 de setembro de 2018 - Entre outros institui o Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal.

⁸⁹⁵ Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

⁸⁹⁶ “No Portal da Transparência, é possível obter informações detalhadas sobre gastos, receitas, servidores, sanções administrativas, imóveis funcionais etc. Licitações e contratos estão disponíveis nas Páginas de Transparência Pública. Pelo Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC), é possível fazer solicitações de documentos e informações criadas ou tuteladas pelos órgãos públicos. No Portal Brasileiro de Dados Abertos, por sua vez, pode-se encontrar mais de 5 mil bases de dados em formato aberto, ou seja, de uso livre e gratuito.” BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 53.

⁸⁹⁷ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 52.

⁸⁹⁸ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira**, 2011. p. 12.

⁸⁹⁹ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira**, 2011. p. 20.

⁹⁰⁰ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira**, 2011. p. 20.

⁹⁰¹ Artigo 4º, inciso XI do Decreto nº 9.203/2017.

⁹⁰² Sobre isso ver: BRASIL. **Plano de Dados Abertos 2017-2018**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2017. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/aceso-a-informacao/dados-abertos>> Acesso em: 15 jan. 2019.

A transparência é a manifestação da sinergia proveniente da inter-relação dos demais princípios convergindo para o *Open government*, que representa a

citizen-centred culture of governance that utilizes innovative and sustainable tools, policies and practices to promote government transparency, responsiveness and accountability to foster stakeholders' participation in support of democracy and inclusive growth.⁹⁰³

Em análise ao inventário regulatório⁹⁰⁴ quanto à transparência e *accountability* se registra as seguintes respostas:

- 1) AIR é um documento público: a ANVISA e a ANA responderam negativamente, as demais agências responderam positivamente;
- 2) AIR é disponibilizada eletronicamente: a ANVISA e a ANA responderam negativamente;

Com isso se destacam as seguintes falhas de coordenação:

- 1) Falha de coordenação: a falta de transparência quanto à análise de impacto regulatório impossibilita que haja prestação de contas, comprometendo o controle social.

A transparência na regulação é um processo de ampla abrangência, pois ele “ranges from a simple notification to the public that regulatory decisions have been taken, to controls on administrative discretion and corruption.”⁹⁰⁵ A eficiência da transparência exige “a better organisation of the legal system through improving the accessibility and coherence of legislation, and the use of public consultation.”⁹⁰⁶ Entre os elementos mais importantes da transparência regulamentar que contribuem para melhorar a análise de impacto regulatório estão “consultation with interested parties, plain-language drafting, and electronic

⁹⁰³ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation of the Council on Open Government**, 2017. p. 1. “cultura de governança centrada no cidadão que utiliza ferramentas, políticas e práticas inovadoras e sustentáveis para promover transparência, capacidade de resposta e responsabilização do governo, de forma a incentivar a participação das partes interessadas no apoio à democracia e ao crescimento inclusivo.” (Tradução nossa).

⁹⁰⁴ BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**, 2017. [s.p].

⁹⁰⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 11. “vai de uma simples notificação ao público de que foram tomadas decisões regulamentares, aos controles da discricionariedade administrativa e corrupção.” (Tradução nossa).

⁹⁰⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 11. “uma melhor organização do sistema jurídico por meio da melhoria na acessibilidade e na coerência da legislação e na utilização da consulta pública.” (Tradução nossa).

dissemination of regulatory.”⁹⁰⁷ Esses aspectos compõem a transparência e estabelecem condições para a manifestação das redes.

A participação dos grupos de interesse por meio da consulta pública é essencial no processo de governança em redes de interatividade aplicada à regulação, pois os “policy makers are relying increasingly on consultation to collect empirical information for analytical purposes, a development that represents the widespread adoption of RIA in recent years and the more general move towards more analytically based models of decision-making.”⁹⁰⁸ A consulta é um apoio vital à tomada de decisões. É uma fonte econômica de dados sobre questões como a aceitação de uma política será, a informação que pode ser essencial para determinar se um regulamento é praticável e conceber estratégias de cumprimento e execução.⁹⁰⁹ A utilização das tecnologias de informação e comunicação é essencial para a transparência, além disso, esse recurso é uma peça fundamental para o processo de governança em redes de interatividade nos processos decisórios.

A simplificação por meio de uma linguagem acessível é essencial para a transparência, incide na participação dos grupos de interesse “to ensure that regulatory goals, strategies and requirements are clearly understood by the public, legislation should be written in plain language with an emphasis on clarity, coherence and accuracy.”⁹¹⁰ Além disso, a simplificação auxilia com regulamentos mais acessível. Desta forma também é essencial para ganhar a confiança do público na sua necessidade e adequação. Exigir que os textos legais sejam claramente definidos para que possam ser lidos e compreendidos pelos “não especialistas” também são fundamentais para promover a *compliance*.⁹¹¹

⁹⁰⁷ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 11. “consulta às partes interessadas, redação em linguagem simples e disseminação eletrônica da regulação.” (Tradução nossa).

⁹⁰⁸ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 11. “Os decisores políticos dependem cada vez mais de consultas para recolher informação empírica para fins analíticos, um desenvolvimento que representa a adoção generalizada da análise de impacto regulatório nos últimos anos e a um movimento mais geral em direção a modelos de decisão mais baseados na análise.” (Tradução nossa).

⁹⁰⁹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 11.

⁹¹⁰ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 11. “Para garantir que as metas, estratégias e requisitos regulatórios sejam claramente entendidos pelo público, a legislação deve ser escrita em linguagem simples, com ênfase na clareza, coerência e precisão.” (Tradução nossa).

⁹¹¹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 11.

A presença de *accountability* na regulação é “an adjunct to good decision-making, not a replacement for political accountability.”⁹¹² Nesse sentido, a análise de impacto regulatório “attempts to clarify the factors relevant to policy decision-making. It pushes regulators towards making balanced decisions that trade off possible solutions to specific problems against wider economic and distributional goals.”⁹¹³ Além, disso, o relatório de análise irá demonstrar de forma transparente as motivações da tomada de decisão, baseada em evidências em observância ao princípio da melhoria regulatória. Para isso ele pode “include this option in the analysis is to incorporate a section that thoroughly explains the nature and extent of the problem being considered and provides clear justification for any proposed intervention.”⁹¹⁴

A disponibilização digital e simplificada do relatório de análise de impacto regulatório, além de contemplar a transparência e a *accountability*, também “is a powerful way to improve the quality of the information available about new regulations, and so improve the quality of the regulations themselves,”⁹¹⁵

⁹¹² OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 8. “um complemento da boa tomada de decisões, não um substituto para a responsabilidade política.” (Tradução nossa).

⁹¹³ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 8. “tenta esclarecer os fatores relevantes para a tomada de decisões políticas. Ele empurra os reguladores para fazer decisões equilibradas que negociem soluções a problemas específicos contra problemas econômicos e metas de distribuição.” (Tradução nossa).

⁹¹⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 8. “incorporar uma seção que explique detalhadamente a natureza e extensão do problema sendo considerando e fornecendo uma justificativa clara para qualquer intervenção proposta.” (Tradução nossa).

⁹¹⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 19. “é uma forma poderosa de melhorar a qualidade da informação disponível sobre as novas então melhore a qualidade das próprias regulamentações.” (Tradução nossa).

3.3.3 *Reliability* como garantia de planejamento, monitoramento, desempenho e avaliação: a integralização dos processos na análise de impacto regulatório *ex ante* e *ex post*

O Princípio da confiabilidade (*reliability*) representa a capacidade das instituições de minimizar as incertezas para os cidadãos nos ambientes econômico, social e político,⁹¹⁶ está diretamente ligado ao planejamento. No âmbito do Poder executivo se destina a “monitorar o desempenho e avaliar a concepção, a implementação e os resultados das políticas e das ações prioritárias para assegurar que as diretrizes estratégicas sejam observadas.”⁹¹⁷ Considera fundamental “articular instituições e coordenar processos para melhorar a integração entre os diferentes níveis e esferas do setor público, com vistas a gerar, preservar e entregar valor público.”⁹¹⁸ A avaliação das políticas públicas é parte integrante de uma estrutura de decisão baseada em evidências, é executada como um processo sistemático, integrado e institucionalizado, tem como premissa básica verificar a eficiência dos recursos públicos e, quando necessário, identificar possibilidades de aperfeiçoamento da ação estatal, com vistas à melhoria dos processos, dos resultados e da gestão.⁹¹⁹

A Constituição Federal de 1988, ainda que de forma assistemática, estabeleceu um conjunto de regras relativo ao planejamento nacional. Entretanto, esse quadro normativo, tem pontos que ainda carecem de regulamentação. As regras contidas no Projeto de Lei nº 9.163, de 2017, relativas ao planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado⁹²⁰ representam o que seria um compromisso com a previsibilidade do planejamento estratégico-orçamentário, garantindo maior segurança e coerência às políticas governamentais e servindo como um dos principais fundamentos para a promoção da confiabilidade. O Projeto de Lei

pretende corrigir esses problemas, dotando o País de ferramentas integradas de planejamento e, com isso, movendo o Sistema de Planejamento e de Orçamento

⁹¹⁶ OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Trust and public policy: how better governance can help rebuild public trust.** Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/trust-and-public-policy_9789264268920-en#page1> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 24.

⁹¹⁷ Artigo 4º, inciso III do Decreto nº 9.203/2017.

⁹¹⁸ Artigo 4º, inciso IV do Decreto nº 9.203/2017.

⁹¹⁹ Sobre isso ver: BRASIL. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise *ex ante*.** Brasília: Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. –: Ipea, v. 1, 2018 e BRASIL. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise *ex post*.** Brasília: Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. –: Ipea, v. 2, 2018.

⁹²⁰ Projeto de Lei no 9.163, de 2017, artigos 7º a 14.

Federal para outro patamar. [...] Além disso, esses dispositivos cumprem o mandamento contido no §1º do art. 174 da Constituição Federal.⁹²¹

Nesse contexto a importância da análise de impacto regulatório quanto à capacidade do governo para aplicar e fazer cumprir regulamentos se vincula às estratégias de monitoramento e fiscalização, pois a “probability of enforcing compliance and detecting non-compliance may be low if regulatory agencies have inadequate resources or lack monitoring and enforcement strategies.”⁹²²

Ao avaliar o inventário regulatório,⁹²³ foram destacadas as seguintes constatações:

- 1) Sobre a elaboração da análise de impacto regulatório para monitoramento *ex-post*: apenas a ANEEL respondeu positivamente, as demais agências responderam negativamente;
- 2) Se profissionais que elaboram ou acompanham AIR tem conhecimento específico sobre o tema: a ANAC, a ANCINE, a ANEEL, a ANS e a ANA responderam negativamente, as demais agências responderam positivamente;
- 3) Se a capacitação para AIR faz parte da política de capacitação da agência: a ANATEL, a ANAC e a ANA responderam negativamente, as demais responderam positivamente.

Diante disso pode se verificar a presença das seguintes falhas de coordenação:

- 1) Falha de coordenação: a análise de impacto regulatório deve se aplicar ao monitoramento do estoque regulatório, pois é um novo processo decisório acerca da regulação, pois a complexidade e a dinâmica social podem alterar a situação inicial da distorção regulada;
- 2) Falha de coordenação: o fortalecimento das capacidades institucionais é uma condição importante para a qualidade regulatória.

A experiência internacional da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico é no sentido de que deve haver um fortalecimento da estrutura estratégica para o planejamento e tomadas de decisão nos setores regulados. Autoridades reguladoras precisam

⁹²¹ Projeto de Lei nº 9.163 de 2017. p. 8.

⁹²² OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 14. “probabilidade de aplicar a conformidade e detectar a não conformidade pode ser baixa se as agências têm recursos inadequados ou carecem de estratégias de monitoramento e fiscalização.” (Tradução nossa).

⁹²³ BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**, 2017. [s.p].

estar funcionando de acordo com uma estrutura regulatória e geral estratégica.⁹²⁴ Questões genéricas de significativa importância incluindo “planejamento a longo prazo e planejamento estratégico precisam ser resolvidas a fim de habilitar as autoridades regulatórias a cumprir suas tarefas de aplicação da lei. Estas questões estão pendentes no Brasil.”⁹²⁵

A importância da análise impacto regulatório diante do dever de planejamento, se dá pelo caráter de previsibilidade que essa ferramenta possui, ao prever o impacto ocasionado pela regulação é possível estabelecer uma agenda regulatória. O monitoramento da regulação consiste na revisão do estoque *ex-post*, esse procedimento corresponde a um novo processo decisório, exigindo que se avalie novamente o impacto. Quanto aos deveres de desempenho e avaliação, esses dizem respeito à qualidade regulatória, a análise de impacto regulatório é um instrumento que consolida várias informações que, se dispostas em diretrizes podem representar indicadores de qualidade. Dessa forma, se observa a necessidade de uma padronização da análise de impacto regulatório, pois nesse formato além de fornecer subsídios para o processo decisório, também se apresenta como uma alternativa capaz de medir a qualidade da atuação regulatória.

3.4 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PRINCÍPIOS DE GOVERNANÇA: A ESSENCIALIDADE E A OBRIGATORIEDADE ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS BRASILEIRAS

A autonomia reforçada das agências reguladoras é um elemento essencial para preservar a neutralidade das decisões setoriais, afastando-as do critério político-partidário. O conhecimento técnico, da mesma forma, fornece excelência no trato da especialidade setorial. Todavia a atuação agencial no processo decisório *ex-ante* e *ex-post* não é eficiente ao atender o interesse público, falta-lhe a especialidade pública em simbiose com o Estado Democrático de Direito, da qual não pode prescindir. Até este ponto se trabalhou com a hipótese de que a análise de impacto regulatório é um instrumento capaz de reunir os princípios e diretrizes da Política de Governança, valendo-se de sua textura aberta para atingir somente a especialidade pública das agências, corrigindo as falhas de coordenação, preservando a autonomia desses

⁹²⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 346.

⁹²⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 346.

entes, pois não interfere na especialidade técnico-setorial das agências. Conforme já demonstrado é possível utilizar a análise de impacto relatório como um meio de implementar a governança no processo decisório quanto à regulação. Cabe agora demonstrar a sua essencialidade e sua obrigatoriedade às agências reguladoras.

3.4.1 A essencialidade da análise de impacto regulatório no processo decisório *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras: a adoção dos princípios da Política de Governança

Na perspectiva de governança em redes interativas a boa governança não se fundamenta em *standards* pré-constituídos, mas em princípios norteadores, exigindo uma nova compreensão, o seja: i) pensar não apenas sobre a forma das instituições, mas também sobre suas funções; ii) pensar não apenas sobre construção de capacidades, mas também sobre assimetrias de poder; e iii) pensar não apenas sobre o Estado de Direito, mas também sobre o papel da lei.⁹²⁶ Todos empenhados em reforçar a governança em redes de comprometimento, coordenação e cooperação entre os *stakeholders*. No entanto, é necessário a facilitação de alguns fatores por parte do Estado, tais como: informação, consulta e engajamento.⁹²⁷ Então “governance as networks of self-organization is a distinct governance structure, such as markets and hierarchies. One of the main challenges for the government is to allow such networks and seek new forms of cooperation.”⁹²⁸

A boa governança pretende que a atuação estatal tenha “preceitos mais práticos para que sua atuação se mantenha centrada no cidadão e no cumprimento cada vez mais fiel de sua missão pública.”⁹²⁹ De forma geral os princípios e as diretrizes da Política de Governança brasileira não atuam em configuração isolada, pois em uma situação de vinculação e dependência são colocados em prática de forma sistêmica.

⁹²⁶ WORLD BANK. **World Development: governance and the law**. Washington: The World Bank, 2017. p. 73.

⁹²⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation of the Council on Open Government**, 2017. p. 2.

⁹²⁸ RHODES, Roderick A. W. **The New Governance: Governing without Government**. *Political Studies*, v. 44, p. 652-667, 1996. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9248.1996.tb01747.x>>. Acesso em: 22 fev. 2019. p. 666. “governança como redes de auto-organização é uma distinta estrutura governativa, como mercados e hierarquias. Um dos principais desafios para o governo é permitir essas redes e procurar novas formas de cooperação.” (Tradução nossa).

⁹²⁹ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 40.

Muitos dos escopos públicos são conceitos com temas abertos, isso possibilita que sua interpretação seja baseada em critérios subjetivos, de conteúdos ideológicos ou morais. A Política de Governança busca atender o interesse público, surge então a dificuldade em verificar a implementação desse fim abstrato fim por meio de indicadores quantitativos.⁹³⁰ Principalmente porque pressupõe a “implementação de um constante e gradual processo de melhoria institucional, no qual são tratados problemas como a assimetria de poder, dando ao cidadão maior capacidade de colaborar no processo decisório, e a legitimidade da atuação pública,”⁹³¹ reconstruindo a relação de confiança entre cidadãos e instituições públicas.

Ademais, uma importante barreira é a conceitual. A fixação de uma definição adequada é o primeiro passo para medir a governança,⁹³² mas em poucos campos a diversidade conceitual é tão grande. A atribuição mais ou menos discricionária de um significado para a governança se reflete nos quesitos que serão utilizados para medi-la. Em outras palavras, os indicadores existentes partem de conceitos próprios e analisam um conjunto personalizado de fatores e variáveis.⁹³³ Na “fact, it might be better to leave output as an independent variable to be explained by state quality, rather than being a measure of capacity in itself,”⁹³⁴ afirma Francis Fukuyama, embora partidário de concepção diversa de interesse público quanto à governança.⁹³⁵

Outro fator impactante é que a Política de Governança não tem a intenção de ser implantada de forma irrestrita e geral com tendência a absorver todas as características da administração que podem ser atribuídas a outros modelos teóricos. A “coexistência de paradigmas é própria da complexidade institucional. Seu papel é o de inaugurar uma forma mais consistente de coordenar a atuação pública, mantendo a flexibilidade necessária”⁹³⁶ para

⁹³⁰ “Há sempre o risco de que eles induzam formas organizacionais predefinidas, como se a mera conformidade a estes padrões organizacionais pudesse resolver os *déficits* de governança existentes” BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 32.

⁹³¹ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 30.

⁹³² FUKUYAMA, Francis. **What is governance?** Washington: Center for Global Development, 2013. (Working Paper, n. 314). Disponível em: <https://www.cgdev.org/sites/default/files/1426906_file_Fukuyama_What_Is_Governance.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019. p. 7.

⁹³³ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 32.

⁹³⁴ FUKUYAMA, Francis. **What is governance?** Washington: Center for Global Development, 2013. p. 9. “verdade, pode ser melhor deixar o *output* como uma variável independente a ser explicada pela qualidade do estado, ao invés de ser uma medida de capacidade em si.” (tradução).

⁹³⁵ “governance as a government’s ability to make and enforce rules, and to deliver services, regardless of whether that government is democratic or not” FUKUYAMA, Francis. **What is governance**, 2013. p. 350 “governança como a habilidade do governo em fazer e executar regras e prestar serviços, independentemente se o governo é democrático ou não.” (Tradução nossa).

⁹³⁶ BRASIL. **Guia da política de governança pública**, 2018. p. 30

correções de rumos e de prioridades. Nesse sentido, é importante manter o espaço para a realização de diagnósticos próprios e para a busca de soluções inovadoras, específicas e contextualizadas.

O Tribunal de Contas da União em suas funções de controle externo⁹³⁷ desenvolveu o Índice Integrado de Governança e Gestão,⁹³⁸ o alinhamento conceitual com a Política, em linhas gerais, facilita a interação para fazer uma comparação entre os órgãos, porém, para a aferição dos níveis de implementação da Política de Governança brasileira exigiria a formação de indicadores que incorporassem seus principais elementos, variáveis e conceitos.

O Banco Mundial investiga os indicadores de boa governança por meio do *Worldwide Governance Indicators*⁹³⁹ que avalia seis dimensões de governança: i) Voice and Accountability, ii) Political Stability and Absence of Violence, iii) Government Effectiveness, iv) Regulatory Quality, v) Rule of Law e vi) Control of Corruption.⁹⁴⁰ Reunindo a avaliação de desempenho *output* e impacto *outcome*⁹⁴¹ permitindo um estudo de evolução e performance de governança. Esses indicadores guardam correspondência com os princípios de governança presentes no Decreto nº 9.203/2007, permitindo que seu planejamento estratégico seja guiado pelas mesmas variáveis e representando uma forma de avaliação direcionada.

⁹³⁷ Constituição Federal Artigo 71 e Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹³⁸ Sobre esse assunto consultar: Governança no TCU. Disponível em: <portal.tcu.gov.br/governanca/entendendo-a-governanca/alinhamento-conceitual> Acesso em: 10 jan. 2019.

⁹³⁹ O *Worldwide Governance Indicators* definiu os indicadores a partir do segundo conceito: “Governance consists of the traditions and institutions by which authority in a country is exercised. This includes the process by which governments are selected, monitored and replaced; the capacity of the government to effectively formulate and implement sound policies; and the respect of citizens and the state for the institutions that govern economic and social interactions among them”. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>> Acesso em: 10 jan. 2019. “A governança consiste nas tradições e instituições pelas quais a autoridade em um país é exercida. Isso inclui o processo pelo qual os governos são selecionados, monitorados e substituídos; a capacidade do governo para formular e implementar efetivamente políticas sólidas; e o respeito dos cidadãos e do Estado pelas instituições que governam as interações econômicas e sociais entre eles.” (Tradução nossa).

⁹⁴⁰ Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>> Acesso em: 10 jan. 2019. “i) Voz e Responsabilidade; ii) Estabilidade Política e Falta de Violência; iii) Eficácia do Governo; iv) Qualidade Regulatória; v) Estado de Direito; e vi) Controle da Corrupção.” (Tradução nossa).

⁹⁴¹ Sobre impacto público ver: CENTRE FOR PUBLIC IMPACT. **Os princípios do impacto público: ajudando governos a passar da ideia para o impacto.** [s.l.]: Center for Public Impact, 2016. Disponível em: <<https://resources.centreforpublicimpact.org/production/2017/10/cpi-public-impact-fundamentals-portuguese.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

Reportando a mesma dificuldade para o o processo decisório das agências reguladoras, em análise ao inventário regulatório⁹⁴² podemos verificar que apenas a ANTT possui um verificador de qualidade do impacto regulatório, as demais agências reguladoras não possuem essa previsão. Essa é uma falha de coordenação muito grave que implica na própria legitimação da atuação estatal.

Como demonstrado, a análise de impacto regulatório dos processos decisórios no âmbito das agências brasileiras é capaz de desenvolver todos os princípios e diretrizes inerentes à governança em redes interativas de cooperação, compromisso e coordenação, mais que isso, cumpre ainda a função regulatória dos fins constitucionais em harmonia com o interesse público, legitimando a atuação regulatória *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras com a realização democrática e com a capacidade para atingir resultados eficientes.

A essencialidade da padronização da análise de impacto regulatório determinada pelos princípios da Política de Governança reside em quatro pontos estratégicos para o fortalecimento da autonomia das agências reguladoras:

- 1) A adoção de princípios com textura aberta é voltada apenas para a especialidade pública, sem afetar a particularidade técnica-setorial, pois não determina padrões rígidos pormenorizados para a análise. Ao fazer isso se preserva a particularidade metodológica de cada setor, e se combate o insultamento das finalidades públicas;
- 2) com a adoção de um padrão existe a possibilidade de correção das falhas de coordenação sem afetar a autonomia reforçada das agências reguladoras, o que proporcionará o fortalecimento dessas prerrogativas;
- 3) serão corrigidas as falhas de rede que remetem à balcanização e à imaturidade de algumas agências em relação às outras;
- 4) ao estabelecer a presença uniforme de princípios de governança na análise de impacto regulatório é possível considerá-los como indicadores de qualidade do processo decisório. Uma atuação de qualidade no processo decisório também representa uma forma de fortalecimento da autonomia das agências reguladoras.

Contudo, devido à essa essencialidade é imperativo que a sua implantação seja obrigatória como uma medida legislativa comum às agências reguladoras no âmbito do processo de decisão *ex-ante* e *ex-post*.

⁹⁴² BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**, 2017. [s.p].

3.4.2 Governança regulatória no processo decisório: obrigatoriedade da análise de impacto às agências reguladoras

Um dos *standards* de conteúdo da Política regulatória proposta pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico é a adesão do mais alto nível político, com isso o Estado reforça seu compromisso em melhorar a qualidade da regulação. Essa medida dá “authority to the institutions through which regulatory reform is possible and provides incentives to achieve regulatory objectives and goals. It also reinforces government commitment to better quality regulation.”⁹⁴³ Isso demonstra “high-level political support for regulatory reform – through [...] legislative requirements to undertake RIA – can help to overcome opposition and inertia.”⁹⁴⁴

A Organização concluiu que há uma necessidade de incorporar a análise de impacto regulatório no Brasil de forma consolidada e compulsória para todos os órgãos institucionais do Poder Executivo dotados de poderes regulatórios, o que inclui as agências reguladoras, pois esse instrumento só poderá fazer alguma diferença se for levado a cabo de forma abrangente.⁹⁴⁵ Ademais, o inventário regulatório⁹⁴⁶ demonstrou que há uma resistência interna à utilização dessa ferramenta na ANATEL, na ANAC, na ANTAQ, na ANP. Enquanto a ANTT, a ANCINE, a ANVISA, a ANEEL e a ANS são favoráveis, a ANA não respondeu a esse quesito. Isso demonstra uma tendência à não adesão caso a implantação ocorra apenas de forma orientativa.

Com efeito a Política de Governança acompanhou uma tendência que vem ganhando relevo entre os governos por todo mundo. Trata-se da adoção de princípios “les administrateurs auxquels les lois finalistes ont largement recours, prennent leurs décisions en se fondant sur des considérations concrètes d’intérêts déterminées par les particularités non

⁹⁴³ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 9. “autoridade às instituições através das quais a reforma regulatória é possível e fornece incentivos para alcançar objetivos e metas. Também reforça o compromisso do governo com uma melhor regulamentação de qualidade. Demonstrado apoio político de alto nível para a reforma regulatória - por meio de [...] exigências legislativas para realizar a análise de impacto regulatório - pode ajudar a superar a oposição e inércia.” (Tradução nossa).

⁹⁴⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 9. “apoio político de alto nível para a reforma regulatória - por meio de [...] exigências legislativas para realizar a análise de impacto regulatório - pode ajudar a superar a oposição e inércia.” (Tradução nossa).

⁹⁴⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 342.

⁹⁴⁶ BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**, 2017. [s.p].

reproductibles de chaque cas.”⁹⁴⁷ Esse “Le recours à des principes directeurs multiples, parfois convergents, parfois divergents consiste à déplacer la boîte noire de la politique juridique vers la décision.”⁹⁴⁸ Dessa forma, “il ne s'agit plus simplement de simples opérations de différenciation créant des catégories toujours plus subtiles, mais de faire en sorte que chaque personne soit traitée individuellement, que chaque situation soit régie par ses particularités.”⁹⁴⁹

A implantação da análise de impacto regulatório como uma medida organizatória comum e obrigatória, ao mesmo tempo que faz parte, se condiciona à evolução para o pós-gerencialismo brasileiro, uma vez que medidas como essa somente prosperam quando operacionalizadas em conjunto. A análise de impacto regulatório “does not exist in a vacuum. The experience of OECD countries has shown that there is a clear and close link between RIA and a regulatory development process that functions effectively from a ‘whole-of-government’ perspective.”⁹⁵⁰ A análise de impacto regulatório “should be supported by a dynamic and well-conceived regulatory policy, strong regulatory institutions, and other complementary and supportive regulatory tools that ensure maximum transparency and accountability at all stages of the process.”⁹⁵¹

A evolução para o pós-*new public management* aponta para princípios e diretrizes que formam uma tendência da nova era da gestão pública. São eles se destacam

⁹⁴⁷ MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo: Moderne des Politiques Publiques**. Paris: LGDJ, 1999. p. 127. “diretores aos quais as legislações finalísticas recorrem massivamente, fazem com que as decisões sejam tomadas com base em ponderações concretas de interesses determinadas pelas particularidades irreproduzíveis de cada caso.” (Tradução nossa).

⁹⁴⁸ MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo: Moderne des Politiques Publiques**, 1999. p. 127. “recurso aos princípios diretores múltiplos, às vezes convergentes, outras vezes divergentes, consiste em deslocar a caixa-preta da política da lei para a decisão.” (Tradução nossa).

⁹⁴⁹ MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo: Moderne des Politiques Publiques**, 1999. p. 127 “não se trata mais somente de simples operações de diferenciações criadoras de categorias cada vez mais sutis, mas de se assegurar que cada pessoa seja tratada individualmente, que cada situação seja regrada em função das suas particularidades,” (Tradução nossa)

⁹⁵⁰ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 9. “não existe no vácuo. A experiência dos países da OCDE demonstrou que existem ligações claras e estreitas entre a AIR e os processos de desenvolvimento regulamentar que funcionem eficazmente. Perspectiva de ‘todo o governo.’” (Tradução nossa).

⁹⁵¹ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 9. “deve ser apoiada por um sistema regulador dinâmico e bem concebido. Políticas, instituições reguladoras fortes e outras ferramentas regulatórias complementares e de suporte que máxima transparência e responsabilidade em todas as fases do processo.” (Tradução nossa).

colaboração e parcerias - correspondendo a processos colaborativos e de parcerias de formas variadas – dentro do setor público, com a iniciativa privada e terceiro setor; **Redes** – a atuação em redes na provisão de serviços públicos (formulação, implementação e controle); **Visão integrada e holística da gestão pública** – significa a premissa de serviços públicos integrados e perspectiva da administração como um todo – coesa e coerente (não fragmentada ou competitiva) – ideia de *joined-up government* e *whole of government*; **Accountability e responsividade** – são os processos de ampliação da prestação de contas e capacidade de respostas da administração pública à sociedade; **Participação e engajamento** – visa a ampliação de canais de participação social no *policymaking* e fomento ao envolvimento da sociedade na gestão pública como valor e fonte de legitimidade; **Liderança** – enaltece a importância do papel do líder (político, administrativo ou cidadão) na gestão pública, sobretudo, em processos empreendedores; **Coordenação e controle** – constitui o fortalecimento das capacidades de coordenação e controle da administração como forma de gerar coerência e coesão na prestação de serviços públicos; **E-government e tecnologia de informação e comunicação (TIC)** - visa a incorporação frequente do uso de tecnologias da informação para aumentar a transparência do setor público, bem como acesso e envolvimento do cidadão com a administração pública; **Fortalecimento da burocracia pública** – objetiva a profissionalização e valorização do quadro funcional do Estado com vistas a torná-lo mais eficiente, interdisciplinar e responsivo à sociedade.⁹⁵²

A obrigatoriedade da análise de impacto regulatório representa a ampliação de esforços para integrar uma aproximação *whole-of-government* para o apoio de uma qualidade regulatória. A experiência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico demonstra que a política regulatória tem evoluído para incluir novos elementos e mais áreas de políticas nos processos de decisão, que têm se tornado progressivamente mais empíricos.⁹⁵³ Essa “tendência se baseia em avaliações econômicas, sociais e de viabilidade apoiadas por análises de custo-benefício completas para complementar controles tradicionais da qualidade técnica legal.”⁹⁵⁴

Nesse sentido, a análise de impacto regulatório examina e mensura “the likely benefits, costs and effects of new or changed regulations. It is a useful regulatory tool that provides decision-makers with valuable empirical data and a comprehensive framework in which they can assess their options and the consequences their decisions may have.”⁹⁵⁵

⁹⁵² CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM**, 2017. p. 27. (grifo nosso).

⁹⁵³ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 339.

⁹⁵⁴ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. 2008. p. 339.

⁹⁵⁵ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 5. “os prováveis benefícios, custos e efeitos de regulamentações novas ou alteradas. É uma ferramenta regulatória útil que fornece importantes tomadores de decisão dados empíricos e estrutura abrangente em que eles podem avaliar suas opções e as consequências que suas decisões possam ter.” (Tradução nossa).

Nos países-membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico a análise de impacto regulatório é utilizada para

define problems and to ensure that government action is justified and appropriate. RIA recognises the need to assess regulations on a case-by-case basis to determine whether they contribute to strategic policy goals. In any regulatory decision, the problem should be clearly defined and government action justified. RIA can help check that policy-makers are well-informed.”⁹⁵⁶

Como uma consequência natural do regime democrático a alternância de poder é uma realidade no contexto brasileiro, mesmo com todos os benefícios que esse fato representa à democracia, existe o fator da flutuação ideológica entre os governos. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico faz uso da experiência internacional de implantação dessa ferramenta regulatória, dizendo que

for RIA to achieve concrete results, it must be based on a long-term perspective. It is also crucial that a culture of acceptance and commitment to the process be developed and nurtured in the public and private sectors, and among the general public. Communicating the results of RIA is an essential part of the process of improving regulatory design⁹⁵⁷

Nesse sentido, sua obrigatoriedade daria maior segurança de desenvolvimento e continuidade à ação, posto que se trata da adoção de uma nova cultura regulatória. Além disso, a adesão desse instrumento ao ordenamento jurídico, em conformidade com a Política de Governança representa uma maneira de consolidá-lo dentro de uma ação de Estado, não somente como um plano transitório de governo.

A obrigatoriedade da análise de impacto regulatório, nos termos propostos, entre as agências reguladoras se justifica pela relevância desse instrumento, capaz de comportar os

⁹⁵⁶ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 5 “definir problemas e garantir que a ação do governo seja justificada e apropriada. A RIA reconhece a necessidade de avaliar os regulamentos caso a caso para determinar se eles são contribuir para os objetivos da política estratégica. Em qualquer decisão regulamentar, o problema deve ser claramente definido e ação justificada do governo. A RIA pode ajudar a verificar se os formuladores de políticas estão bem informados.” (Tradução nossa)

⁹⁵⁷ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 5. “Para que a [análise de impacto regulatório] atinja resultados concretos, ela deve se basear em uma perspectiva de longo prazo. Também é crucial que é uma cultura de aceitação e compromisso com o processo desenvolvido e alimentado no público e setores privados e entre o público em geral. A comunicação dos resultados da AIR é uma parte essencial do processo de melhoria do desenho regulatório.” (Tradução nossa).

princípios e diretrizes de governança aumentando a confiabilidade para as relações internas e externas do país, pois é uma

tool that can help governments make their policies more efficient. With today's more open international markets and growing budgetary constraints, minimising the cost of reducing competing pressures is essential. Regulatory quality contributes to good governance in the public sector, which is increasingly recognised in assessments of a country's competitiveness and attractiveness for investment. Recognising the role of RIA is key to obtaining the support of politicians and interest groups for its use and development⁹⁵⁸

Por fim, a obrigatoriedade desse instrumento é um fator que fortalece a autonomia das agências reguladoras. Seus processos decisórios se desenvolverão baseados em princípios de governança aproximando sua atuação da especialidade pública, atuando de forma coerente com os fins da regulação para satisfação do interesse público. Desconstruindo a cultura de que a autonomia das agências reguladoras não guarda relação com os mandamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito. Mais que isso, marca a modernização e um primeiro passo para o pós-gerencialismo no âmbito das agências reguladoras brasileiras.

⁹⁵⁸ OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**, 2005. p. 5. “ferramenta que pode ajudar os governos a tornar suas políticas mais eficientes. No contexto atual de mercados internacionais abertos e crescentes restrições orçamentárias, minimizando o custo de reduzir pressões é essencial. A qualidade regulatória contribui para a boa governança no setor público, que é cada vez mais reconhecido em avaliações da competitividade de um país e atratividade para investimento. Reconhecer o papel da análise de impacto regulatório é fundamental para obter apoio para políticos e grupos de interesse para seu uso e desenvolvimento.” (Tradução nossa).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição sobre a possibilidade de implantar a análise de impacto regulatório, padronizada pelos princípios e diretrizes da Política de Governança e de forma obrigatória, aos processos decisórios *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras, se chega às seguintes conclusões:

- 1) Se observou que desde a formação do Brasil a influência do interesse particular sobre a esfera pública sempre esteve presente. Em cada período houve a formação de grupos de interesse que agiam instrumentalizando a máquina pública para manutenção de privilégios particulares, mais intensamente no patrimonialismo e de forma mais subterrânea na burocracia. Tal fato justifica a autonomia reforçada das agências reguladoras visando uma neutralidade com relação à ingerência político-partidária;
- 2) A autonomia reforçada das agências reguladoras é um elemento essencial para preservar a neutralidade das decisões setoriais, afastando-as do critério político-partidário. O conhecimento técnico, da mesma forma, fornece excelência no trato da especialidade setorial;
- 3) A reforma gerencial (1995) foi um ajuste necessário diante do cenário de crise iniciado mundialmente em 1970 e da globalização econômica. Ao pesquisar nos cadernos do MARE se constata que a síntese reformista buscou tomar providências imediatas como reduzir as funções do Estado e desestatizar, mas também abriu as portas para a autoridade partilhada entre Estado, mercado e sociedade civil enquanto mecanismos de controle;
- 4) O Estado Regulador brasileiro nasceu sob o ideal de eficiência e a descentralização da administração pública foi um meio de atingir esse fim;
- 5) A criação das agências reguladoras se deu em um momento que havia uma preponderância dos princípios da iniciativa privada em detrimento da especialidade pública, isso fez com que houvesse um afastamento das finalidades do Estado, evidenciado na justificativa de atuação eficiente apenas pelo conhecimento técnico-setorial, o inventário regulatório demonstrado pela Casa Civil demonstrou esse fato;
- 6) A atuação agencial no processo decisório *ex-ante* e *ex-post* não é eficiente ao atender o interesse público, falta-lhe a especialidade pública em simbiose com o Estado Democrático de Direito, da qual não pode prescindir;

- 7) O desafio proposto é o de implantar a especialidade pública para os processos decisórios quanto à regulação *ex-ante* e *ex-post*, preservando a autonomia e sem interferir na especialidade técnica-setorial das agências;
- 8) A Política de Governança brasileira incide sobre o Poder Executivo como uma ação governamental visando coerência e coesão na atuação pública em redes de interatividade agindo em coordenação, cooperação e compromisso, estabelecendo princípios e diretrizes com uma textura aberta, considerando a particularidade e as metodologias já existentes em cada órgão ou setor;
- 9) A perspectiva *whole-of-government* da Política de Governança lhe confere poderes de coordenação que agem com o objetivo de fortalecer as instituições para consecução do interesse público, esse aspecto possibilita que os princípios e diretrizes de governança sejam implementados no âmbito do processo decisório das agências reguladoras, sem prejuízo e de forma autônoma à especialidade técnica-setorial;
- 10) A experiência internacional da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico demonstra que a análise de impacto regulatório é uma ferramenta capaz de dar previsibilidade à regulação, e auxiliando na tomada de decisão;
- 11) A investigação do inventário regulatório dos processos decisórios das agências sob os princípios e diretrizes de governança possibilitou a constatação de que o insultamento da especialidade pública se dá por falhas de coordenação e que essas podem ser corrigidas sem prejuízos da autonomia ou do conhecimento técnico;
- 12) A implantação da análise de impacto regulatório padronizado pela governança prescinde a investigação setorial de cada agência, pois o Decreto 9203/2017 atinge à todas, que também passam a perseguir o interesse público como finalidade;
- 13) O interesse público na regulação não é somente o cumprimento dos direitos fundamentais, ele também é revestido das dimensões da realização democrática e da atuação eficiente, sua integralização apenas ocorre se cumpridas as três dimensões;
- 14) A expressão do Princípio da melhoria regulatória na análise de impacto regulatório se dá no sentido de orientar a decisão em evidências pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade, se aplicando à regulação *ex-ante* e *ex-post*. Esse princípio tem uma permeabilidade estrutural na regulação, ele não atinge somente a análise, mas sim requer condições para seu desenvolvimento;

- 15) Analisar o impacto é útil para o Princípio da melhoria regulatória uma vez os relatórios que se constroem durante o processo são uma vasta fonte de evidências, as informações dos grupos de interesse são um exemplo disso. Se sugere na pesquisa que essas informações sejam concatenadas para formar a categorização dos *insights* de racionalidade, que são extremamente úteis na identificação do problema regulatório e na regulação por *nudges*. Foi demonstrado que existe uma falha de coordenação quanto à formação de bancos de evidências, provocando o esvaziamento do princípio;
- 16) Outra utilidade da análise de impacto regulatório padronizado pela governança ao Princípio da melhoria é que cada princípio constante no processo é um indicador de qualidade. Foi demonstrada essa falha de coordenação;
- 17) Uma expressão muito importante do Princípio da Melhoria Regulatória é a necessidade de capacitação para análise de impacto regulatório, a precariedade de capacitação também foi demonstrada como falha de coordenação;
- 18) O apoio à participação social como expressão do Princípio da melhoria regulatória deve atuar na falha de coordenação observada em maior parte das agências que consiste em submeter o problema regulatório para a deliberação social após avaliar o impacto internamente, ou seja, é uma simples formalidade, pois a decisão regulatória já está tomada. A participação social deve acontecer desde a identificação do problema regulatório;
- 19) O Princípio da Capacidade de Resposta visa direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e as mudanças de prioridades. Esse princípio depende diretamente das evidências e da análise de riscos para ter êxito e está presente desde a identificação do problema regulatório, atingindo também a decisão do tipo de regulação a ser aplicada, foi demonstrado que há uma falha de coordenação ao não haver inovação entre as alternativas de regulação;
- 20) A capacidade de resposta é um princípio que marca uma nova forma de atuação regulatória, pois permite a identificação do problema em caráter de prevenção ou precaução, por esse por esse motivo o campo de atuação regulatória deve estar bem definido, pois isso facilita a captura de uma distorção que tem um risco elevado de ocorrer. Um exemplo disso está no setor de mineração que em um curto período de

tempo registrou desastres de proporções humanas e ambientais incalculáveis em Minas Gerais;

- 21) O princípio da Integridade está ligado à gestão de riscos e à elevados padrões de conduta dos agentes públicos a sua ligação à análise de impacto regulatório reside em aplicar atuar na segurança jurídica dos regramentos, controlando os riscos, esse comportamento visa conter as manifestações de interesse particular em detrimento do interesse público, foi demonstrado que há uma falha de coordenação no que diz respeito às decisões que aumentam o campo da decisão discricionária do regulador. Esse princípio tem aplicabilidade na identificação do problema e na decisão quanto à forma de regulação;
- 22) Os princípios da transparência e da *accountability* proporcionam uma maior responsabilidade compartilhada na prestação de serviços públicos e a adoção de medidas corretivas, eles estão presentes em todo a análise de impacto regulatório e dependem do meio digital para maior alcance e agilidade. Foi demonstrado que há uma falha de coordenação diante da precariedade da disponibilização de informações do processo decisório;
- 23) O Princípio da confiabilidade está ligado ao planejamento, monitoramento, desempenho e avaliação ele se vale da previsibilidade da análise de impacto regulatório para integrar agendas regulatórias e revisão de estoque. No mesmo sentido do Princípio da melhoria regulatória, uma padronização de análise pautada pela governança fornece indicadores confiáveis de avaliação e monitoramento;
- 24) A essencialidade da análise de impacto regulatório se dá por vários motivos:
 - Primeiro porque a adoção de princípios com textura aberta é voltada apenas para a especialidade pública, sem afetar a particularidade técnica-setorial, pois não determina padrões rígidos pormenorizados para a análise. Ao fazer isso se preserva a particularidade metodológica de cada setor, e se combate o insultamento das finalidades públicas;
 - Segundo porque com a adoção de um padrão existe a possibilidade de correção das falhas de coordenação sem afetar a autonomia reforçada das agências reguladoras, o que proporcionará o fortalecimento dessas prerrogativas;

- Terceiro porque serão corrigidas as falhas de rede que remetem à balcanização e à imaturidade de algumas agências em relação às outras;
- Quarto porque ao estabelecer a presença uniforme de princípios de governança na análise de impacto regulatório é possível considerá-los como indicadores de qualidade do processo decisório. Uma atuação de qualidade no processo decisório também representa uma forma de fortalecimento da autonomia das agências reguladoras;

25) A implantação obrigatória da análise de impacto regulatório padronizado pela governança nos processos decisórios *ex-ante* e *ex-post* deve ocorrer porque:

- Reforça o compromisso do Estado em melhorar a qualidade da regulação e lhe confere uma maior abrangência;
- Afasta a resistência interna existente nas agências quanto à essa prática;
- Proporciona maior segurança de desenvolvimento e continuidade à ação, posto que se trata da adoção de uma nova cultura regulatória;
- A adesão desse instrumento ao ordenamento jurídico, em conformidade com a Política de Governança representa uma maneira de consolidá-lo dentro de uma ação de Estado, não somente como um plano transitório de governo;

Contudo, a implantação obrigatória da análise de impacto regulatório padronizada pela governança é uma ferramenta capaz de resolver o insultamento da especialidade pública no processo decisório *ex-ante* e *ex-post* das agências reguladoras, sem comprometer a especialidade técnica-setorial e fortalecendo a autonomia das agências reguladoras pela confiabilidade da boa regulação.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente**. Cadernos ENAP. Brasília, ENAP, número 10, 1997.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os desafios da gestão pública brasileira para o século 21: da experiência internacional aos eixos estratégicos da reforma**. Brasília: Enap, 2006.

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALBUQUERQUE, Kélvia. A Visão da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *In: Desafios da regulação no Brasil*. Jadir Dias Proença, Patrícia Vieira da Costa e Paula Montagner (ogs.), p. 83 a 104. Brasília: ENAP 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALFONSO, Luciano Parejo. Prefácio à obra de Andrés Betancor Rodríguez. **Las Administraciones Independientes**. Madrid: Tecnos, 1994.

ALIGHIERI, Dante. **Da Monarquia**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores.).

ANDRADE, Mário de. **Macunaíma**. 22ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1986.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; v. 2).

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a re-definição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. v. 215, p. 151-179. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, jul. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BATISTA, Paulo Nogueira. **O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos**. Disponível em:

<<http://www.consultapopular.org.br/sites/default/files/consenso%20de%20washington.pdf>
> Acesso em 10 de dez. 2018

BECKER, G. S. **A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence**. The Quarterly Journal of Economics, v. 98, n. 3, p. 371-400, 1983.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. - 3ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto *Il Futuro della Democrazia*. Torino: Einaudi, 1984.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 579 de 30 de julho de 1938**. Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0579.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre [sic!] a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Lei n.º 8.031, de 1990. **Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8031.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. **Lei 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9986.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9427cons.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho DE 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto DE 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.961 de 28 de janeiro DE 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9961.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de julho DE 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e responsável pela instituição de normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9984.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Lei 9.986, de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9986.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Construção do marco legal dos entes reguladores. Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma do Estado, 1996. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>> Acesso em 20 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10233.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2228-1.htm#art32 > Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM); extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis nos 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de

2003; e revoga a Lei no 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei no 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13575.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967** dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 9.163 de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03B1BAD0AED80B38DE71CE020A368683.proposicoesWebExterno1?codteor=1627992&filename=Aviso+-PL+9163/2017> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, 1995.

BRASIL. **Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado - Agências executivas**. Brasília: MARE, 1997.

BRASIL. **Construção do marco legal dos entes reguladores. Recomendação de 31 de maio de 1996 do Conselho de Reforma do Estado**, 1996. Disponível em <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno08.pdf>> Acesso em 20 jan. 2019.

BRASIL. **Plano de Dados Abertos 2017-2018**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2017. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/aceso-a-informacao/dados-abertos>> Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46**. Relator: Ministro. Marco Aurélio. Brasília, DF: Supremo Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 14 jan. 2019. p. 92.

BRASIL. **Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo**. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação. Brasília: MP, 2018.

BRASIL. **Estratégia brasileira para a transformação digital - e-digital**. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Brasília: MCTIC, 2018.

BRASIL. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise *ex ante***. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. –: Ipea, v. 1, 2018.

BRASIL. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise *ex post***. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. –: Ipea, v. 2, 2018.

BRASIL. **Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

BRASIL. **Política pública de inclusão digital**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, SeinfraAeroTelecom, 2015.

BRASIL. **Guia da política de governança pública**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL. Resolução - TCU Nº 287 de 12 de abril de 2017. *In: Referencial básico de gestão de riscos*. Brasília: TCU, Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex), 2018.

BRASIL. **Programa de Integridade**. Brasília: Casa Civil Presidência da República Casa Civil/Secretaria Executiva Assessoria de Compliance, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46**. Relator: Ministro. Marco Aurélio. Brasília, DF: Supremo Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.621/2016**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=212001>> Acesso em 23 mar. 2019.

BRASIL. SAG. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Nota Técnica nº 4/2017/AESP/SAG/CC-PR**, 2017 Disponível em: < <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air>

pasta/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/nota-tecnica-consulta-publica-001-2017.pdf> Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Consolidação Inventário AIR Agências Federais - Anexo II**. CASA CIVIL, 2017. Disponível em: < <http://www.casacivil.gov.br/conteudo-de-regulacao/regulacao/consulta-publica/consulta-publica-001-2017/abertura/documentacao-produzida-para-construcao-das-diretrizes-gerais-e-do-guia-air/consolidacao-inventario-air-agencias-federais.xlsx/view>> Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. SAG. SUBCHEFIA DE ANÁLISE E ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS GOVERNAMENTAIS. **Consolidado sobre Gestão do Estoque Regulatório**, 2018. Disponível em: < <http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/gestao-estoque-regulatorio/gestaoestoqueregulatorio-iniciativasagenciasreguladorasfederais.pdf/view>> Acesso em: 03 jan. 2019.

BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: < http://www.casacivil.gov.br/central-de-conteudos/downloads/diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view> Acesso em: 02 jan. 2019.

BRAZIL. **Brazil in Brief**. Ministry of Finance: Social Communication Advisory - ACS International Affairs Secretariat – SAIN. 2017. Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/brasil-ocde/documentos/material-institucional/brazil-in-brief.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil 1930-1967**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O colapso de uma aliança de classes**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1978.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?** Pesquisa e Planejamento Econômico. p. 3-23, 21(1), abril 1991.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Exposition of Motives for the Administrative Constitutional Amendment**. Brasília: MARE. 1995.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: MARE, 1997.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do estado patrimonial ao gerencial**. In Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, p. 222-259, 2001.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia Pública na Construção do Brasil**. *Revista de Sociologia e Política*, n. 28, p. 9-30, 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, 28 9-30, jun. 2007.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Agências e agências**. 2007. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/articles/2007/07.08.13.Agencias_e_agencias.pdf> Acesso em: 16 jan. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os três ciclos da sociedade e do Estado Perspectivas** - Revista de Ciências Sociais, 41, p. 15-51, 2012.

BRESSER-PEREIRA. *Managerial reform and legitimization of the social state*. Revista de Administração Pública. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro 51(1):147-156, jan. - feb. 2017.

BUCHANAN, James; TOLLINSON, Robert; TULLOCK, **Gordon**. **Toward a theory of rent-seeking society** . College Station: Texas A&M University Press, 1980.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução Cascais Franco. Póvoa de Varzim: Publicações Europa-América, 1970 (Coleção Saber).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.

CARBONELL, Eloísa; MUGA, José Luis. **Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América**. Madri: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

CARINGELLA, Francesco. **Corso di Diritto Amministrativo**, 2 vols. Milão: Giuffrè, 2001.

CARIÑO, Ledivina. **The Concept of Governance. From Government to Governance (UN Public Administration Network)**, 2004. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intrdoc/groups/public/documents/eropa/monograph-worldcog-chap1.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação econômica e serviços públicos. *In: Direito econômico: direito econômico regulatório*. Mario Gomes Schapiro (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Tomo I. 8ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. *In: CASTELLS, Manuel (org.). A Sociedade em Rede do Conhecimento à Ação Política*. Brasília: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignación y esperanza**. Traducción de María Hernández. Madrid: Alianza, 2012.

CARINGELLA, Francesco. **Corso di Diritto Amministrativo**, 2 vols. Milão: Giuffrè, 2001.

CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM**. Brasília: Ipea, 2017.

CENTRE FOR PUBLIC IMPACT. **Os princípios do impacto público: ajudando governos a passar da ideia para o impacto**. [s.l.]: Center for Public Impact, 2016. Disponível em: <<https://resources.centreforpublicimpact.org/production/2017/10/cpi-public-impact-fundamentals-portuguese.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

CHRISTENSEN, Tom; LAEGREID, Per. The whole-of-government approach to public sector reform. *In: Public Administration Review*, v. 67, n. 6, p. 1059-1066, 2007.

COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, RJ, v. 42, n. 5, p. 829-874, 2008.

CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Radicalização política**. In: Anos de Incerteza (1930-1937). Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_radpol001.htm>. Acesso em: 18 jan. 2019.

CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Estado Novo – um golpe na democracia**. In: Anos de Incerteza (1930-1937). Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_golpe_estado.htm>. Acesso em: 14 jan. 2019.

CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Política social**. In: Anos de Incerteza (1930 - 1937). A Era Vargas. Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos30-37/ev_politica_social.htm>. Acesso em: 19 jan. 2019.

CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Novas interventorias e departamentos administrativos**. In: Diretrizes do Estado Novo (1937-1945). Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_historia/htm/anos37-45/ev_poladm_interventorias.htm>. Acesso em: 19 jan. 2019. [s.p].

CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. FREIRE, Américo. **Entre dois governos: 1945-1950 > A constituição de 1946**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2017. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas2/artigos/DoisGovernos/Constituicao1946>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria do Estado**. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'ARAÚJO, Maria Celina. **O Estado Novo**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DEMSETZ Harold, **Why Regulate Utilities?** Journal of Law and Economics, Vol. 11, No. 1, 1968, p. 55-65. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/724970?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 18 jan. 2019.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: Uma história dos costumes**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., vol. 1, 1994.

ELSTER, Jon. **The cement of society: A study of social order**. Cambridge: University Press, 1989.

EUROPEAN COMMISSION. **Better regulation: delivering better results for a stronger union**. Bruxelas: European Commission, 2016. (Communication from the Commission). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0615&from=EN>> Acesso em: 10 jan. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. **Better regulation: why and how**. Disponível me: <https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en> Acesso em: 16 jan. 2019.

EUROPEAN COMMISSION **Better Regulation Guidelines – Guidelines on Stakeholder Consultation**. 2015. Disponível em: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/guidelines/ug_chap7_en.htm> Acesso em: 20 jan. 2019.

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milão: A. Giuffrè, 1953.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**, 10ª Ed. São Paulo: Globo, 1996.

FAORO, Raymundo. **A aventura liberal numa ordem patrimonialista**. Revista USP, n. 17, p. 14-29, 1993.

FARIAS, Pedro; GARCÍA, A. C.; ZANABRIA, G. Entendendo o que funcionou: tendências e lições na prestação de serviços. In: FARIAS, Pedro (Ed.). **Governos que servem: inovações que estão melhorando a entrega de serviços aos cidadãos**. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2016.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Universidade de São Paulo, Ed. 2, 1995.

FEREJOHN, John; PASQUINO Pasquale. **A teoria da escolha racional na Ciência Política: Conceitos de racionalidade em teoria política**. Revista brasileira de Ciências

- Sociais - Vol. 16 Nº 45, fev/2001. p. 5-24. p. 6. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4328.pdf>>. Acesso 10 jan. 2019.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **A legitimidade na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FILMER, Robert. *Patriarcha; Or The Natural Power Of Kings*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011.
- FREIRE, Américo. **Redemocratização e eleições de 1945**. In: Entre dois governos: 1945-1950. Rio de Janeiro: CPDOC, 2004. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/nav_gv/htm/1Entre_dois_governos/Redemocratizacao_e_eleicoes_de_1945.asp>. Acesso em: 23 jan. 2019.
- FREIRE, Paulo, 1921. **A importância do ato de ler: em três artigos que se completam**. São Paulo: Autores Associados: Cortez, 1989.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003.
- FRIEDMAN, Milton. *The Methodology of Positive Economics*. In: *Essays In Positive Economics*. Chicago: Univ. of Chicago Press, p. 3-16, 30-43, 1966.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Nova. Cultural, 1985.
- FUKUYAMA, Francis. **What is governance?** Washington: Center for Global Development, 2013. (Working Paper, n. 314). Disponível em: <https://www.cgdev.org/sites/default/files/1426906_file_Fukuyama_What_Is_Governance.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019.
- GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência**. São Paulo: Dialética, 2002.
- GALDINI, Flávio. O custo dos direitos. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar 2002. p. 139-222.
- GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189-209.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Milão: Giuffrè Editore, 3ª Ed., V1. 1993.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução Maria L. Borges. São Paulo: Record, 1999.

GOMES Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A "Metarmofose" do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado), *In*: BINENBOJM, Gustavo (coord). **Agências Reguladoras e Democracia**, 2005.

GOMES, Ricardo. C.; MARTINS, Humberto Falcão. **Tendências e perspectivas da administração pública no Brasil**. Revista de Pesquisa em Políticas Públicas, 1 Ed, jul. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: Interpretação e crítica**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros. As agências, essas repartições. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GURSTEIN, Michael. Effective use: A community informatics strategy beyond the Digital Divide. *In*: **First Monday**, vol. 8 (12), 2003. Disponível em: <<http://www.http://firstmonday.org/article/view/1107/1027>>. Acesso em 15 de Ago. de 2018.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 3. ed. São Paulo. Loyola. 2007.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HAYEK, F. A. Reflections on the Pure Theory of Money. *In*: **Economica**, Vienna, vol. 33 (August), p. 270-295, 1931. Disponível em <<https://mises.org/library/reflections-pure-theory-money-mr-jm-keynes-0>> Acesso em 10 out 2018.

HAYEK, F. A. **The Pure Theory of Capital**. Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2009.

HAYEK, F. A. **The use of knowledge in society**. **American Economic Review**, n. 4, p. 519-530, 1945. Disponível em: <https://www.econlib.org/library/Essays/hykKnw.html?chapter_num=1#book-reader> Acesso em: 28 set. 2018.

HANKE, Edith. Max Weber Herrschaftsoziologie. Eine werkgeschichtliche Studie. Max Webers Herrschaftssoziologie. *In*: **Studien zu Entstehung und Wirkung** .Tübingen: Mohr Siebeck, p. 19-46, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

HOMANS, George Caspar. **Social behaviour: its elementary forms**. London: Routledge & Kegan Paul, 1961.

ITALIA. **Costituzione italiana edizione in lingua portoghese**. Tradução Paula Queiroz. Roma, Senato della Repubblica, 2018.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Maipú, 1970.

JOLIS, Christine; SUNSTEIN, Cass; Thaler, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *In: Behavioral Law and Economics*. Sunstein, Cass (org.). Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KJAER, Anne Mette. **Governance**. Cambridge, Polity Press, 2011.

KRUEGER, Anne. **The political economy of the “rent seeking” society**. *In: American Economic Review*, v. 64, n. 3, 1974.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e Voto: O município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª ed., 1966.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência - O Futuro do Pensamento na Era da Informática**. Tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1999.

LOCKE, John. **Two Treatises Of Government – Of Civil-Government**, ed. P. Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LÖFFLER, Elke. **Governance – Die neue Generation von Staats- und Verwaltungsmodernisierung**. *Verwaltung und Management*, v. 7, n. 4, p. 212-215, 2001. Disponível em: <www.jstor.org/stable/24226105?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 10 jan 2019.

LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **A Semana: crônicas (1892-1893)**. São Paulo, Hucitec, 1996.

MARCELINO, Gileno Fernandes. **Em busca da flexibilidade do Estado: o desafio das reformas planejadas no Brasil**. Revista de Administração Pública, v. 37, n. 3, p. 641-659, 2003.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 4, 2006.

MATTEUCCI, Nicola, **Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno**. Madrid, Trotta, 1998.

MAXIMIANO, Amaru; NOHARA, Irene. **Gestão Pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: GEN/Atlas, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** 14ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; GONTIJO, José Geraldo Leandro. **Gestão e políticas públicas no cenário contemporâneo: tendências nacionais e internacionais**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2016.

MEXICO. **Análisis de Impacto Regulatorio (AIR) Implementación y sistematización**. Comisión Nacional de Mejora Regulatoria. 2018. Disponível em: <<https://www.gob.mx/conamer/acciones-y-programas/manifestacion-de-impacto-regulatorio-mir#documentos>> Acesso em: 19 jan. 2019.

MILL, John Stuart. On Liberty. In: HUTCHINS, Robert Maynard (ed.). **Great books of the Western World: American State Papers, The Federalist, J. S. Mill**. Vol. 43. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1952, p. 263-323.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1956.

MISES, Ludwig Von. **Ação Humana - Um Tratado de Economia**. Tradução Donald Stewart Jr, São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 3ª Ed., 1966.

MISES, Ludwig Von. **Uma Crítica ao Intervencionismo**. Tradução Arlette Franco, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2ª ed., 2010.

MISHRA, Ramesh. **O estado-providência na sociedade capitalista**. Tradução. Ana Bairradas, Oeiras: Celta, 1995.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Económico**. 2ª Ed., Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAND, Charles-Albert. **Le Droit Néo: Moderne des Politiques Publiques**. Paris: LGDJ, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MURILO DE CARVALHO, José. **Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual**. Scielo: Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000200003. Acesso em 18 de set. 2018.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2 ed. São Paulo: Martins Fortes, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Edson. **O quarto poder: gênese, contexto, perspectiva e controle das agências reguladoras**. In: Seminário Internacional sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos, 2001. Brasília: Instituto Hélio Beltrão, 2001.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito econômico**. 5ª. Ed. São Paulo: RT, 2008.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public sector transparency and accountability: making it happen**. Paris: OCDE Publishing, 2002. Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/public-sector-transparency-and-accountability_9789264176287-en#page1 > Acesso em: 10 jan. 2019.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira**. OCDE Publishing, 2011. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/avaliacaointegridadebrasileiraocde.pdf>> Acesso em 10 jan. 2019.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public governance reform: Peru**. 2016. Paris: OECD Publishing, 2016. Disponível em: < <https://www.oecd.org/gov/public-governance-review-peru-highlights-en.pdf> > Acesso em: 20 jan. 2019.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Multi-level governance reforms: overview of OECD country experiences**. Paris: OECD Publishing, 2017 Disponível em: < https://read.oecd-ilibrary.org/governance/multi-level-governance-reforms_9789264272866-en#page29 > Acesso em 20 jan. 2019.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do conselho da OCDE sobre integridade pública**. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 7. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Trust and public policy: how better governance can help rebuild public trust**. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/trust-and-public-policy_9789264268920-en#page1> Acesso em: 10 jan. 2019.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recommendation of the Council on Open Government**. [s.l.]: [s.n.], 2017. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/Recommendation-Open-Government-Approved-Council-141217.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Behavioural insights for public integrity: harnessing the human factor to counter corruption**. Paris: OECD Publishing; OECD Public Governance Reviews, 2018.

OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **The OECD Report on Regulatory Reform – Synthesis**. Paris, 1997. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf/>> Acesso em: 22 fev. 2019.

OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. Paris, 2005. Disponível em: <<https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Policy Outlook 2015, OECD Publishing**. Paris. 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/oecd-regulatory-policy-outlook-2015-9789264238770-en.htm>> Acesso em: 30 jan. 2015.

OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Regulatory Impact Analysis in OECD countries – challenges for developing countries**. Paris, 2005. Disponível em: <<https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258511.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2019.

OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Brasil Fortalecendo a Governança para o Crescimento**. Brasil, 2008. Disponível em: <www.planejamento.gov.br/gestao> Acesso em: 20 jan. 2019.

OCDE, ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Alternatives to traditional regulation**. Regulatory Policy Division.

Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42245468.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal - Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLSON, Mancur. **The logic of collective action**. Cambridge: Harvard University Press, 1965.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. 6ª Ed. Brasília, D.F.: MH Comunicação, 1995.

PASSARO, Michele. **Le Amministrazione Independenti**. Torino: Giappichelli, 1996.

PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo da Teoria Social**. Tradução Raquel Weiss. Rio de Janeiro: Vozes, 2010. p. 97-107.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III. 1995.

PELTZMAN, Sam. **Toward a more general theory of regulation**. In: *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, 1976, p. 211-240. p. 239. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/725163?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 10 jan 2019.

PIRES, J. C. L. e GOLDSTEIN A. **Agências Reguladoras Brasileiras: Avaliação e Desafios**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro: Dez 2001.

PIZZI, William Pizzi - **Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body?** In: *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in Honour of Professor Mirjan Damaska*. Edited by John Jackson, Máximo Langer, and Peter Tillers. - Oxford: Hart Publishing, 2008.

POLLITT, Christopher. **Managerialism and the public services — the angloamerican experience**. Oxford/Massachusetts: Basil Blackwell, 1990.

POLLITT, Christopher. **The New Public Management: An Overview of Its Current Status**. In: *Administratie si Management Public*. nº 8. București. Editura ASE. 2007. Disponível em <<https://www.cceol.com/search/journal-detail?id=534>> Acesso em: 02 dez. 2018.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. **Public Management Reform: a comparative analysis-new public management, governance, and the Neo-Weberian state**. UK: Oxford University Press, 2011.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

POPPER, Karl. A pluralistic approach to the philosophy of History. *In* POPPER, K. **The myth of the framework in defence of science and rationality**. London and New York: Routledge, 1994.

POSNER, Richard A. **Theories of economic regulation**. *In*: Bell Journal of Economics and Management Science, v. 5, n. 2, 1974. p. 335-358. p. 356. Disponível em <www.jstor.org/stable/3003113?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 10 jan 2019.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Braziliense, 1979.

PRZEWORSKI, Adam; LIMONGI, Fernando. Modernization: Theories and Facts. **World Politics**, v. 49, janeiro 1997.

PRZEWORSKI, Adam. **Reforming the State: Political Accountability and Economic Intervention**. **Mimeo**. Trabalho apresentado à conferência Inequality, the Welfare State and Social Values, El Escorial, Espanha, julho 1995.

QUERMONNE, Jean-Louis. **L'Appareil Administratif de l'État**. Paris: Éditions du Seuil, 1991.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: uma concepção política, não metafísica**. Tradução. Régis de Castro Andrade, Lua Nova, nº 25. 1992.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª. Ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro - A formação e o sentido do Brasil**. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RHODES, Roderick A. W. **The New Governance: Governing without Government**. **Political Studies**, v. 44, p. 652-667, 1996. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9248.1996.tb01747.x>>. Acesso em: 22 fev. 2019.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência**. Tradução Joel Pimentel de Ulhoa. Brasília: UNB, 1997.

ROTHBARD, Murray N. **America's Great Depression**. Alabama: The Ludwig von Mises Institute, 2000. p. 55-80.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores).

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, Willian. **Economía**. Tradução María Guadalupe Cevallos Almada, Bogotá: McGraw-Hill, 17. ed., 2004.

SANDEL, Michael, J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Globalização e as ciências sociais** – Boaventura de Sousa Santos (org.) – 4ª ed. - São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade** – 7ª ed. - São Paulo: Cortez, 2000.2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Políticas e experiências de gestão e fortalecimento da função pública: a experiência brasileira com a regulação e as transformações na função regulatória do Estado**. VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, p. 28-31 Oct. 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWARTZMAN, Simon. **Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo**. Augurium Editora, São Paulo, 2004.

SCOTT, John. Rational Choice Theory. *In*: BROWNING, G.; HALCLI, A.; WEBSTER, F. (orgs.). **Understanding Contemporary Society: Theories of The Present**. Stage Publications, 2000. Disponível em <
<https://web.archive.org/web/20090227085005/http://privatewww.essex.ac.uk/~scottj/socscot7.htm>>. Acesso em 05 jan 2019.

SIMON, Herbert. A. **Models of Man**. Nova York: John Wiley, 1957.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o Behaviorismo**. São Paulo: Cultrix, 1995.

SMITH, Adam. **A mão invisível**. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SOUZA, Jessé. **Max Weber, Corrupção e Patrimonialismo**. In: WEBER, Max. A Psicofísica do Trabalho Industrial. Tradução Daniel Fanta. São Paulo: Alphagraphics, p 135-139, 2009.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SPASIANO, Mario. *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*. Italia: Report Annuale, 2011.

STIGLER George J; FRIEDLAND Claire. **What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity**. The Journal of Law & Economics. Vol. 5, 1962, p. 1-16. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/725003?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 10 jan. 2019.

STIGLER George J. **The theory of economic regulation**. In: Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 2, 1971, p. 3-21. p. 10-13 Disponível em <https://www.jstor.org/stable/3003160?read-now=1&refreqid=excelsior%3A039d6080549ac02eef09bcf58e157087&seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 10 jan. 2019.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUNSTEIN, Cass. Constitucionalismo após o New Deal. In: STIGLER, G. J. (coord.). **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: 34, 2004.

SUNSTEIN, Cass. **Why nudge?: the politics of libertarian paternalism**. New Haven: Yale University Press, 2014.

SUNSTEIN, Cass. Nudging: um guia bem breve. In: **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. Flávia Ávila, Ana Maria Bianchi (orgs). Tradução Laura Teixeira Motta. 1ª Ed. São Paulo: Economia Comportamental, 2015.

SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy: What constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THALER Richard; SUNSTEIN Cass. **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness**. New York: Penguin Books, 2009.

TINBERGEN, Jan. **On the theory of economic policy**. Amsterdam: North Holland, 1952

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a Revolução**. Traduzido por Yvonne Jean. 2ª Ed. Brasília: Editora da Unb, 1982.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. **A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz de uma premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública: estudo de caso sobre os argumentos paternalistas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

UK. **Better regulation framework**. UK: Department for Business, Energy & Industrial Strategy, 2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/735587/better-regulation-framework-guidance-2018.pdf> Acesso em: 20 fev. 2019

UNIÃO EUROPEIA. **Conselho Europeu de Colônia**. Reunião havida em 3 e 4 de junho de 1999, Decisões da Presidência, Anexo IV - Decisão do Conselho Europeu sobre Elaboração de uma Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_pt.htm#an4>. Acesso em: 02 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: Acesso em: 02 jan. 2019.

UNITED NATIONS. **Benchmarking e-government: a global perspective**. New York: United Nations - Division for Public Economics and Public Administration, American Society for Public Administration, 2001.

UNITED NATIONS. Talking a whole-of-government approach. *In: United Nations E-Government survey*. New York: United Nations, cap. 3, 2012. Disponível em: <<https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2012-Survey/>> Acesso em: 10 jan. 2019.

UNITED NATIONS. **The road to dignity by 2030: ending poverty, transforming all lives and protecting the planet. Synthesis report of the Secretary General on the post-2015 agenda**. New York: United Nations, 2014.

UNITED NATIONS. **2015 World public sector report: responsive and accountable public governance**. New York: United Nations, 2015. Disponível em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN95253.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **The Promise of Evidence-Based Policymaking**. Washington DC: Commission on Evidence-Based Policymaking. 2017.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale**. 4ª ed. Pádua: CEDAM, 2004.

VERDÚ, Jaime Pastor; DE BLAS GUERRERO, Andrés. **Fundamentos de ciência política**. Madrid: Facultad Nacional de Educación a Distância, 1997.

VIDIGAL, Geraldo. **Fundamentos do Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Uma Reforma da Administração de Pessoal Vinculada ao Processo de Desenvolvimento Nacional**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 4 (1): 7-31, jan/jun. 1970.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Organização governamental e administrativa, voltada para o processo de desenvolvimento nacional: o caso brasileiro**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 7-36, 1979.

WAHRLICH, Beatriz Marques de Souza. **Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP)**. CPDOC/FGV - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. 2009. Disponível em:
<<http://www.fgv.br/CPDOC/BUSCA/dicionarios/verbete-tematico/departamento-administrativo-do-servico-publico-dasp>> Acesso em: 19 jan. 2019.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, V 1.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, V 2.

WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. Organização e Introdução H.H. Gerth e C. Wright Mills. Tradução Fernando Henrique Cardoso. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de Sociologia**. Tradução Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo. Centauro, 2002.

WEBER, Max. **Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima**. Tradução de Gabriel Cohen. Rio de Janeiro: Guedes Multimídia, 2008.

WEBER, Max. **O que é Burocracia**. Edição Conselho Federal de Administração (CFA), 2010.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2011.

WILLEMS, Emílio. **Burocracia e patrimonialismo**. São Paulo, 1945. Separata de Administração Pública, ano 3, nº 3 (setembro, 1945). p. 6.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WORLD BANK. Sub-Saharan Africa: From Crises to Sustainable Growth.

Washington: The World Bank, 1989. Disponível em:

<<http://documents.worldbank.org/curated/en/498241468742846138/pdf/multi0page.pdf>>.

Acesso em: 02 fev. 2019.

WORLD BANK. Managing development: the governance dimension. Washington: The World Bank, 1991. Disponível em:

<<http://documents.worldbank.org/curated/en/884111468134710535/pdf/34899.pdf>> Acesso

em: 10 jan. 2019.

WORLD BANK. Governance and Development. Washington: The World Bank, 1992.

Disponível em:

<<http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governancedevelopment>>.Ac

esso em: 02 ago. 2018.

WORLD BANK. Governance: The Bank's Experience. Washington: World Bank, 1994.

Disponível em:

<<http://documents.worldbank.org/curated/pt/711471468765285964/pdf/multi0page.pdf>>

Acesso em: 03 fev. 2019. p. vii.

WORLD BANK. New-Economy Sector Study Electronic Government and Governance:

Lessons for Argentina. The World Bank, 2002. Disponível em: <<http://>

<http://documents.worldbank.org/curated/en/527061468769894044/pdf/266390WP0E1Gov1gentinalFinal1Report.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

WORLD BANK. World Development: governance and the law. Washington: The World

Bank, 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/publication/wdr2017>> Acesso

em: 10 jan. 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Le Droit em Douceur – Il Diritto Mite. Tradução. Michel

Leroy. Ed. Econômica, Paris, 2000.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Tradução Karin Praefke; Aires Coutinho

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3a ed., 1997, p. 27.