

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Amana Kauling Stringari

**A INFLUÊNCIA ECONÔMICA SOBRE O DIREITO
ADMINISTRATIVO: UMA PROPOSTA
NEOADMINISTRATIVISTA**

Tese submetida Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis

2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Stringari, Amana Kauling

A influência econômica sobre o Direito Administrativo :
uma proposta neoadministrativista / Amana Kauling
Stringari ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori
- Florianópolis, SC, 2015.

229 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito. 3. Direito Administrativo. 4.
Análise Econômica do Direito. 5. Economia. I. Cademartori,
Luiz Henrique Urquhart. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Amana Kauling Stringari

**A INFLUÊNCIA ECONÔMICA SOBRE O DIREITO
ADMINISTRATIVO: UMA PROPOSTA
NEOADMINISTRATIVISTA**

Este (a) Dissertação/Tese foi julgado(a) adequado(a) para
obtenção do Título de “...”, e aprovad(o)a em sua forma final pelo
Programa ...

Local, x de xxxxx de xxxx.

Prof. xxx, Dr.
Coordenador do Curso

anca Examinadora:

Prof.^a xxxx, Dr.^a
Orientadora
Universidade xxxx

Prof.^a xxxx, Dr.^a
Corientadora
Universidade xxxx

Prof. xxxx, Dr.
Universidade xxxxxx

A meus pais, Carlos e Aida.

Agradeço:

À minha família - pai Carlos, mãe Aida, irmão Caio e avó Heda -, pelo incentivo aos estudos, fornecido através das oportunidades que me proporcionaram e do incessante apoio moral e estímulo constante à obtenção de conhecimento.

Ao meu marido, Jota, por ter me acompanhado durante toda formação superior e por partilhar comigo de alguns dos valores que motivaram o presente trabalho. E, em especial, por termos formado, junto com o Cookie, uma família com a qual para sempre desejo estar.

Ao Professor orientador, Dr. Luiz Henrique Cademartori, pelo incessante e fundamental apoio ao desenvolvimento de meus estudos no PPGD e com quem pude estabelecer uma frutífera parceria de amizade e trabalho.

À espiritualidade, que me oportunizou a realização desse e dos estudos anteriores. A mim cabe o compromisso de propagar o conhecimento a quem mais interessar..

"The economy, stupid!"
(James Carville – estrategista da
campanha de Bill Clinton à
presidência dos EUA, em 1992)

RESUMO

O Direito Administrativo nacional foi marcado, nas últimas décadas, por importantes transformações que o dissociaram da postura interventiva e o fizeram assumir sua função regulatória. No exercício dessa função, o Estado passou a congrega interesses de entes privados prestadores de serviços públicos, dos cidadãos usuários e de todos os demais interesses englobados por essa relação. A predominância da função regulatória do Estado decorreu da busca pela eficiência na prestação dos serviços públicos e do contexto de escassez de recursos públicos aptos a atender os compromissos que a Constituição Federal lhe designou. Para tanto, foram criados institutos destinados a permitir o exercício do Estado regulador, os quais foram congregados como corrente ora designada Neoadministrativismo. Em todos esses institutos, identificou-se a preocupação com aspectos extrajurídicos, notadamente econômicos. A influência econômica é observada através da teoria jurídica da Análise Econômica do Direito (AED), a qual propõe a interpretação do Direito a partir de conceitos e da lógica da Economia. Segundo a hermenêutica proposta pela AED, a maximização, a racionalidade do agente, os incentivos, a eficiência, as externalidades, os custos de transação e os *tradeoffs* são conceitos centrais a partir dos quais o Direito é compreendido. A alocação de recursos públicos opera, necessariamente, um custo de oportunidade no contexto de escassez econômico-financeira verificado na Administração Pública, o que determina ao seu gestor a mensuração dos custos e a opção por escolhas trágicas de direitos. A aproximação entre o Direito e a Economia se revela a partir da verificação dos pressupostos da Análise Econômica do Direito nos contratos administrativos, nas licitações públicas, nas Parcerias Público-Privadas e no Procedimento de Manifestação de Interesse. A congregação de postulados econômicos fornece elementos comumente ignorados pelo Direito, que influenciam o alcance e os resultados das normas jurídicas e das políticas públicas.

Palavras-chave: Estado. Regulação. Análise Econômica do Direito. Neoadministrativismo

ABSTRACT

The national Administrative Law was identified in the last decades by important changes that turned it from interventionist to regulatory. In this function the State congregates the interests of public service providers and the interests of users and all other parts interested in this relation. The dominance of the regulatory State was due to the search for efficiency in public services since the public resources are limited to provide constitutional rights. Therefore institutes were created to allow the operation of the regulatory State in a movement called Neoadministrativism. All those institutes had influences beyond Law, such as the Economy. The economic influence is interpreted by Economic Analysis of Law (EAL), which intends to interpretate Law from an economic point of view. According to the EAL interpretation, maximization, agent rationality, incentives, efficiency, externalities, transactions costs and the tradeoffs are all main concepts in the comprehension of Law. Public resources allocation demands a tradeoff due to limited resources, which determinates the necessary choice considering the costs and the tragic choices of public policies. The connection between Law and Economics stands out in the assumptions of Economic Analysis of Law in public contracts, in Public Partnerships, in the Interest Manifestation Procedure and in public biddings ruled by law 8.666/93. The economic assumptions, which are usually ignored by Law, influence the achievements and the results of government policies.

Keywords: State. Regulation. Economic Analysis of Law. Neoadministrativism

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	25
2 A REGULAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO...29	29
2.1 ASPECTOS DESTACADOS DA EVOLUÇÃO DO ESTADO - DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO REGULADOR.....	29
2.2 ASPECTOS DESTACADOS DA EVOLUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO.....	35
2.3 O MODELO BRASILEIRO DE ESTADO REGULADOR.....	48
2.3.1 Conceitos e características da regulação.....	50
2.3.2 Aspectos gerais da regulação econômica.....	55
2.3.3. A qualidade da regulação.....	64
2.3.4 O princípio da subsidiariedade.....	69
2.4 O ATUAL ESTÁGIO DA REGULAÇÃO-----	73
2.5 O MODELO BRASILEIRO DE AGÊNCIAS REGULADORAS.....	77
3 A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA.....	85
3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	88
3.1.1 Os pressupostos da Análise Econômica do Direito.....	95
3.1.2 A hermenêutica econômica.....	108
3.2 A POSSÍVEL INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	111
3.2.1 Os riscos de indevidas interferências econômicas sobre o Direito Administrativo.....	119
3.3 O "CUSTO" E AS "ESCOLHAS TRÁGICAS" DOS DIREITOS.....	128
3.3.1 A doutrina da "reserva do possível".....	136
3.4 OS INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE LIMITAÇÃO DOS GASTOS PELO ESTADO.....	141
3.5 OS INSTRUMENTOS UTILIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA SUPRIR A FALTA DE CAPACIDADE FINANCEIRA DO ESTADO.....	147
3.5.1 As Parcerias Público-Privadas.....	150
4 A INFLUÊNCIA ENTRE DIREITO E ECONOMIA NOS INSTITUTOS DO NEOADMINISTRATIVISMO.....	161
4.1 A "QUARTA REVOLUÇÃO" E A BUSCA POR UM NOVO MODELO DE ESTADO.....	161
4.2 O NEOADMINISTRATIVISMO.....	169
4.3 A INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NOS INSTITUTOS DO NEOADMINISTRATIVISMO.....	177
4.3.1 A má utilização dos conceitos econômicos nas licitações e contratos administrativos.....	179
4.3.2 Os incentivos econômicos presentes nas Parcerias Público-Privadas.....	187
4.3.3 O Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI.....	195

4.4	A	INTERDISCIPLINARIEDADE	NECESSÁRIA	AO	
		DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....			198
5		CONSIDERAÇÕES FINAIS.....			207
		REFERENCIAS			211

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará evolução operada no Direito Administrativo brasileiro a partir dos institutos criados após a reforma gerencial ocorrida na década de 90. O problema central a ser investigado consiste em verificar mutação pela qual passou o Direito Administrativo brasileiro, se a aproximação com a Economia influenciou o direcionamento dessas mudanças e, enfim, se é possível identificar um novo movimento surgido dentro do Direito Administrativo brasileiro.

Com esse intuito, analisar-se-á o funcionamento do Estado a partir de seu modelo vigente – o Estado Regulador, bem como a corrente teórica fundada na inter-relação entre Direito e Economia, a Análise Econômica do Direito. Pretende-se demonstrar como fundamentos econômicos têm influenciado as diretrizes do Direito Administrativo nacional.

O Estado brasileiro mudou a forma de sua atuação diante da verificação da impossibilidade do cumprimento, por si só, dos deveres impostos pela Constituição Federal e da lógica de centralização burocrática que não mais atendia às demandas econômicas e sociais. Isso não obstante o movimento ocorrido em 1967, quando houve tentativa de reforma pós-burocrática que, ao longo do tempo, revelou-se superada.

A exemplo das reformas empreendidas em outros países, o Brasil adotou instrumentos flexibilizadores da atuação estatal. Foi por meio das diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e da orientação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) que foram instituídas medidas centrais a essa transformação, tal qual a inserção da eficiência dentre os princípios orientadores da Administração Pública, no *caput* do art. 37, da Constituição Federal.

As mudanças empreendidas buscaram afastar o Estado da atuação diretamente prestadora de serviços e deram-lhe condições de atuar por intermédio de parceiros privados. Anteriormente à Emenda Constitucional n. 19/98, o Governo Federal promoveu amplo processo de privatizações e concessões de serviços públicos. Em conjunto, as medidas adotadas à época traduziram a tentativa de adoção de uma postura menos intervencionista e mais reguladora.

O Estado buscou subsidiar-se na iniciativa privada a fim de possibilitar a diminuição do déficit de investimentos em infraestrutura nacional. A ampla gama de investimentos necessários, sejam eles portuários, rodoviários, aeroportuários, ou de estádios e instalações esportivas para os grandes eventos sediados pelo Brasil, tornou

imperativa a adoção de uma política que atraísse os investidores, nacionais ou estrangeiros, a aportar enormes somas de dinheiro em obras pelo país.

A busca pela eficiência e o contexto de escassez de recursos públicos aptos a atender a todos os compromissos assumidos no texto constitucional fez com que surgissem, no âmbito do Direito Administrativo, figuras que permitissem à Administração Pública uma atuação coadunada à realidade na qual estava inserida. Para tanto, necessitou tornar atrativo o aporte de recursos privados em investimentos públicos. Com isso, inaugurou-se um novo paradigma de atuação estatal, em que o direito público se despe de características que lhe eram inatas, a fim de melhor se adequar aos interesses do mercado.

É justamente essa adequação que se pretende abordar no presente estudo. A Análise Econômica do Direito demonstra a intrínseca relação entre o Direito e a Economia e a constante influência entre as duas ciências. Inclusive na área especificamente abordada neste trabalho, qual seja, os institutos e meios de atuação criados pelo Estado na seara do Direito Administrativo. Demonstrar-se-á que o surgimento e as feições que os caracterizam possuem “digital da economia de mercado”.

Não se pretende criticar o mercado, mas tomá-lo como realidade dada, pela qual o Direito é influenciado permanentemente e não se pode esquivar, seja pela suscitação de sua aparente “pureza” ou pela argüição de qualquer teoria discursiva que pretenda isolá-lo do ambiente em que subsiste. Pretende-se investigar como a constante interação entre o Direito e a Economia pode servir para auxiliar e melhor compreender as conseqüências desta influência em ambos os campos de estudo.

No enfoque dado a presente investigação, não se adentrará as profundezas da teoria Econômica, tendo em vista que o escopo pretendido é demonstrar, em termos jurídicos e dentro do campo de atuação do Direito, como já se faz presente a influência econômica na formulação das políticas administrativas. Por isso, eventuais omissões de estudos econômicos serão notadas.

No Brasil, a crescente investigação doutrinária acerca da Análise Econômica do Direito tem sido primordialmente baseada no direito privado, sem que se tenha abordado a correlação entre Direito e Economia no âmbito da Administração Pública. Deste enfoque deriva a problematização a respeito do custo dos direitos e do papel do Estado e sua limitação econômica ante os compromissos assumidos na Constituição Federal de 1988.

A relevância do tema se situa na investigação da presença de preocupações de caráter eminentemente econômico em políticas de

Direito Administrativo, normalmente abordados sob enfoque somente jurídico.

Para o alcance desse objetivo, no primeiro capítulo, situar-se-á o Direito Administrativo no estágio atual que a doutrina lhe caracteriza, como conjunto de institutos de regulação. Para tanto, retroceder-se-á cronologicamente para, em abordagem tópica e sucinta, demonstrar-se como se chegou a este modelo, tanto na realidade do ocidente, quanto no Estado brasileiro.

A caracterização do Estado como regulador demandará também a análise da forma como se opera a regulação e o estágio em que se encontra. Necessariamente, serão abordadas as Agências Reguladoras, os quais caracterizam a atuação regulatória no Brasil.

O segundo capítulo averiguará a aproximação entre o Direito e a Economia. A teoria de base que fornecerá os substratos a essa apuração será a Análise Econômica do Direito, a qual será apresentada em termos gerais baseados em seus pressupostos teóricos. A integração entre Direito e Economia demandará a abordagem da configuração de uma hermenêutica econômica, bem como dos aspectos que possibilitam essa interação no âmbito do Direito Administrativo e daqueles que põem o Direito ao risco de indevidas interferências econômicas.

A abordagem da influência econômica passará pela perquirição teórica dos custos dos direitos e dos instrumentos que limitam os gastos estatais. Como exemplos de alternativa às limitações de recursos, serão abordadas as Parcerias Público-Privadas.

O terceiro, capítulo investigará a congregação da atuação regulatória do Estado com os institutos criados a partir desse paradigma, sob o enfoque da presença de aspectos econômicos que os caracterizam.

Para tanto, serão expostos exemplos que caracterizam a presença de preocupações econômicas na normatização dessas figuras do Direito Administrativo. Não se pretende esgotar os casos onde se detecta esse diálogo juseconômico, mas demonstrar, por meio de exemplos, como essa troca já está presente na atuação estatal.

Por meio dos tópicos citados, objetiva-se sugerir um novo espectro ao estudo do Direito Administrativo, voltado à interdisciplinariedade e integrado à investigação de campos de estudo correlatos ao Direito. No recorte proposto, pretende-se demonstrar como a aproximação com a Economia, por meio do estudo teórico da Análise Econômica do Direito, faz-se presente, e também como o aprofundamento do seu estudo pode auxiliar na formulação de políticas públicas.

2 A REGULAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

2.1 ASPECTOS DESTACADOS DA EVOLUÇÃO DO ESTADO – DO BEM-ESTAR SOCIAL AO ESTADP REGULADOR

Uma esquemática digressão da evolução que levou o Estado brasileiro a protagonizar seu papel de ente regulador tem origens remotas, e será topicamente analisado a seguir.

O recorte temporal adotado tem início na era do Estado Liberal¹, com a formação dos Estados nacionais.

O Estado Liberal surgiu da luta travada em face do regime absolutista e “preconizou o paradigma clássico da separação Estado/sociedade que supunha o monopólio estatal do poder político e da Administração Pública” (FREITAS, 2011, p. 46). Ainda que limitado à noção de administração estatal, responsável tão-somente pela garantia da liberdade e da propriedade, esse modelo rompeu a confusão do Estado com a figura do rei e promoveu a conseqüente separação de poderes.

A figura central do Estado Liberal era o indivíduo e sua liberdade. Sob a influência da teoria de John Locke, a liberdade individual era reconhecida como a defesa de sua propriedade². O individualismo se opunha à interferência estatal, e a propriedade era defendida da pesada carga tributária antes presente e necessária a garantir a sustentação do regime absolutista.

¹ “A proposta liberal de Estado, cujas raízes remontam às revoluções coloniais americanas, culminando com a vitória burguesa na Revolução Francesa, parte, antes de mais nada, de premissa diametralmente oposta à concentração de poder, típica do sistema governativo encontrada nas monarquias absolutistas. O que se pretendia do Estado em sua faceta liberal era desenhar uma estrutura de poder guardadora dos direitos de liberdade, igualdade e propriedade dos indivíduos”. (NIEBUHR, 2008. p.29)

² A respeito da doutrina de Locke, comenta Luis Henrique U. Cademartori: “O Estado Civil somente seria necessário e instaurado devido à impotência à qual se encontra reduzida tal sociedade quando eventualmente atacada por inimigos externos ou internos. Segundo este autor, os ‘direitos naturais’ não tinham força coativa para dar-lhes tal segurança, por isso seria necessário criar um poder capaz de formalizar esses direitos, dando-lhes força de imposição. Criar-se-ia, então, o Estado propriamente ditto, com seu corpo legislativo, judiciário, policial e militar. Mas, acima de tudo, este Estado dependeria de como iria servir ao bem público” (CADEMARTORI, 2001, p.42)

[...] O homem nasce com direitos a perfeita liberdade e gozo ilimitado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, tanto quanto qualquer outro homem ou grupo de homens, e tem, nessa natureza o direito não só de preservar sua propriedade – isto é, a vida, a liberdade e as posses – contra os danos e ataques de outros homens, mas também de julgar e punir dessa lei pelos outros, conforme julgar da gravidade da ofensa, até mesmo com a própria morte nos crimes em que o horror da culpa o exija, se assim o parecer. Contudo, uma vez que uma sociedade política não pode existir nem manter-se nem ter em si o poder de preservar a propriedade e, para isso, punir as ofensas cometidas contra qualquer de seus membros, só podem afirmar que há sociedade política quando cada um de seus membros abrir mão do próprio direito natural transferindo-o à comunidade, em todos os casos passíveis de recurso à proteção da lei por ela estabelecida. (LOCKE, 2006, p.69)

Dominava a crença de que o livre-mercado traria benefícios coletivos e garantiria o oferecimento de suprimentos necessários à população. No âmbito administrativo, conforme defendido por Adam Smith, caberia ao Estado defender os cidadãos da violência e da invasão por parte de outras nações. E também deveria administrar a justiça e organizar a atividade policial combativa e preventiva de ações criminosas.

As ações positivas do Estado se concentravam em fornecer o aparato e as instituições minimamente necessários ao ambiente comercial³. Dentre estes, destacam-se a administração da moeda, os serviços postais e a educação.

³ Observa-se que dentro do modelo liberal, ainda que se admitisse a conveniência de delegar ao corpo estatal a administração e manutenção de determinados serviços e obras, dada a relevância da atividade ou sua incompatibilidade à lógica lucrativa, havia a constante tendência de se desvincular a Administração do custeio das despesas oriundas dessa atividade através de uma fonte geral de receitas, dado o propósito de ingerência mínima sobre o patrimônio particular. Assim, se o serviço ou obra pudessem ser singularmente usufruídos por um particular ou grupo deles, sempre junto a estes é que se deveria buscar seu custeio. Em tese e por raciocínio lógico, o indivíduo financeiramente incapaz de usufruir a utilidade, comodidade ou do serviço, dele não participava ou fazia uso. (NIEBUHR, 2008, p.36)

Porém o cenário liberal demandava a contínua prosperidade econômica para se sustentar, já que não oferecia nenhuma garantia estatal à proteção dos cidadãos. Durante a Primeira Guerra Mundial, a economia dos Estados Unidos da América (EUA) manteve-se em pleno desenvolvimento graças às demandas dos países europeus envolvidos no conflito bélico. O contexto positivo envolvia a oferta de empregos, a queda dos preços e a expansão do crédito. O quadro de alta demanda de fornecimento de produtos e gêneros agrícolas perdurou após o término da Guerra, durante o período de reconstrução das nações européias. Entretanto, a progressiva recuperação desses países fez diminuir drasticamente a importação de produtos estrangeiros, o que redundou no aumento dos estoques das indústrias. A superprodução resultou na brusca queda dos lucros, no desemprego e na retração geral da indústria. Com isso, diversas empresas que negociavam suas ações na Bolsa de Valores americana sofreram com a corrida dos investidores para vender seus papéis.

O desemprego e a falência de empresas bateram recordes. As relações comerciais mantidas pelos EUA com outros países fizeram com que a crise refletisse seus efeitos em outras economias. A Grande Depressão também trouxe à tona as disparidades e os custos sociais derivados da política econômica baseada na ampla liberdade de mercado, isenta de ingerência estatal.

Em resposta à crise econômica deflagrada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York, o Estado assumiu uma postura intervencionista, seja em prol das garantias sociais dos cidadãos, como também para transformar o *laissez faire* vigente até então. As previsões e garantias sociais revelavam uma nova face de atuação estatal⁴. Gestava-se, então, uma forte modulação interventiva no Estado de Direito, que se consolidou sob o rótulo de Estado de Bem-Estar Social⁵.

⁴ A despeito das previsões anteriores insertas nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, de 1919, as quais continham previsões de Estado Social e estabeleceram a fundamentalidade dos direitos trabalhistas e previdenciários.

⁵ No Estado de Bem-Estar Social, uma vez designado à Administração Pública o papel de protagonista principal no estímulo e aquecimento da economia (através de investimentos estatais maciços, do fomento à iniciativa privada, além do empreendimento direto de *grands obras públicas*), a consecução de seus novos deveres, de garantias sociais, far-se-ia por intermédio da prestação de relevantes serviços e da execução de políticas de seguridade social. E as novas funções assumidas pelo Estado alterariam, da mesma forma, a atividade administrativa. (NIEBUHR, 2008, p.42)

O Estado assume o papel de garantidor da concretização do bem-estar, deixando para trás o objetivo da garantia dos direitos de propriedade e liberdade, e a Administração Pública é alçada à posição de executora das políticas do Estado e transforma-se em Administração prestadora. (FREITAS, 2011, p.60)

Fortemente influenciado pela doutrina do economista inglês John Maynard Keynes⁶, que defendia o uso de medidas fiscais e monetárias para minimizar os efeitos de crises econômicas, e reforçada pela necessidade de reconstrução das economias desenvolvidas após as duas Grandes Guerras, os Estados passaram a atuar de modo direto na economia e na prestação de serviços públicos⁷.

Há um consenso de que o Welfare State serviu como um meio de compensar, por intermédio de políticas de cunho keynesiano, a insuficiência do mercado em adequar os níveis de oferta e

⁶ John Maynard Keynes, (born June 5, 1883, Cambridge, Cambridgeshire, Eng. — died April 21, 1946, Firle, Sussex), English economist, journalist, and financier, best known for his economic theories (Keynesian economics) on the causes of prolonged unemployment. His most important work, *The General Theory of Employment, Interest and Money* (1935–36), advocated a remedy for economic recession based on a government-sponsored policy of full employment (John Maynard Keynes, [nascido em 05 de junho de 1883 , Cambridge , Cambridgeshire, Eng . - Morreu 21 de abril de 1946 , Firle , Sussex], Inglês economista , jornalista e financista , mais conhecido por suas teorias econômicas (economia keynesiana) sobre as causas de desemprego prolongado. Sua obra mais importante, A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda (1935-1936) , defendeu uma solução para a retirada econômica com base em uma política patrocinada pelo governo do pleno emprego) (ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. John Maynard Keynes. Disponível em < <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/315921/John-Maynard-Keynes>>. Acesso em 19 de março de 2015, tradução nossa).

⁷ Ricardo Vélez Rodríguez aponta três principais resultados da aplicação dos ensinamentos desenvolvidos por Keynes: (1) a difusão de seus estudos nos meios universitários britânico, na Universidade de Cambridge, e norte-americano, na Universidade de Harvard; (2) as reformas empreendidas na Conferência de Bretton Woods, em 1944, que transformou as relações econômicas mundiais a partir da idéia central de “necessidade de intervenção indireta do Estado na economia, visando à superação das crises cíclicas do capitalismo” (RODRIGUEZ, 1999, p. 51); e (3) a superação das crises cíclicas do capitalismo e a constituição do Welfare State nos Estados Unidos e na Europa Ocidental. (RODRIGUEZ 1999, p. 47-59)

demanda agregada, controlar politicamente as organizações de trabalhadores e capitalistas e estimular a mercantilização da força de trabalho segundo padrões industriais fordistas, ao administrar alguns dos riscos inerentes a esse tipo de relação de trabalho e ao transferir ao Estado parte das responsabilidades pelos custos de reprodução da força de trabalho. (COELHO, 2005, p.61)

Nos Estados Unidos da América, a política do *New Deal*, implementada pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt entre os anos de 1933 e 1937, objetivou recuperar a economia americana, ainda prejudicada pelos efeitos da Grande Depressão, e oferecer assistência aos milhões de cidadãos afetados pela crise. O Estado americano investiu maciçamente em obras públicas, construindo usinas hidrelétricas, pontes, hospitais, aeroportos e diminuiu a jornada de trabalho. Estas medidas resultaram na criação de milhares de postos de trabalho. Junto com isso, implementaram-se políticas de proteção aos trabalhadores, como a instituição do salário mínimo, a criação do seguro-desemprego e do seguro-velhice. No setor agrícola, o governo adotou medidas drásticas e determinou a destruição de estoques de gêneros agrícolas, para conter a queda dos preços, e controle sobre as suas produções.

Todas essas eram medidas que, de alguma forma, contrastavam com o ambiente economicamente liberal que predominava na cultura norte-americana⁸. Mas a crise social demandou do Estado atuação direta em prol do socorro à economia e às pessoas atingidas.

⁸ Na doutrina norte-americana, a adoção do *New Deal* não esteve livre de críticas, em especial daquelas que hoje analisam os impactos da adoção dessa política: “o sistema regulatório estabelecido durante o *New Deal* falhou em cumprir sua promessa original. Naquela época, os reformadores acreditavam que os agentes públicos funcionariam como agentes transformadores independentes, com iniciativa própria, politicamente neutros e com grande conhecimento técnico. Essa idéia basicamente uniu a crença constitucional original na necessidade de um governo central enérgico ao desejo, associado ao movimento progressista, de isolar os agentes públicos de pressões particularistas, a serviço do interesse público de longo prazo. O conceito de administração autônoma, atualmente sob intenso ataque, era originalmente fonte de grande otimismo a respeito da reforma possível do sistema de freios e contrapesos. Os *New Dealers* acreditavam que mudanças institucionais eram necessárias para permitir que o governo federal enfrentasse os múltiplos

Medidas semelhantes estiveram presentes nos países europeus que, devastados após a II Guerra Mundial, buscaram socorro na ajuda norte-americana. Os EUA condicionaram seu auxílio à implementação de políticas econômicas de controle dos mercados.

A recuperação econômica e o crescimento após a II Guerra, até o início dos anos 1970, foram interrompidos pela crise do petróleo, em 1973 e “crash” da bolsa em 1973-1974. Os governos não detinham mais recursos para fazer frente a suas despesas correntes, tampouco a ampla gama de serviços que oferecia aos cidadãos por meio do Estado de Bem-Estar Social.

Novamente, as crises econômicas impulsionaram reformas na estrutura dos Estados. Mas, desta vez, em movimento inverso àquele ocorrido após a quebra da bolsa, em 1929. Em meados da década de oitenta, os países encontravam-se imersos em vultosos déficits fiscais e intensa crise econômica. Ademais, não conseguiram prestar os serviços públicos na forma com a qual se propuseram.

Análises feitas à época indicavam o custo do aparato estatal como uma das principais causas do desarranjo econômico. Assim, os governos britânico de Margareth Thatcher e americano de Ronald Reagan viraram os rumos a uma política desestatizante e economicamente liberal, como tentativa de solução para a crise.

A quadra final do século XX corresponde à terceira e última fase, a pós-modernidade, que encontra o Estado sob crítica cerrada, densamente identificado com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. Mesmo junto a setores que o vislumbravam outrora como protagonista do processo econômico, político e social, o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do processo e da regulamentação. (BARROSO, 2005, p.2)

Como resposta à crise, diversos países⁹ adotaram reformas administrativas, orientadas a uma política de governo focada na qualidade da gestão pública e na atuação regulatória do Estado.

problemas econômicos e sociais que surgiram no rastro da depressão” (SUNSTEIN, 2004, p.132).

⁹ Na América Latina, ao menos 17 países realizaram reformas administrativas: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador,

2.2 ASPECTOS DESTACADOS DA EVOLUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

O Brasil nunca experimentou uma experiência política que propriamente se possa denominar Estado Liberal¹⁰, tampouco Estado de Bem-Estar Social. Embora a Constituição de 1988 contenha em seu bojo bastantes garantias sociais, suas previsões não garantem, por si só, a atuação estatal centrada em políticas de bem-estar, pois que se condiciona a fatores outros que também a influenciam, tal qual o contexto econômico, adiante explicitado. Por isso, deve-se analisar a evolução da Administração Pública brasileira à parte das prévias noções dos eventos ocorridos em outros países.

Embora a Reforma Administrativa de 1995, focada na aproximação de uma suposta eficiência privatista ao âmbito público,

Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela (CARDOSO, 2006, p.43)

¹⁰ Segundo Raymundo Faoro, o patrimonialismo da política nacional foi sua marca constante: “A realidade histórica brasileira demonstrou — insista-se (cap. III, 2) — a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista. Adotou do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar”. (FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Editora Globo, 2001, p. 869). Essa característica, de acordo com o autor, teve influência de Portugal, onde “O capitalismo possível será o politicamente orientado — a empresa do príncipe para alegria da corte e do estado-maior de domínio que a aprisiona. A indústria, a agricultura, a produção, a colonização será obra do soberano, por ele orientada, evocada, estimulada, do alto, em benefício nominal da nação. Onde há atividade econômica lá estará o delegado do rei, o funcionário, para compartilhar de suas rendas, lucros, e, mesmo, para incrementá-la. Tudo é tarefa do governo, tutelando os indivíduos, eternamente menores, incapazes ou provocadores de catástrofes, se entregues a si mesmos. O Estado se confunde com o empresário, o empresário que especula, que manobra os cordéis, o crédito e o dinheiro, para favorecimento dos seus associados e para desespero de uma pequena faixa, empolgada com o exemplo europeu. Todo o influxo externo, de produção de bens ou de aquisição de técnicas, sofre o efeito triturador e nacionalizador do estamento, que retarda a modernização do país. A árvore, submetida ao oxigênio viciado de estufa, não perece; produz sempre os mesmos frutos, cada vez mais pecos, sem polpa, amarelos”(FAORO, 2001, p. 101)

queira fazer crer que naquele momento se inaugurou um novo marco da Administração Pública nacional, uma rápida digressão histórica aponta a existência de prévias iniciativas similares.

Em 1937, após a instituição do Estado Novo, na era Vargas, a Constituição Federal previu, no art. 67, a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP). Criado por meio do Decreto-Lei 579, de 30 de julho de 1938, e subordinado diretamente à Presidência da República, coube ao DASP organizar a estrutura administrativa da União, apresentar proposta orçamentária, acompanhar a execução orçamentária, e auxiliar o Presidente na proposição de leis e decretos, tudo com amparo na eficiência e economicidade (OLIVEIRA, 2017, p. 1).

Implantou-se, em cada Ministério, uma Comissão de Eficiência, administrativamente subordinada ao Ministro de Estado e tecnicamente ao DASP. A Comissão deveria estudar permanentemente a organização dos serviços afetos ao Ministério, propondo ao Ministro as alterações que entendesse pertinentes, inclusive relativas à remoção e promoção de pessoal; e inspecionar os serviços do Ministério e propor medidas para sua racionalização, de acordo com as diretrizes do DASP (OLIVEIRA, 2017, p. 2).

Em moldes weberianos¹¹, a reforma getulista buscava implementar a burocratização da máquina estatal, modelo prevalente de

¹¹ Max Weber delineou as características da burocracia ao definir os elementos que constituem a “autoridade burocrática”. São eles: “1. As atividades normais exigidas pelos objetivos da estrutura governada burocraticamente dividem-se de forma estável como deveres oficiais. 2. A autoridade que dá as ordens necessárias para a alternância desses deveres é distribuída de forma estável e rigorosamente delimitada por normas referentes aos meios coativos, físicos, sacerdotais ou de outra espécie, do qual podem dispor os funcionários. 3. O cumprimento normal e continuado desses deveres, bem como o exercício dos direitos correspondentes, é assegurado por um sistema de normas; somente podem prestar serviços aquelas pessoas que, segundo as regras gerais, estão qualificadas para tanto”. A divisão hierárquica de cargos em diversos níveis de autoridade, divididos por competências específicas, são características intrínsecas do funcionamento do aparato público movido pela burocracia, que se revelava aos escritos de Weber como inescapável aos governos e aos governados: “Os governados, por sua vez, não podem prescindir do aparelho burocrático de autoridade, ou substituí-lo, quando já existe, visto que esta burocracia funda-se em uma preparação especializada, uma divisão funcional do trabalho, e uma constelação de atitudes metodicamente integradas. Se o funcionário deixar de trabalhar, ou se o seu trabalho sofrer uma interrupção forçada, sobrevêm o caos e é difícil encontrar, entre os governados, substituintes

Administração Pública à época¹². Além disso, “também, adotava como bandeira o profissionalismo da Administração Pública, por meio de sua racionalização e de seu treinamento técnico” (PECI, 2008, p.43).

Porém, o modelo conservava a prática da concessão de privilégios, como no coronelismo com o qual buscava romper.

Entretanto, embora tenham sido valorizados instrumentos importantes à época, tais como o instituto do concurso público e do treinamento, não se chegou a adotar consistentemente uma política de recursos humanos que respondesse às necessidades do Estado. O patrimonialismo (contra o qual a administração pública burocrática se instalara), embora em processo de transformação, mantinha ainda sua própria força no quadro político brasileiro. O coronelismo dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo. (BRASIL, 1995, p.19)

A reforma promovida pelas ações do DASP foi destacadamente sucedida pela instituição do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967.

que sejam capazes de controla-lo. Isto vale tanto para a administração pública quanto para a administração econômica privada. A sorte material das massas depende cada vez mais do andamento regular e correto das estruturas cada vez mais burocráticas do capitalismo privado. E isto faz com que cada vez seja mais utópica a tentativa de eliminá-las”. (WEBER, 19?, p.59/60). O mesmo autor complementa: “La administración burocrática significa: gracias al *saber*; éste representa su carácter racional fundamental y específico. Más allá de la situación de poder condicionada por El saber de la *especialidad* la burocracia (o ela soberano que de ella se sirve) tiene la tendencia a acrecentar aún más su poder por medio del saber de *servicio*: conocimiento de hechos adquirido por las relaciones del servicio o ‘depositado em el expediente’”. (A administração burocrática significa: graças ao conhecimento; ele representa o seu carácter racional fundamental e específico. Além da situação de poder condicionada pelo conhecimento especializado da burocracia (ou o soberano que o utiliza) tende a aumentar ainda mais o seu poder através do conhecimento do serviço : o conhecimento de fato adquirido através de relações de serviço ou depositados em registro”) (WEBER, 1944, p. 179, tradução nossa).

¹² Foi com Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes que a racionalização foi instituída na máquina pública, estruturada por meio de carreiras burocráticas na tentativa de serem preenchidas por concurso público. A idéia era a de modernizar a burocracia no âmbito da política e do aparato administrativo do Estado Novo. (GUERRA, 2012, p. 57)

Resultado das análises realizadas pela Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa (COMESTRA), designada a pensar modelos de reforma do Estado, o Decreto-Lei 200/67 implementou profundas alterações na estrutura administrativa brasileira, ao especializar a execução de suas atividades por meio da atuação de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (OLIVEIRA, 2017, p. 3). Era a tentativa de agilizar a administração, com a designação de competências específicas aos entes públicos e controle hierárquico dos órgãos submetidos ao Poder Executivo.

Por essa norma, verifica-se a idéia de ampla centralização administrativa no Poder Executivo federal e certo desequilíbrio de forças na relação federativa. Ademais, cogita-se que essa norma constituiu um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo, até mesmo, ser considerada como um primeiro momento da Administração Gerencial no Brasil. (GUERRA, 2012, p.60)

Os princípios elencados no art. 6º do Decreto-Lei, planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, sintetizam os vértices da reforma estatal promovida em 1967.

Entretanto, as reformas operadas pelo Decreto-Lei 200/67 não desencadearam mudanças no âmbito da administração burocrática central, permitindo a coexistência de núcleos de eficiência e competência na administração indireta e formas arcaicas e ineficientes no plano da administração direta ou central. O núcleo burocrático foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que não desenvolveu carreiras de administradores públicos de alto nível, preferindo, ao invés, contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais. (BRASIL, 1995, p.20)

Novos estudos sobre a modernização do aparelho estatal foram promovidos na década de 70 pela Secretaria de Modernização – SEMOR, e nos anos 80, pelo Ministério da Desburocratização e Programa Nacional de Desburocratização.

O contexto da transição democrática, em 1985, é marcado pelo [...] loteamento dos cargos públicos da administração indireta e das delegacias dos

ministérios nos Estados para os políticos dos partidos vitoriosos. Um novo populismo patrimonialista surgia no país. De outra parte, a alta burocracia passava a ser acusada, principalmente pelas forças conservadoras, de ser a culpada da crise do Estado, na medida em que favorecera seu crescimento excessivo. (BRASIL, 1995, p.21)

A Constituição Federal de 1988 foi notadamente marcada pelas previsões de defesa dos direitos fundamentais e ampla gama de deveres prestacionais por parte do Estado em favor dos cidadãos. O conjunto dessas previsões, aliado às novas garantias dadas aos servidores públicos, resultou no aumento do tamanho do Estado, o que redundou no crescimento da despesa pública. A exemplo do ocorrido em outros países, o aumento da presença do Estado fez com que no Brasil se experimentasse um exponencial desequilíbrio das contas públicas¹³.

Essa considerável expansão do setor público foi acompanhada de um desequilíbrio das contas públicas e um grande aumento da dívida pública desses países [da OCDE]. Em 1980, a grande maioria dos países apresentou problemas de equilíbrio de contas, traduzido em déficit fiscal. Em média, para o conjunto de países da OCDE, tal déficit atingiu a marca de -3,3% do PIB. Por outro lado, a expansão da dívida pública evidencia claramente os problemas de performance do setor público. Se em 1913 a dívida pública era em média 59,2% do PIB, em 1997 esta cresceu para o patamar de 71% considerado o tremendo aumento do PIB no referido conjunto de países, durante o período em questão. (REZENDE, 2004, p.23)

¹³ Consta do Plano da Reforma e Aparelhamento do Estado: “É importante ressaltar que a redefinição do papel do Estado é um tema de alcance universal nos anos 90. No Brasil esta questão adquiriu importância decisiva, tendo em vista o peso da presença do Estado na economia nacional: tornou-se, conseqüentemente, inadiável equacionar a questão da reforma ou da reconstrução do Estado, que já não consegue atender com eficiência a sobrecarga de demandas a ele dirigidas, sobretudo na área social. A reforma do Estado não é, assim, um tema abstrato: ao contrário, é algo cobrado pela cidadania, que vê frustrada suas demandas e expectativas”. (BRASIL., 1995, p. 10)

Todavia, o cenário econômico do país não acompanhou o seu desenvolvimento constitucional¹⁴, conforme sintetizam Patrícia Baptista:

No início dos anos oitenta do século XX, o modelo do Estado de Bem-Estar Social no Brasil já dava claros sinais de crise: perda da capacidade de investimento do Estado, deterioração dos serviços públicos prestados à população, elevado endividamento público, inflação descontrolada, recessão, etc. ao longo da “década perdida”, esse cenário aprofundou-se de tal forma que, no começo dos anos noventa, não parecia haver outra saída ao país que não promover uma mudança no modelo de Estado até ali existente, à semelhança do que já se passava na maior parte da Europa. (BAPTISTA, 2012, p.63)

E Flávio da Cunha Rezende:

A burocracia pública brasileira era, em meados dos anos 1990, um caso típico de baixíssima performance, marcada por uma precária relação entre as funções de formulação e implementação das políticas públicas, e por um crônico problema de gestão fiscal. O setor público brasileiro, [...], havia crescido consideravelmente, mas sem os necessários ajustes na matriz institucional e sob uma perspectiva mais ampla, nos seus mecanismos de controle. O diagnóstico era o de que uma profunda reforma administrativa deveria atacar os problemas de performance, especialmente porque o setor público era um componente poderoso na questão do equilíbrio fiscal do país. (REZENDE, 2004, p.29)

¹⁴ Caio Marini também expõe sua leitura da época: “A crise dos anos 70, que provocou iniciativas de reestruturação econômica e a reconfiguração das estratégias empresariais (em resposta à crescente globalização e à revolução tecnológica), chega no início dos anos 80, ao Estado a partir, principalmente, de três manifestações básicas: crise financeira (incapacidade de geração de poupança pública para a realização dos investimentos sociais), crise de identidade (transição caracterizada pelo abandono de alguns papéis tradicionais e incorporação de novos) e crise do modo de administrar (explicada pelo esgotamento do modelo burocrático)” (MARINI, 2005, p. 3).

Em resposta à crise, surgiram medidas que iniciaram a direção rumo à instituição de um Estado Regulador, inauguradas pelo Governo Fernando Collor, com o Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei Federal n. 8.031/90¹⁵.

As empresas privatizadas à época eram, em maioria, produtivas e vinculadas aos setores anteriormente designados como estratégicos, tais como as empresas siderúrgicas, petroquímicas e de fertilizantes. Nem o impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello alterou o curso das privatizações¹⁷ – no período de seu sucessor, Presidente Itamar Franco, “foram desestatizadas quinze empresas, com a arrecadação de cerca de quatro e meio bilhões de dólares norte-americanos, em sua maior parte em moeda corrente” (GUERRA, 2012, p.103).

¹⁵ Sobre a desestatização, importa colacionar a diferenciação proposta por Odete Medauar acerca de institutos comumente confundidos: a desestatização, a desregulamentação e a privatização. Desestatização significa a diminuição da presença do Estado, conferindo-se maior autonomia à sociedade. É gênero, do qual derivam a desregulamentação e a privatização. O primeiro consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o mercado e às atividades econômicas, a fim de simplificar e desburocratizar seus procedimentos. A segunda, por sua vez, traduz-se na transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (MEDAUAR, 2004, p.107).

¹⁶ Entre 1990 e 1992 foram incluídas sessenta e oito empresas no Programa Nacional de Desestatização, das quais dezoito foram desestatizadas, com a arrecadação de cerca de quatro bilhões de dólares norte-americanos, em grande parte de títulos representativos da dívida pública federal” (GUERRA, 2012, 101)

¹⁷ Para maior compreensão do processo de privatização no Brasil ver VALERIO, Alexandre Scigliano. Privatização: Direito e Economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

Fortemente influenciado pelas crises econômicas mundiais¹⁸ e pelas tendências adotadas em governos contemporâneos¹⁹, o Governo inaugurado em 1995, do Presidente Fernando Henrique Cardoso, buscou reformar as bases da Administração Pública brasileira, com amparo nas

¹⁸ Caio Marini contextualiza o momento de crise do Estado nesta época: “Somente na segunda metade dos anos 90 este movimento chega à América Latina e ao Brasil, em particular, ainda no início do primeiro governo FHC, em um contexto semelhante ao de outros países da região, caracterizado pelo aprofundamento da crise financeira do Estado e pela emergência de reformas estruturais prometidas durante a campanha presidencial e iniciada alguns meses antes da posse com o plano de estabilização econômica (Plano Real). Do conjunto de reformas apresentadas como prioritárias (flexibilização de monopólios, previdência social, tributária, política, etc.) destacava-se a necessidade de repensar a administração pública a partir de sinais de evidente esgotamento do modelo burocrático vigente. Embora houvesse certo grau de conscientização instalada sob o baixo padrão na prestação dos serviços públicos e da necessidade de mudanças, o assunto (reforma administrativa) estava fora da agenda desde o final dos anos 60 e a motivação junto aos servidores públicos era bastante desfavorável em decorrência da herança deixada por tentativas desastrosas recentes (desmonte da era Collor). Finalmente, vale destacar que esta seria a primeira tentativa de reforma num contexto democrático (governo eleito no primeiro turno, sustentado por uma ampla aliança política que assegurava a folgada maioria no Congresso Nacional)”. (MARINI, 2005, p. 4)

¹⁹ “Rapidamente, os governos contemporâneos se alinharam em torno de um ‘interesse global’ em reformar, reorganizar e reinventar os aparatos burocráticos, visando fundamentalmente a elevação da performance através dos princípios de *cost less and work better*. As reformas administrativas (ou reformas do setor público) tornaram-se componente de alta centralidade nas agendas contemporâneas de políticas públicas nos anos 1990. Existem várias razões para essa nova onda de reformas, a principal delas parece residir numa proposta dos Estados nacionais a um generalizado declínio de performance. A insatisfação generalizada com os resultados produzidos pelo modelo keynesiano de desenvolvimento e a paralela emergência das ideologias pró-mercado a partir dos anos 1980 tornaram clara a necessidade de revisar os padrões de intervenção do Estado na economia e na sociedade. A crise generalizada do padrão de *welfare state*, bem como do modelo burocrático de gestão dos recursos público, produziu uma demanda crescente por reformas. O declínio de performance dos Estados nacionais em atender com eficiência e efetividade as demandas sociais por bem-estar, por desenvolvimento social e econômico, e, sobretudo, a crise fiscal do Estado produzida por tal modelo impulsionaram a mudança” (REZENDE, 2004, p. 21)

previsões constitucionais que recepcionavam a regulação²⁰, com inspiração no modelo do *New Public Management* (NPM), ou “nova gestão pública”²¹.

Criou-se o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), em substituição à Secretaria de Administração Federal (SAF), e designou-se seu comando a Luis Carlos Bresser-Pereira²².

As propostas de Bresser Pereira encaixavam-se em um contexto de profunda reformulação do Estado no Brasil durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, em que se criticava frequentemente o tamanho da máquina pública. Essa crítica deu ensejo à redução dos concursos públicos, a programas de demissão voluntária e à privatização de diversas empresas estatais. Fernando Henrique Cardoso (1994) já havia sintetizado as mudanças vindouras em sua despedida do Senado Federal, antes de assumir a Presidência da República. O então Senador afirmou que restava, ainda, um pedaço do nosso passado político que atravancava o presente e

²⁰ As justificativas do MARE para a proposição da reforma podem ser vistas no Plano Diretor da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado, em especial nas págs.20 e ss.

²¹ Caracterizado pela prevalência das metas em detrimento às regras e pela assunção do papel de gestor pelo Estado, a NPM baseia-se no eixo da eficiência, ligada à obtenção de resultados e na transferência de serviços públicos para a iniciativa privada. E no eixo da responsabilidade, alusiva à igualdade, imparcialidade, transparência, objetividade e ampliação da democracia participativa. (CORRÊA, 2007, p. 5)

²² Bresser Pereira traz seu depoimento sobre a gestação da reforma: “Estava convencido, quando cheguei ao governo federal, de que a administração pública brasileira necessitava uma ampla reforma, e estava disposto a assumir a responsabilidade pela iniciativa. Na primeira reunião que tive com o presidente, alguns dias antes de começar o novo governo, disse a ele que planejava realizar essa reforma, da qual deveria constar emenda constitucional definindo de maneira mais flexível a estabilidade dos servidores porque entedia a absoluta estabilidade existente no Brasil incompatível com uma administração moderna. Fernando Henrique observou que essa reforma não estava na agenda, que não fizera parte dos compromissos de sua campanha. Não me impediu, entretanto, de dar os primeiros passos em direção a ela, deixando apenas claro que a decisão de apresentar uma emenda constitucional deveria aguardar o tempo necessário para saber se haveria suficiente apoio político para ela ou não”. (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 10).

retardava o avanço da sociedade. Referia-se ao legado da Era Vargas, ou seja, ao seu modelo de desenvolvimento autárquico e ao seu Estado intervencionista”. (PECI, 2008, p.43)

A atuação do MARE foi orientada pela instituição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado²³, que delimitou a linha-mestra da busca pelo novo paradigma ao definir quatro níveis de atuação estatal: *núcleo estratégico*, que abrigava os órgãos de cúpula, definidores das políticas públicas e diretrizes estatais (Presidência da República, Ministérios, Secretarias-Executivas, cúpula do Poder Judiciário e casas do Congresso); *setor de atividades exclusivas*, desempenhadas por aqueles a quem compete implementar as atividades típicas do Estado (fiscalização, regulamentação, fomento, segurança pública, tributação, seguridade social básica), definidas pelo núcleo estratégico; *setor de serviços não exclusivos*, correspondente àquelas atividades em o Estado presta em concomitância com organizações privadas (educação, saúde, pesquisa); e *setor de produção de bens e serviços para o mercado*, que é desempenhado pelo mercado privado, com vistas à obtenção de lucro (empresas públicas e sociedades de economia mista).²⁴

O Plano foi aprovado em 21 de setembro de 1995 pela Câmara da Reforma do Estado, composta pelos ministros do MARE, do Trabalho, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e pelo ministro chefe do Estado-Maior das Forças Armadas (PIETRO, 2011, p. 31).

Os objetivos perseguidos pela reforma administrativa podem ser extraídos da Mensagem Presidencial 886/95, convertida na Proposta de

²³ Caio Marini afirma que o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado “teve como ponto de partida uma reflexão conceitual sobre as três formas de administração pública: patrimonialista (ainda presente em algumas práticas); burocrática (dominante, como cultura); e gerencial (emergente e pretendida)” (MARINI, 2005, p.5).

²⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece o alcance da reforma e o alcance dos seus efeitos: “Faz-se ali uma distinção entre Reforma do Estado e Reforma do Aparelho do Estado. A primeira “é um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira”, enquanto a segunda “tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e voltada para a cidadania”; é nesse segundo sentido que o assunto é tratado no Plano. E fica expresso que o Plano Diretor focaliza sua atenção na Administração Pública federal, mas muitas de suas diretrizes e propostas podem também ser aplicadas no nível estadual e municipal” (PIETRO, 2011, p.31.)

Emenda Constitucional nº 173/95, a qual deu origem à EC 19/98, que instituiu grande parte dos itens que compunham a reforma:

Incorporar a dimensão de eficiência na administração pública; o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte”, e “ênfatisar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade no cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugadas com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos”. (MORAES, 2009, p.331)

A reforma²⁵ trouxe alterações à Administração Pública nacional²⁶. A começar pela constitucionalização do princípio da eficiência, que sintetiza o escopo almejado com a instituição deste novo modelo de atuação estatal.

A reforma do aparelhamento o Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços

²⁵ Para maiores informações acerca da reforma administrativa ver: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, Bom Estado e Reforma da Gestão Pública. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/abril/maio, 2005; MARINI, Caio. Aspectos Contemporâneos do Debate sobre Reforma da Administração Pública no Brasil: a agenda herdada e as novas perspectivas. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/abril/maio, 2005; FILHO, José dos Santos Carvalho. Estado Mínimo X Estado Máximo: o dilema. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Todos disponíveis na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

²⁶ Além das medidas que interessam ao escopo do presente trabalho, várias foram as alterações promovidas pela Reforma Administrativa de 1995 ou concomitantes a ela, como a obrigatória observância à regularidade fiscal, nos termos dispostos no art. 169 da CF; a elaboração da Lei do Processo Administrativo - Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999; os contratos de gestão, que ampliam a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta (art. 37, §8º CF), dentre outras.

públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

Nesse tipo de administração conservam-se alguns princípios da administração burocrática, como a admissão segundo critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado de remuneração, a organização em carreira, a avaliação de desempenho, o treinamento sistemático.

A diferença fundamental está na flexibilização de procedimentos e na alteração quanto à **forma** de controle, que deixa de ser formal e passa a ser **de resultados**.

Na administração gerencial, busca-se: definir com precisão as metas de cada órgão; outorgar **maior autonomia** ao administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros, para que possa alcançar os objetivos contratados; instituir o controle **a posteriori** ou **de resultados**.

Além disso, deve haver maior **participação** do cidadão e das entidades privadas na administração pública. (PIETRO, 2011, p.32, grifos no original).

A constitucionalização da eficiência²⁷ dentre os princípios norteadores da Administração Pública, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, consistiu em símbolo e escopo de toda a reforma administrativa²⁸. Embora criticado por parte da doutrina²⁹, o

²⁷ No presente estudo, não se enfocará a análise do princípio da eficiência, por destoar do enfoque pretendido.

²⁸ Sobre o princípio da eficiência, comenta Juarez Freitas: “No tocante ao princípio da eficiência (art, 37 da CF) ou economicidade e da otimização da ação estatal, ruge rememorar que o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado o vício da escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos”. (FREITAS, 1999, p.186).

²⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello foi contumaz crítico das medidas implantadas por meio da Reforma Administrativa de 1995. Em relação à eficiência, o autor diz que “Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto”. (MELLO, 2007, p. 117/118)

Críticas também são formuladas por outra parte da doutrina que, num olhar voltado à análise das políticas administrativas implementadas, iguala sua

oferecimento de *status* constitucional à eficiência pretendeu vincular a atuação estatal a este valor, a fim de conferir agilidade, economicidade e eficácia à administração pública.

Além dessa previsão, a reforma alterou profundamente o regramento constitucional aplicável aos servidores públicos³⁰, em especial, com a implantação da avaliação periódica de desempenho (art. 41, III, CF).

Sob o enfoque regulatório, a Emenda Constitucional n. 19/98 possibilitou a participação do Terceiro setor na execução de serviços não-exclusivos do Estado. No mesmo ano houve a edição de lei específica para gerir as concessões públicas – a Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que designou as diretrizes gerais dos serviços públicos, com fundamento no art. 175, da Constituição Federal – a qual

conclusão àquela exposta anteriormente: “Além da adoção acrítica do receituário internacional em prol da NPM [New Public Management], no processo da Reforma do Aparelho de Estado de 1995, não foi recorrente a lembrança de que todas as manifestações semelhantes e anteriores buscaram, também, a eficiência da administração pública – cada qual, é certo, ao seu modo, como redução de gastos, diminuição ou criação de novas estruturas, descentralização ou centralização. O conceito de eficiência, pois, pouco contribui para uma iniciativa de reforma, já que é impreciso. Não se tem notícia de reforma feita com vistas à ineficiência da administração pública, porém nem todas as que empunharam a bandeira da eficiência conseguiram, independentemente dos métodos empregados, alcançá-la em um grau aceitável para os próprios governos” (PECI, 2008, p. 52). Carlos Ary Sundfeld aponta o descontentamento de toda Geração de 1960 com as novas medidas: “A Geração de 1960, liderada por Celso Antônio Bandeira de Mello, foi crítica às ações governamentais de modificação da ordem jurídico-administrativa no período; seu sentimento foi quase o de tração. Afinal, os ecos de seu discurso, presentes na Constituição de 1988, começavam a ser baralhados. Os publicistas da Geração de 1960 temiam não reconhecer mais o Estado que haviam visto nascer e a ordem jurídica que ajudaram a criar na década de 1980” (SUNDFELD, 2014, p. 107).

³⁰ A principal alteração correspondeu à abolição do regime jurídico único – atualmente, suspensa pelo STF, por meio da ADI n.2.135/DF, em 02.08.2007, em razão da inconstitucionalidade formal do art. 39, caput, da CF. Outras foram o treinamento e aperfeiçoamento dos servidores (art.39, §2º CF), estabilidade após 3 anos de efetivo exercício (art.41 CF), restrição dos cargos de confiança a atividades de “direção, chefia e assessoramento” (art. 37, V CF) e instituição da exigência de transparência e publicidade da remuneração dos agentes públicos (art. 39, §6º CF).

permitiu a prestação de serviços públicos dos setores elétrico e telecomunicações, dentre outros, pela iniciativa privada.

2.3 O MODELO BRASILEIRO DE ESTADO REGULADOR

A Constituição Federal de 1988 representou a conjunção dos interesses de diferentes segmentos. Essa diversidade transparece no texto constitucional que, à parte das previsões dos direitos fundamentais, trouxe também preceitos que suscitam a defesa do livre mercado e da atuação regulatória do Estado.

Por isso que, consideradas as emendas que acresceram ao texto constitucional as características gerenciais, pode-se dizer que a Constituição brasileira detinha em seu texto previsões características do Estado de Bem-Estar Social e Estado Regulador³¹.

A atuação estatal passou a ser marcada pela regulação porque, além das previsões constitucionais, havia a dimensão administrativa de organização e implementação de políticas públicas e, principalmente, o contexto econômico que impelia o Estado a agir de tal modo³². A insuficiência de recursos públicos para atendimento de todos os anseios e expectativas confiados pela sociedade ao Estado e a busca da eficiência nesse atendimento levou à substituição do Estado gestor pelo Estado orientador das atividades voltadas à concretização do interesse geral. Fruto do princípio da subsidiariedade, a regulação representa a disciplina jurídica da atividade econômica privada em segmentos relevantes para o desenvolvimento social³³.

³¹ A atuação reguladora precede a Constituição de 1988, como explica Marcos Juruena Villela Souto: “Embora o Estado brasileiro ainda não pudesse ser caracterizado eminentemente como regulador, há muito havia órgãos reguladores que exerciam esta função por meio da atividade administrativa de intervenção no domínio econômico, como o Banco Central quanto à estabilidade da moeda e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE” (SOUTO, 2008, p.1).

³² Egon Bockmann Moreira opina ser impróprio falar-se em Estado Regulador “num País em que algumas das maiores empresas dos mais importantes setores econômicos – v.g., bancário, energia e petróleo, telecomunicações, logística e transportes – são públicas”. (MOREIRA, 2014, p. 109).

³³ Embora a doutrina situe o modelo vigente como Estado Regulador, observa-se que o paradigma burocrático ainda não foi superado por completo no Brasil. Neste sentido também se manifesta Sérgio Guerra: “o que, na prática, se observa no Brasil em termos de organização administrativa está próximo de um

As características e condicionantes da regulação no Estado brasileiro estão inscritas na Constituição Federal que, ao assegurar o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal, e condicionar a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, delineou as características da atuação estatal. A Emenda n. 8, de 15 de agosto de 1995, inseriu na Constituição Federal, no inciso XI, do art. 20 e no art. 177, a previsão de criação de órgãos reguladores para os serviços públicos³⁴ de telecomunicações e atividades monopolizadas do petróleo, respectivamente.

Em uma acepção mais ampla, considera-se que a regulação estatal já se fazia presente nos monopólios de empresas estatais em setores estratégicos:

A propriedade do Estado nesses casos era tida como importante não apenas porque eliminava a ineficiência dos monopólios privados, mas também assim se estimulava o desenvolvimento

modelo ainda não totalmente superado de uma administração inspirada – mas, não totalmente alcançada – no modelo piramidal, *weberiano*, com ilhas de excelência, rotuladas de pesada, lenta e ineficiente, que acaba por frustrar a sociedade” (GUERRA, 2012, p. 23.)

³⁴ O conceito de serviços públicos é esclarecido por Noel Baratieri: “A Constituição Federal, no Brasil, é o principal marco para que seja construído o conceito de serviço público. Ela contém uma minuciosa disciplina das atividades estatais, porém, é importante ressaltar que a referida nomenclatura não é utilizada com precisão no texto constitucional. Nos artigos 145, II, e 175, a expressão *serviço público* é mencionada em sentido apenas econômico; no artigo 37, é empregada como sinônimo de Administração Pública; no artigo 198, é destinada a tratar do serviço público de saúde, prestado pelo Estado. Outras vezes, refere-se apenas a serviço (e.g., artigo 21) e a serviços de relevância pública (e.g., artigos 121 e 197). A Constituição Federal não oferece, portanto, um conceito de serviço público, pois o referido termo não é utilizado com rigor técnico apropriado” (BARATIERI, 2014, p.74). Mais adiante, o autor expõe seu conceito de serviços públicos: “Sob um aspecto subjetivo, trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes). No aspecto material ou objetivo, o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades de interesse geral, público ou coletivo, que sejam essenciais aos indivíduos. É a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (água, luz, gás, telefone, transporte coletivo) que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis. A oferta é feita aos administrados em geral. Já quanto ao critério formal, configure-se o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público – o regime jurídico-administrativo”. (BARATIERI, 2014, p.76)

econômico em favor de regiões ou grupos particulares desfazendo assimetrias, protegendo consumidores e garantindo a segurança nacional. No entanto, entre as várias justificativas apresentadas, destaca-se mesmo a afirmação central na qual a propriedade pública poderia aumentar a habilidade do governo para regular a economia e proteger o interesse público. (CRUZ, 2009, p.54)

Entretanto, a prática demonstrou a necessária dissociação entre o exercício do controle estatal dessas empresas e o melhor atendimento aos objetivos econômicos, sociais e, por fim, ao interesse público. A atuação regulatória surgia como instrumento para conferir o dinamismo pelo qual clamavam a economia e a sociedade, que demandava do Estado mais eficiência e maior qualidade dos serviços públicos.

A implantação do modelo de Estado Regulador no Brasil não se resumiu, contudo, às desestatizações e à criação das agências reguladoras, embora, para a Administração Pública, estes sejam, de fato, os sinais externos mais evidentes da alteração de rumo havida no perfil das relações entre Estado e economia nos últimos anos. Ao mesmo tempo, pretendeu-se obter uma maior eficiência da máquina administrativa como um todo. Foi introduzido o conceito de administração pública gerencial, com a finalidade de aproximarem-se os critérios de gestão pública dos padrões da gestão privada, tema quase sempre polêmico consideradas as especificidades dos objetivos pretendidos por cada qual. (BAPTISTA, 2012, p. 66)

A mudança no modelo de intervenção estatal, passando de agente de intervenção direta a ente regulador, fez inaugurar esta nova fase de atuação do Estado.

2.3.1 Conceitos e características da regulação

A regulação combina as noções de Estado liberal e social, ao manter políticas de assistência e prestação estatal, permitindo o desenvolvimento econômico por meio da atuação de entes privados.

Os conceitos de regulação expostos pela doutrina são focados na regulação econômica. Entretanto, por meio desse exercício, o Estado

acaba por disciplinar os serviços públicos e o atendimento a alguns dos direitos dos cidadãos, em consonância com a opção de intervenção desestatizada³⁵.

Vital Moreira designa regulação toda a intervenção do Estado no comportamento econômico das empresas privadas, excetuada a participação direta do Estado na própria atividade econômica (MOREIRA, 1997, p.35). Renata Porto Adri apresenta conceito mais abrangente, que se coaduna aos atendimentos de finalidades públicas:

Regular é confiar ao Estado a atuação em setores essenciais da economia do país, fiscalizando o cumprimento das finalidades públicas, exercitadas por meio da intervenção do setor público com o setor privado (administrando, inclusive, a luta de interesses), atraindo e dinamizando as atividades, pela absorção dos avanços tecnológicos, além de imputar custos e sanar imperfeições do mercado. (ADRI, 2010, p.197)

O conceito exposto por Patrícia Baptista é adotado no presente trabalho, eis que determina ao Estado o pleno e amplo exercício de determinar as regras, coordená-las e fiscalizar seu cumprimento, em prol dos cidadãos.

Regular – não parece excessivo recordar aqui – é muito mais do que apenas disciplinar por meio de normas (regulamentar), é também fiscalizar, ordenar, sancionar, incentivar. Enfim, é um conjunto de ações tipicamente estatais que devem ser coordenadas de modo que se permita o exercício de uma dada atividade econômica – seja ela essencialmente privada ou um serviço público – em consonância com os interesses da coletividade. (BAPTISTA, 2012, p.64)

³⁵ Neste sentido, Marçal Justen Filho: “A proposta adotada para um modelo regulatório de Estado pretende conciliar diferentes concepções ideológicas, assegurando a realização de valores de solidariedade social com a manutenção da democracia e da liberdade. Reconhece-se que a democracia exige a garantia da autonomia individual e da sociedade civil, mas que a realização dos valores fundamentais a um Estado Social exige a participação de todos os segmentos sociais. Assume-se que os organismos estatais não apresentam suficiente habilidade para atendimento satisfatório a certas necessidades comuns, o que significa atribuir à iniciativa privada o encargo correspondente”. (JUSTEN FILHO, 2002, p.23).

Antes de se expor mais explicitamente o conceito e as características da regulação, cabe diferenciá-la de regulamentação. Conforme se extrai dos conceitos doutrinários apresentados, a regulação é definida pelo conjunto de regras incidentes em atividades sob controle do Estado, sejam por ele diretamente executadas, ou por parceiros privados. Regulamentação, por sua vez, é o exercício da competência disposta pelo artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, o qual estabelece privativamente ao Chefe do Poder Executivo a competência de “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Tem-se, portanto, a regulamentação como um dos exercícios da regulação, que ultrapassa essa função e engloba, também, atividades de fiscalização, de poder de polícia, adjudicatórias, de conciliação e de subsidiar e recomendar adoção de medidas pelo poder central no ambiente regulado³⁶.

A regulação engloba a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade, *p. ex.*, as finalidades econômicas, como menciona Egon Bockmann Moreira³⁷. Porém, o exercício regulatório do Estado, tal qual sua atuação como um todo, deve se pautar pelo atendimento ao interesse público. E, para o atingimento de tal intento, o Estado deve dirimir as normas regulatórias em leis, decretos, instruções normativas, enfim, deve se utilizar de cada um destes meios, nos limites de suas

³⁶ No mesmo sentido, expressa-se Floriano de Azevedo Marques Neto: “a atividade de regulação estatal envolve [...] funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve [...] atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. Sem essa completude de funções não estaremos diante do exercício de função regulatória.” (MARQUES NETO, 2009, p. 37)

³⁷ “Propõe-se uma definição restrita de regulação, limitada ao estabelecimento de normas (gerais e abstratas, mas também na condição de preceitos-medida ou de atos concretos) que sujeitem terceiros ao seu cumprimento (e respectivas sanções). Regulação econômica é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a formulação de princípios e de regras; de normas de estrutura e normas de conduta. Já a intervenção em sentido estrito é a atuação material direta do interventor estatal no espaço econômico reservado às pessoas privadas. Dá-se através do exercício direto de atividade econômica no domínio econômico privado” (MOREIRA, 2005, p.9).

competências, para explicitar o regramento da atuação dos entes privados na economia e nos serviços públicos.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE incentivou, através de seus estudos, os países signatários a aderirem à lógica da regulação, a qual assim conceitua:

A regulação se refere ao conjunto diverso de instrumentos por meio dos quais os governos estabelecem exigências às empresas e cidadãos. As regulações incluem leis, pedidos formais e informais e normas subordinadas emitidas por todos os níveis de governo, e as normas emitidas por organismos não-governamentais e auto-reguladores a quem os governos delegaram poderes normativos. (OCDE, 2008, p. 28)

A OCDE divide a regulação sob três categorias:

a) *regulação econômica*, caracterizada pela intervenção direta no mercado, por meio de preços, concorrência e entrada e saída do mercado. A OCDE incentiva a busca pelo aumento da eficácia econômica reduzindo-se os obstáculos à concorrência e à inovação pela desregulação e aperfeiçoamento da estrutura regulatória;

b) *regulação social*, que tem por fim a proteção aos interesses públicos (saúde, segurança, meio ambiente e mecanismos de coesão social), cujos interesses econômicos são secundários, mas que podem ser substanciais. Deve-se verificar se a regulação é necessária e projetar novos instrumentos;

c) *regulação administrativa*, a qual corresponde aos trâmites burocráticos e formalidades administrativas por meio das quais os governos coletam informações e intervêm em decisões econômicas individuais. Deve-se eliminar o que não é necessário, de modo a organizar, simplificar e aprimorar a transparência em sua aplicação.

Na Constituição Federal, a regulação está inscrita no art. 174, *caput*, que assim dispõe: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (BRASIL, 1988). Além desta, a Constituição ainda guarda duas previsões acerca de “órgão regulador” em setores específicos, quais sejam telecomunicações (art. 21, XI) e petróleo (art. 177, §2º, III).

Embora o enfoque constitucional da regulação a inscreva em um espectro econômico, ao coaduná-la com o dever maior do Estado de garantia e proteção do interesse público, tem-se que a função regulatória

extrapola a estrita correção dos mercados e amplia sua atuação para a defesa dos direitos fundamentais e dos interesses difusos³⁸.

Corroborar a afirmativa a doutrina de Vital Moreira, para quem a atuação indireta do Estado sobre os mercados se fundamenta na garantia dos interesses públicos constitucionalmente priorizados. Para o autor, esta corresponderia à primeira perspectiva da regulação.

Na primeira perspectiva – que é a concepção tradicional e prevalecente -, a regulação é o resultado de uma imposição estadual sobre os agentes econômicos, em nome de interesses gerais, tal como sucede em relação a toda acção estadual em geral” (MOREIRA, 1997, p. 41).

Na segunda perspectiva, deriva da proteção das atividades reguladas, em exercício próprio e direto do poder/dever de regulação (MOREIRA, 1997, p. 41).

Marçal Justen Filho assinala que a regulação inaugura características que a distinguem dos modelos anteriores de exercício estatal e definem seu modo de atuação (JUSTEN FILHO, 2002, p. 24). A primeira delas se refere à abrangência das atividades sujeitas ao regime de Direito Público e Privado, traduzida na transferência à iniciativa privada de atividades até então desenvolvidas pelo Estado e dotadas de forte cunho de racionalidade econômica e a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, a fim de propiciar a disputa entre particulares em regime de mercado. A segunda consubstancia o exercício regulatório pelo Estado que, embora permaneça presente no domínio econômico, não mais atua como partícipe direto, mas vale-se de instrumentos normativos e de suas competências políticas para influenciar os particulares à realização de determinados fins. A terceira característica corresponde na atuação regulatória do Estado dirigida não apenas a atenuar ou eliminar os

³⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que a atividade regulatória estatal também cumpre função redistributiva. E exemplifica a assertiva com a seguinte exposição: “tomemos um determinado setor regulado no qual seja interesse do Estado brasileiro, buscando reduzir as desigualdades sociais, ensejar uma política de universalização de uma dada utilidade pública. Definida essa política, caberá ao regulador manejar suas competências para ver atingido esse objetivo. Deverá fazê-lo arbitrando os ônus de forma viável e equilibrada entre os diferentes agentes atuantes no setor, sopesando obrigações e vantagens competitivas, criando incentivos ou restrições, ou seja, regulando o setor para, mantendo seu equilíbrio interno, consagrar o interesse público.” (MARQUES NETO, 2009, p. 36)

defeitos do mercado, mas também (e principalmente) para propiciar a realização de valores de natureza política ou social, como exemplifica o regramento aplicável à prestação de serviços públicos. Por fim, a quarta característica é marcada pela disciplina permanente da atividade econômica privada, necessariamente adaptada às condições e tecnologias disponíveis ao tempo da regulação.

No ordenamento jurídico nacional, o Estado possibilitou aos entes federativos a adoção de mecanismos de desenvolvimento de políticas públicas pautado pela intervenção estatal indireta, alocando suas funções no exercício regulatório dos entes privados executores das parcerias contratadas junto ao Poder Público. É o caso das concessões comuns e das parcerias público-privadas, através das quais o Estado viabiliza a execução de grandes obras e investimentos vultosos, necessários ao desenvolvimento de infra-estrutura do país. De igual forma, a relação do Estado com o terceiro setor, representado pelas Organizações Sociais e OSCIPs, possibilitam políticas públicas de saúde e cultura.

A configuração atual dessa rede de governança se manifesta nos conceitos recentemente utilizados para se referir ao novo papel do Estado como catalisador, articulador e facilitador do mercado e da sociedade civil. Não é por acaso que conceitos como “concertação” (a exemplo do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social) e regulação (a exemplo da proliferação de agências reguladoras) têm sido tão usualmente incorporados e utilizados pela agenda política nos últimos anos. (PECI, 2008, p.42)

O exercício desse poder regulatório será analisado adiante, com posterior apresentação dos objetos da regulação estatal que aproximam o novo Direito Administrativo – Neoadministrativismo - da Economia.

2.3.2 Aspectos gerais da regulação econômica

A regulação tem sido objeto de estudo dos economistas, em análise diversa, porém complementar àquela formulada por juristas³⁹.

³⁹ Verônica Cruz (2004, p.58) indica a existência de diferentes significados do termo *regulação*, conforme sintetizado por Jordana e Levi Faur. O primeiro deles, a *desregulação*, “é para esses autores a redução econômica, política e social das restrições sobre o comportamento dos atores sociais, especialmente

Nesta ótica, a regulação é vista da perspectiva de seus efeitos nos setores regulados, inclusive para contestar sua utilidade, no caso dos dados empiricamente coletados demonstrarem sua ineficácia.

Naquilo que se entende necessário ao escopo da tese, que é demonstrar a contínua interação entre o Direito e a Economia, abordar-se-á os aspectos gerais da teoria da regulação econômica.

Primeiramente, cabe esclarecer que antes do desenvolvimento da Teoria da Regulação Econômica, o enfoque dado à regulação no período da *New Deal*⁴⁰ se destinava à defesa do interesse público, por meio da correção das falhas de mercado. Esta teoria foi conhecida como “Teoria do Interesse Público”, ou “análise normativa como uma teoria positiva” ou NPT⁴¹. Uma vez estabelecida, supunha-se que os entes reguladores diminuiriam ou eliminariam as ineficiências criadas pelas falhas de mercado. Buscou interpretar o comportamento dos três agentes que, na sua concepção, integravam a regulação (POSNER, 2004, p. 50).

A teoria do interesse público admitia como premissa simplificadora o fato de que, em geral, os cidadãos desejam políticas regulatórias que estejam de acordo com seus interesses, que por sua vez competem com outros objetivos. Grupos de interesse, da mesma forma, buscam políticas regulatórias que os afetem de maneira benéfica, mas o fazem de maneira mais proativa em comparação aos cidadãos em geral.

O regulador, por sua vez, era visto como uma autoridade pública esclarecida, dotada de credibilidade e capaz de ponderar interesses

daqueles que atuam no mercado”. A seguir, a re-regulação “é utilizada com frequência significando que reforma regulatória e liberalização em geral resultam em novo cenário de regulação antes que em desregulação”. Por ser considerado um termo vago pelos autores, seu uso é limitado a tentar esclarecer a analogia entre *regulação da competição* – que busca prevenir a concentração regulando fusões, incorporações, etc. -, e *regulação por competição*, destinado a regular as interconexões em telecomunicações e compartilhamento de redes, por exemplo. Por fim, há a metarregulação da competição, que corresponde à regulação do automonitoramento exercido pelos entes regulados, sejam empresas ou indivíduos.

⁴⁰ Denominou-se *New Deal* o conjunto de programas implementado nos Estados Unidos no governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, entre os anos de 1933 e 1937, a fim de recuperar a economia abalada pela Grande Depressão.

⁴¹ Petzman esclarece que “essa teoria, que é encontrada na análise econômica desde Adam Smith, considera que as falhas de mercado são as razões que levam a regulamentação de determinada atividade. Uma vez adotadas medidas regulatórias, supõe-se que os agentes regulados diminuem ou eliminam as ineficiências geradas pelas falhas de mercado” (PELTZMAN, 2004, p. 84).

divergentes e propor a melhor regulação para os cidadãos. [...] Em sua versão inicial, a teoria do interesse público dava ao regulador uma espécie de “aura de onisciência” e o descrevia como um cidadão (ou conjunto de cidadãos) que, melhor do que ninguém, saberia qual a regulação mais adequada para cada caso concreto. (COUTINHO, 2014, p. 42/43)

Posner esclarece que havia duas assertivas dominantes no período entre o primeiro ato da *Interstate Commerce*, em 1887, e a fundação do *Journal of Law and Economics*, em 1958: (1) aquela que afirmava que os mercados são extremamente frágeis e operam de forma ineficiente, se não controlados; e (2) que a regulação governamental tem pouco ou nenhum custo (POSNER, 2004, p. 50). Por conta dessas duas crenças, entendia-se que caberia ao Estado – o regulador – intervir para corrigir as imperfeições existentes⁴².

Havia, também, teorias que acusavam a existência de “capturas” no processo de regulação. Uma delas, defendida por marxistas, que indicava que a regulação não se relacionava ao atendimento do interesse público, mas ao processo pelo qual grupos de interesse buscavam promover seus interesses privados. Outra, derivada da teoria política, destacava a importância da participação de grupos de interesse nos processos administrativo e legislativo (POSNER, 2004, p. 57/58).

A Teoria Econômica da Regulação foi proposta por George Stigler, em 1971, e inaugurou a nova compreensão econômica acerca da regulação econômica⁴³. Na síntese de Posner:

⁴² Posner indica que a Teoria da Escolha Pública, após ser contestada por economistas em estudos empíricos, foi reformulada para melhor adequar suas suposições, passando a afirmar que “as agências regulatórias são criadas para propósitos públicos idôneos, mas são mal-administradas e, como resultado, os seus objetivos nem sempre são atingidos” (POSNER, 2004, p. 52).

⁴³ Peltzman destaca a importância do artigo “*What Can Regulators Regulate? The Case of Electricity*”, de George Stigler e Claire Friedland, publicado em 1962 e precursor da “A Teoria Econômica da Regulação”, de Stigler: “A importância do artigo escrito por Stigler e Friedland está menos nessa conclusão [de que a regulação não resultou na diminuição do valor das tarifas] do que na sua capacidade de inspirar novas reflexões sobre o tema. Esse artigo estimulou uma sequência de trabalhos empíricos sobre os efeitos da regulação que ainda não teve término. As sementes da ET [teoria econômica da regulação] foram plantadas pela semelhança dos resultados obtidos por tais trabalhos ainda no começo dessa trajetória” (PELTZMAN, 2004, p. 85).

O que chamarei de “teoria econômica da regulação” foi proposta por George Stigler em um artigo revolucionário. [...] Ela rejeita o inexplicado, e frequentemente falso, pressuposto do propósito virtuoso e probo da legislação; admite a possibilidade de “captura” por outros grupos de interesse que não as empresas reguladas; e substitui a metáfora da “captura”, com seu teor inapropriadamente militarista, por uma terminologia mais neutra de oferta e procura. Ele insiste, todavia, juntamente com os cientistas políticos, que a regulação econômica favorece interesses privados de grupos politicamente influentes. (POSNER, 2004, p.59)

Stigler foca sua análise na desconstrução da afirmativa de que a regulação econômica se destina ao atendimento do interesse público. No artigo, o autor defende que a regulação serve a proteger a posição de grupos de interesse⁴⁴.

Por contar com os tributos como fonte de recursos, o Estado pode beneficiar ou prejudicar indústrias, de acordo com as normas e diretrizes que instituir sobre a economia⁴⁵. Embora exerça destacado papel, o Estado não é o ente central da regulação na visão de Stigler, o qual, em seu artigo, defende primariamente que “[...] em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício” (STIGLER, 2004, p. 23). Stigler aponta quatro principais políticas regulatórias que uma indústria ou corporação profissional pode receber do Estado. A primeira corresponde à implementação de subsídios, ou subvenções diretas em dinheiro, que

⁴⁴ Neste sentido, manifesta-se Posner: “Existe um numero substancial de estudos de casos – companhias de transporte rodoviário, aéreo, ferroviário e muitos outros mercados – que sustenta a idéia de que a regulação econômica é melhor explicada como um produto fornecido a grupos de interesse do que como uma expressão do interesse social em eficiência e justiça” (POSNER, 2004, p. 67)

⁴⁵ Stigler indica que o poder de coerção estatal é que define a centralidade desempenhada pelo Estado: “ O Estado conta com um recurso básico que, em princípio, não é compartilhado nem mesmo com o mais poderoso dos seus cidadãos: o poder de coagir. Ele pode apoderar-se de dinheiro dos cidadãos pelo único meio permitido pelas leis de uma sociedade civilizada, a tributação. O Estado pode determinar a movimentação física de recursos e as decisões econômicas tanto de domicílios, como de empresas, sem o consentimento destas ou daqueles.” (STIEGLER, 2004, p. 25)

se revelarão inaptas a auxiliá-los caso a lista de beneficiários seja ampla. A segunda é o controle sobre a entrada de novos concorrentes, limitando a competitividade por meio da regulação estatal e reduzindo as chances de ter de enfrentar novos rivais. O mesmo protecionismo é revelado na terceira medida, relacionada a políticas que afetam produtos substitutos ou similares existentes no mercado⁴⁶. A quarta e última política pública almejada é a fixação de preços, a fim de que as indústrias e corporações alcancem melhores taxas de retorno.

Em uma relação retroalimentada, o Estado impõe coercitivamente seus desígnios sobre a indústria, mas esta acaba por dominá-lo e a utilizar os mecanismos de atuação estatal em seu favor. Essa é a revelação demonstrada pelos estudos de Stiegler: a regulamentação não serve aos fins aos quais se compromete, não serve a proteger os consumidores ou a finalidade pública, mas, ao contrário, ou atende aos interesses da indústria, ou não provoca os efeitos desejados na economia.

Na visão proposta por Stigler, a regulação é governada por leis de oferta e demanda, traduzida nos custos ou incentivos impostos aos mercados.

A concepção da regulação como um produto alocado de acordo com os princípios básicos de oferta e procura chama a atenção para fatores ligados ao valor da regulação para indivíduos ou grupos específicos, dados que, todas as outras variáveis sendo constantes, podemos esperar um produto fornecido àqueles que mais o valorizam. Ela também chama a atenção para fatores relacionados aos custos de se receber regulação. (POSNER, 2004, p. 60)

Entretanto, a definição das regras aplicáveis à regulação vai definir seu custo. E essa definição passa, necessariamente, em algum momento, pelo crivo político. É neste ponto que a teoria proposta por Stigler encontra a ciência política, ao considerar a importância da análise do comportamento político na regulação, eis que serão as

⁴⁶ Como exemplos, Stigler menciona: “Grosso modo, os produtores de manteiga desejam conter a produção de margarina e estimular a produção de pão. As companhias aéreas apóiam ativamente os subsídios federais aos aeroportos; os sindicatos dos trabalhadores na construção civil têm-se oposto à adoção de materiais que gerariam economias de mão-de-obra nos códigos de construção” (STIGLER, 2004, p. 28)

definições legislativas que orientarão – coercitivamente - o comportamento dos mercados⁴⁷.

O representante e seu partido são recompensados pela descoberta e pela realização dos desejos políticos de seus constituintes; a recompensa é o sucesso na eleição e as eventuais rendas de gabinete. Se votar contra uma política econômica que prejudicaria a sociedade pudesse garantir a reeleição, com certeza o representante votaria sempre nesse sentido. Infelizmente, à virtude nem sempre é atribuído um preço muito alto. Se o representante nega subsídios em dinheiro ou poder governamental a dez grandes indústrias, elas dedicar-se-ão à eleição de um sucessor mais complacente: os interesses são o que importa. Isso não significa que toda indústria pode obter o que quiser ou tudo o que quiser: significa que o representante e seu partido devem buscar uma coalizão de interesses mais duráveis dos eleitores do que uma postura antiindústria em relação a toda proposta da indústria. (STIGLER, 2004, p.35)

O autor inter-relaciona o comportamento da indústria com as necessidades advindas da dinâmica de funcionamento dos partidos políticos⁴⁸, e denomina esse contexto de “custo da regulação”.

⁴⁷ S. Peltzman destaca a importância desse enfoque: “Outro aspecto da contribuição de Stigler à ET que continua válido é a ênfase dada aos aspectos distributivos das decisões regulatórias. Políticos que agem visando aos próprios interesses trocam benefícios com sua base eleitoral – a fixação de determinado preço ou a outorga de uma licença para participar de certo mercado por votos ou dinheiro – e o que realmente conta para cada um desses atores é a sua riqueza ou a sua utilidade, e não a riqueza social agregada” (PELTZMAN, 2004, p. 87).

⁴⁸ Stigler analisa os custos de funcionamento dos partidos e as suas conseqüências para as indústrias reguladas: “a indústria que procura poder político deve dirigir-se ao revendedor apropriado, o partido político. Este partido tem custos de operação, custos para manter uma organização e custos para competir as eleições. Esses custos dos processos políticos são vistos de forma excessivamente limitada pela literatura sobre o financiamento das eleições: eleições são para o processo político aquilo que comercialização é para o processo de produção de uma mercadoria, um passo final essencial. O partido mantém sua organização e seu apelo eleitoral pela execução de serviços de grande valia para o eleitor, não somente antes das eleições, mas o tempo todo. Uma parcela dos custos do partido é suportada pela inclusão de trabalhadores do

A indústria que procura regulação deve estar preparada para arcar com as duas coisas de que um partido precisa: votos e recursos financeiros. Os recursos podem ser providos por contribuições de campanha, levantamento de fundos [...], além de outros métodos indiretos tais como o emprego de trabalhadores do partido. Os votos de apoio à medida são reunidos e os de oposição são dispersos, tudo isso mediante custosos programas para educar (ou deseducar) membros da indústria e de outras indústrias interessadas. (STIGLER, 2004, p.36)

É com base no estudo do comportamento político dos agentes que Stigler conclui seu artigo⁴⁹:

Até que a lógica básica da vida política esteja desenvolvida, reformadores serão mal-guarnecidos para utilizar o Estado para suas reformas e vítimas do uso difundido do suporte estatal a grupos especiais estarão desamparados. Com base na teoria racional do comportamento político, os economistas deveriam, rapidamente, estabelecer a licença para sua prática profissional. (STIGLER, 2004, p. 42)

Após a publicação do artigo de Stigler, outros se seguiram, conforme sintetiza S. Peltzman:

Simultaneamente a Stiegler, Richard Posner contribuiu com uma importante crítica e, alguns anos depois, ele deu à teoria o seu grandioso nome [Richard A. Posner, “*Taxation by Regulation*”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol.2, PP 22-50; e “*Theories of Economic Regulation*”, idem, vol.5, PP.335-58]. As mais importantes contribuições

partido na folha de pagamento do Estado. Todavia, um partido de oposição é, muitas vezes, em essência, um seguro para os eleitores disciplinarem o partido que está no poder e, assim, os custos do partido de oposição não são totalmente satisfeitos pelos fundos públicos”. (STIGLER, 2004, p. 36)

⁴⁹ Na opinião de S. Peltzman, é essa a principal conclusão do artigo de Stigler: “O elemento mais importante desta teoria é a análise do comportamento político a partir dos parâmetros da análise econômica. Políticos, assim como qualquer um de nós, são considerados como maximizadores de suas próprias utilidades. Isto significa dizer que grupos de interesses podem influenciar os resultados do processo regulatório ao fornecer apoio financeiro ou de outra natureza aos políticos ou reguladores” (PELTZMAN, 2004, p.81)

teóricas da ET foram um artigo de autoria de Peltzman, de 1976 [Sam Peltzman, “*Toward a More General Theory of Regulation*, *Journal of Law and Economics*, vol. 19, pp. 211-40], e outro de autoria de Gary Becker, escrito em 1983 [Gary Becker, “*A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence*”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, pp. 371-400]. De acordo com os indicadores convencionais, a teoria foi um sucesso acadêmico. (PETLZMAN, 2004, p. 81)

Embora os escritos de Stigler tenham contribuído para a desregulação iniciada nos anos 70, fatores maiores determinaram a guinada na onda regulatória experimentada até então⁵⁰:

Nessa década, a economia mundial experimentou os dissabores de dois choques do petróleo e uma crise da dívida. Simultaneamente, o pêndulo das macrotendências na política passa à direita liberal e um movimento pró-mercado passa a ganhar corpo. As vitórias eleitorais de Margaret Thatcher (sobre o trabalhista James Callaghan) e Ronald Reagan (sobre o democrata Jimmy Carter), em 1979 e 1980, respectivamente, e a derrota dos sociais-democratas suecos, cuja coalizão tinha maioria no parlamento desde 1932, são marcos representativos dessa mudança. (COUTINHO, 2014, p.49)

A conjuntura econômica da época favorecia medidas opostas à regulação, cujos resultados eram questionados. Com isso, medidas de afrouxamento de regras e de maior liberdade aos mercados passaram a ser instituídas. Deixavam-se os mercados livres para, segundo a lógica da concorrência, atingir a maior eficiência possível, sem a [considerada] danosa interferência estatal⁵¹.

⁵⁰ “Entre 1945 e 1970 houve, de fato, uma notável guinada contra as políticas econômicas do liberalismo *laissez-faire*. Depois da crise dos anos 30, a busca do pleno emprego, a prevenção de flutuações macroeconômicas violentas e, principalmente, um amplo processo de nacionalização de empresas (exceção feita aos Estados Unidos, que se esforçaram para regular mais intensamente seus monopólios naturais privados) foram traços marcantes desse período” (COUTINHO, 2014, p. 49)

⁵¹ S. Peltzman esclarece o contexto da desregulação, ocorrido ao final da década de 1970: “Este foi um período caracterizado por uma crescente preocupação com a inflação e por uma generalizada desilusão com a eficácia da intervenção

As conclusões decorrentes dos estudos acerca da regulação econômica podem ser assim sintetizados:

- Grupos compactos e bem organizados tenderão a beneficiar-se mais da regulação do que grupos maiores e difusos. Em decorrência, a regulação penderá por beneficiar mais os produtores, uma vez que geralmente eles são mais bem organizados se compreende (sic) aos consumidores. A coalizão dominante deve também, contudo, incluir algumas categorias de consumidores.
- A política regulatória procurará preservar uma distribuição politicamente ótima de recursos entre os membros dessa coalizão. Com isso, ao longo do tempo, essa política buscará neutralizar mudanças nessa distribuição ótima decorrentes de alterações nas condições de demanda ou de custos. Em um certo momento, um mecanismo de subsídios cruzados será implantado de forma que os recursos oriundos dos preços pagos por certos consumidores subsidiarão os preços a serem pagos por consumidores com custos de fornecimento mais elevados.
- Uma vez que os benefícios políticos oriundos da regulação são decorrentes da sua capacidade de distribuir riqueza, o processo regulatório será sensível a perdas de bem-estar. Políticas que reduzam o montante de riqueza disponível para distribuição serão evitadas, dado que, ao se manter as demais condições inalteradas, elas reduzem os ganhos políticos que podem advir da regulação. (PELTZMAN, 2004, p. 94)

estatal. Também foi nessa época em que a maioria das iniciativas legislativas no sentido da desregulação deu resultados. Ademais, é difícil tratar a conjunção da mudança dos ventos políticos em sentido mais à direita e a desregulação como pura coincidência. No entanto, seria forçar muito o argumento tentar explicar a desregulação apenas com base nesses fatores. O argumento de que a desregulação foi um caso especial, contudo, não é respaldado pelos fatos. O movimento da desregulação, por exemplo, ocorreu seletivamente em apenas algumas áreas da economia, sendo que outras ficaram imunes a essas reformas, e há aquelas em que a regulação só aumentou, como nas relações de emprego e nos serviços de saúde”. (PELTZMAN, 2004, p.82)

Em seu estágio atual, a regulação econômica ampliou seus efeitos substancialmente em áreas como o direito ambiental, as relações de trabalho, os mercados financeiros. No Brasil, especificamente, o funcionamento da regulação foi estratificado em áreas de competências específicas através das agências reguladoras, conforme exposto adiante.

2.3.3 A qualidade da regulação

O exercício do poder regulatório exige do Poder Público a capacidade de avaliar o serviço regulado. Para tanto, devem ser estabelecidos parâmetros de avaliação baseados em indicadores objetivos de desempenho, para que seja possível a aferição da qualidade dos serviços e para que se estabeleça uma relação não casuística com o prestador dos serviços⁵².

⁵² No Brasil, a regulação é fortemente influenciada por medidas estatais de caráter paternalista. Segundo Patrícia Baptista, “Há paternalismo estatal, no sentido ora empregado, sempre que o Estado, pressupondo a incapacidade ou hipossuficiência de determinados agentes econômicos, antecipa certas escolhas, impondo ou proscrevendo condutas no domínio econômico – especialmente em matéria contratual -, pretensamente em favor daqueles”. (BAPTISTA, 2012, p.71). A autora exemplifica sua definição com a menção às intervenções da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS em favor dos consumidores de planos de saúde por meio do estabelecimento de um rol de procedimentos mínimos que devem ser cobertos pelos planos. Esta definição, por consequência, reduz a liberdade contratual que permitiria às partes fixarem acordo como melhor lhes aprouvesse. Comumente, medidas paternalistas revelam a indevida intromissão do Estado na economia, em especial, na regulação setorial, onde tendem a desconsiderar os itens que compõem o equacionamento daquela relação jurídica, como os custos, a remuneração do parceiro privado e as regras inicialmente postas a dirigir aquela relação. Exemplo exposto por Bruno Meyerhof Salama e Vicente Braga ilustra o conceito supraexposto. Segundo o autor, o Projeto de Lei n. 36/2014 propõe alterar o Código de Defesa do Consumidor (CDC) para obrigar o fornecedor a notificar previamente o consumidor sobre a cessão do crédito, dando preferência ao consumidor para pagamento da dívida. “Por exemplo, suponha que um fornecedor tenha um valor a receber de um cliente. Se o fornecedor desejar vender esse crédito a um terceiro (digamos, a uma factoring) para levantar dinheiro, terá que primeiramente abrir ao devedor o direito de liquidar a dívida” (SALAMA; BRAGA, 2014, p. 1). Os autores alertam que, segundo o Projeto de Lei, “o consumidor terá o direito de liquidar o crédito pelo mesmo valor que seria pago ao fornecedor pelo terceiro que adquire o crédito”, ainda que

Igualmente, a medição da qualidade dos serviços executados deve estar à mostra dos cidadãos, com a mais ampla transparência, em cumprimento à Lei de Acesso à Informação - Lei n. 12.527, de 18 de

consideravelmente inferior ao valor da dívida. Embora legítima e constitucionalmente assegurada, a defesa do consumidor objetivada no referido projeto, revela conseqüências diferentes das pretendidas. “Em primeiro lugar, esse procedimento engessa as cessões de crédito. Sabidamente, temos no Brasil grande custo e dificuldade para se notificar um devedor, e não é nada incomum a escusa ou fuga ao recebimento de notificações. Por isso, todo o procedimento de antecipação de recursos ficaria demorado. Isso traria maiores custos: por um lado, o valor a ser antecipado ao fornecedor tenderia a cair; e por outro, o próprio mercado de adiantamentos de crédito tenderia a diminuir. Só isso já seria o suficiente para mostrar a inoportunidade desse projeto de lei. Mas isso não é tudo. [...]. Basta notar que a maior parte dos compradores de créditos em atraso detidos por bancos são investidores institucionais – tais como os Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (FIDC’s). E, como se sabe, há um ganho de escala na negociação de créditos no atacado, pelo que não faz sentido exigir que se ofereça ao cliente do varejo o mesmo preço que se pretende cobrar no atacado. No mínimo, cada negociação envolve o custo operacional da decisão do negócio, do trabalho do liquidante e da análise das condições do crédito, que no atacado pode ser feita por amostragem”. Além disso, “essa proposta de alteração do CDC parece ignorar a complexidade dos diversos mecanismos atualmente usados na cessão de créditos. Entre esses mecanismos, destacam-se a possibilidade do cedente se responsabilizar pela solvência do devedor – o que afeta o valor pelo qual o crédito é cedido – e os posteriores usos de contratos de derivativos envolvendo esses créditos. Os contratos de cessão de créditos nem sempre são meras transferências de crédito mediante pagamento em pecúnia. São operações que, além de estarem frequentemente securitizadas, costumam contar com cláusulas de divisão do risco de insolvência do devedor. Todos esses são aspectos que impactam na precificação da cessão, e que fazem com que essa não seja necessariamente representativa do valor efetivo, pelo qual se quer oportunizar a liquidação do crédito ao devedor”. Caso o Projeto de Lei seja aprovado, poderá desajustar o mercado de cessão de créditos, aumentando ainda mais as exigências para sua concessão. Por conseqüência, trará aumento nas taxas de juros, já que as instituições financeiras buscarão proteger o retorno de seus produtos. Em suma, os consumidores de crédito, como um todo, custearão essa pretensa proteção a seu direito. Trata-se de um caso não só de paternalismo estatal, mas meios inadequados para a proteção de direito do cidadão. Desta forma, o Estado desequilibra, ou faz nascer desequilibradas, relações que poderiam ser supridas ou coordenadas pela lógica de mercado. Não se está a defender o *laissez-faire*, mas se entende que o Estado deve praticar a regulação no sentido de incentivar o melhor desenvolvimento dos setores regulados, e, por conseqüência, melhor atender aos interesses dos cidadãos usuários últimos dos serviços ou setores regulados.

novembro de 2011, e em observância ao dever constitucional de publicidade.

Às empresas reguladas e contratadas pelo Poder Público aplicam-se os regramentos da chamada “Lei Anticorrupção”, Lei Federal n. 12.846, de 01 de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Em seu anteprojeto, elaborado pela Controladoria-Geral da União, Advocacia-Geral da União e Ministério da Justiça, a lei é apresentada com objetivo de “suprir a lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos”. Na fase licitatória, a lei prevê punição às empresas que fraudarem, mediante combinação, o caráter competitivo da licitação; frustrarem a realização de qualquer ato ou procedimento durante o certame; criarem, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo. Na fase de execução do contrato administrativo, são puníveis as condutas de obtenção de vantagem ou prorrogação de contratos sem autorização em lei, no edital ou no contrato; e manipulação ou fraude do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública. As penas aplicáveis às condutas elencadas, além das demais previstas no art. 5º, da Lei 12.846/2013, variam de multa – de 0,1% a 20% sobre o faturamento anual bruto da empresa; reparação total do dano, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder públicos pelo período de 1 a 5 anos; possível desconsideração da personalidade jurídica da empresa, aplicando-se as sanções sobre o patrimônio pessoal de seus sócios; suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa; e chegam até a dissolução da empresa.

O exercício da regulação é dificultado, em grande medida, pela tecnicidade que reveste os serviços regulados, cada vez mais afetos à determinação de análises técnicas que influem nas condições da prestação dos serviços. O Estado nem sempre detém condições de acompanhar a iniciativa privada nas inovações que regem cada setor regulado, por falta de agilidade e eficiência (ADRI, 2010, p. 202). Mas isso não o desincumbe do dever de se atualizar, a fim de acompanhar e poder avaliar a execução dos serviços por si delegados. A especialização e autonomia das agências reguladoras e do Conselho Administrativo de

Defesa Econômica - CADE, por exemplo, facilitam a formação técnica específica do quadro de servidores desses órgãos.

A exigência técnica da regulação é comentada por Gaspar Ariño Ortiz:

A regulação tem uma base técnica adequada ao “estado da arte” do setor de que se trate. Precisamente por esta circunstância é denominada de “regulação setorial”, sendo feita por setores (energia) ou sub-setores (eletricidade, gás, petróleo...) para se adaptar aos requerimentos técnicos de cada um deles. O estudo e desenho da regulação requerem, em primeiro lugar, o conhecimento de como funciona cada setor, quais são suas características técnicas e econômicas. (ORTIZ, 2005, p.3)

Afora a ampla compreensão técnica que habilita a Administração Pública a avaliar a prestação dos serviços, é necessário que a fiscalização e o desempenho dos serviços sejam orientados por normas regulatórias claras. A definição das normas congregará uma gama de aspectos técnicos, jurídicos e econômicos, e sua definição deve se encontrar no espaço que assegure a qualidade e segurança dos serviços prestados aos cidadãos, bem como que permita ao seu prestador as condições econômicas de investimento e remuneração compatíveis com o volume e risco dos serviços.

A lei – e só a lei – inova no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que não pode ser delegada à norma regulatória. Mas a lei é genérica, distante da realidade dos fatos e despida da especialização inerente à concretização dos interesses de cada agrupamento econômico e social. Daí se atribuir à norma regulatória um papel de ligação entre a lei e o administrado. Esta se limita à interpretação do conteúdo técnico da lei (por exemplo, a definição de produto perigoso, de atividade poluidora, de serviço eficiente, de tarifa módica, de preço abusivo, de bem essencial). A regulação envolve a implementação desse conjunto de decisões de natureza política, tendo, por essência a execução da vontade da lei pela autoridade estatal, com vistas ao eficiente funcionamento dos agentes econômicos e dos mercados, atuando de forma neutra e despolitizada.

O conteúdo dessa eficiência é ditado por conceitos de uma análise econômica do direito. Uma norma regulatória será eficiente quando alcançar o equilíbrio que envolva os interesses da sociedade, eventualmente representados pelo Poder Público, os interesses de consumidores - e em especial, usuários de serviços públicos - e os interesses de fornecedores, em especial, os prestadores de serviços públicos. Portanto, haverá uma norma regulatória que atenda ao princípio constitucional da eficiência quando esta alcançar a equidistância entre esses vértices de um triângulo equilátero. (SOUTO, 2008, p.3)

Todavia, a qualidade da regulação não dependerá apenas do sistema de controle ou da natureza jurídica das regras e dos requisitos, mas, principalmente, das diretrizes que serão tomadas para compelir à aplicação das regras regulatórias, para que haja efetividade das atividades reguladas (ADRI, 2010, p. 202). É o caso do déficit de arrecadação efetiva dos valores das multas aplicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, prejudicado pelos sucessivos recursos impetrados pelas empresas reguladas e pela falta de estrutura do ente regulatório.

Em suma, a (boa) regulação dependerá, preponderantemente, da observância dos requisitos aqui enumerados por Renata Porto Adri:

(i) transparência - definição clara dos standards da regulação; (ii) provisão de plena informação sobre princípios, normas, procedimentos e decisões (observadas as regras de publicidade e motivação); (iii) flexibilidade nos métodos e metodologias de trabalho, para eficiência e eficácia da regulação; (iv) abertura de diálogo com a iniciativa privada (nacional e estrangeira) e os institutos não governamentais; (v) intercâmbio de informações em nível multidisciplinar para que sejam alcançadas explicações dos reguladores e regulados sobre as normas e procedimentos a serem estabelecidos; (vi) aplicação extensiva do devido processo legal estabelecendo o direito a se opor a decisões e normas; provisão regulatória de revisão pelos órgãos reguladores (Executivo) e legislativos, como forma de aperfeiçoamento regulatório. (ADRI, 2010, p.202)

O efetivo e eficiente exercício da regulação depende da presença e observância dos elementos supracitados. Sem que haja parâmetros

objetivos de avaliação, capacidade técnica para apreciar os serviços, transparência na atuação do órgão regulador, clareza na definição do corpo normativo aplicável e diretrizes objetivas, não há que se falar em regulação eficaz. Sérgio Guerra destaca que

[...] se o Estado brasileiro passa a ser Regulador, com objetivos bem definidos em termos de respeito aos direitos fundamentais e reserva de atividades econômicas ao setor privado, a sociedade atual necessita de uma governança pública orientada, especialmente, para a transparência dos resultados alcançados com a ação governamental. (GUERRA, 2012, p.26).

Daí decorre a importância do planejamento da atividade estatal⁵³, desde a fase legislativa, de modo que os fins pretendidos sejam alcançados por meio da execução de atividades coordenadas para o mesmo objetivo.

Os impactos econômicos e, por conseqüência, sociais das determinações regulatórias, reforçam o dever de responsabilidade do Estado para com os entes regulados e com os cidadãos atingidos pelos ditames da regulação.

2.3.4 O princípio da subsidiariedade

⁵³ “Compreendemos o planejamento como uma atividade estatal, documentada por um plano (lei) e operacionalizada por um processo interventivo e sistemático, cuja vocação é a ordenação do processo econômico e a satisfação e a concretização da ordem social. O plano, portanto, veicula a atividade regulatória que nele estiver inserida, sendo um relevante fator de integração social.

Por conseguinte, o planejamento do desenvolvimento econômico e social do país consiste em um conjunto de atos políticos e jurídicos que objetiva alcançar as finalidades e anseios da sociedade, conforme os princípios e escopos definidos no ordenamento jurídico.

Entendemos, assim, que o planejamento estatal sintetiza a reunião de esforços políticos, econômico-financeiros e jurídicos e objetiva coordenar os recursos orçamentários disponíveis, aplicando-os metas específicas, em tempo e modo previamente prescritos, com o mínimo de custo. Essa congregação necessita da harmonização da política, do direito, e da economia [...]”. (ADRI, 2010, p.116/117)

O princípio da subsidiariedade caracteriza o exercício da atividade regulatória pelo Estado, impondo limites à atuação do Poder Público e fomentando políticas de regulação destinadas ao atendimento do interesse público.

Em síntese, atende-se melhormente ao **princípio de subsidiariedade** sempre que a decisão do Poder Público venha a ser tomada **da forma mais próxima possível dos cidadãos a que se destinem**. Tal proximidade serve para garantir que o titular do poder público considerará sempre, em suas decisões: primeiro, que sejam respeitados os direitos e iniciativas dos cidadãos e das entidades privadas; segundo, que qualquer intervenção administrativa somente se produza em caso de inexistência ou se insuficiência da iniciativa individual ou social; terceiro, que mesmo neste caso, a intervenção somente se faça na medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido; e quarto, que se assegure que outros entes ou órgãos administrativos, maiores ou menores, não tenham condições de agir com maior eficiência. (MOREIRA NETO, 2005, p.21, grifos no original)

As origens da subsidiariedade remontam da evolução da Doutrina Social da Igreja, especialmente das propostas proclamadas através das Encíclicas *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891), *Quadragesimo Anno*, de Pio XI (1931), *Mater et Magistra*, de João XXIII (1961) e, finalmente, da *Centesimus Annus*, de João Paulo II (1991) (PIETRO, 2011, p.15). A sua principal conceituação encontra-se na Encíclica *Quadragesimo Anno*, que assim a definiu:

Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquele princípio de filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetivar com a própria iniciativa e indústria, para conferí-lo à coletividade, do mesmo modo, passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podem conseguir é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e de

sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los.

Deixe pois a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela poderá fazê-lo: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais a perfeita ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função subsidiária dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e promissor será o estado da nação. (PIETRO, 2011, p.15)

A subsidiariedade define o modo de atuação estatal secundária, de forma indireta e condicionada ao estabelecimento de parcerias junto aos entes privados. A sua definição se dá pela exposição das limitações da atuação estatal que por este princípio se condiciona, como o respeito aos direitos individuais, o reconhecimento de que a iniciativa privada tem primazia sobre a ação estatal. Ou seja, o Estado deve se abster de exercer atividades caso o particular tenha condição de fazê-lo, por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos.

Na Constituição Federal, está consubstanciado na preservação da autonomia federativa, o respeito à livre iniciativa econômica e na preservação das formas participativas de exercício democrático (MARTINS, 2012, p. 34).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro relaciona tendências que decorrem da aplicação do princípio da subsidiariedade:

- a) Em primeiro lugar, a ideia de diminuir o tamanho do Estado, pelo instrumento fundamental da privatização [...]
- b) A sociedade pluralista faz multiplicarem-se os interesses a serem protegidos; não se fala mais em interesse público de que é titular exclusivo o Estado, mas de vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil. [...] como conseqüência, há uma necessidade de ampliação da atividade administrativa de **fomento**, significando, como uma das aplicações do princípio da subsidiariedade, o incentivo à iniciativa privada

de interesse público. O Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que os vários grupos de interesses, representados por entidades particulares, partam à busca de seus próprios objetivos; [...]

c) Daí o crescimento das técnicas de **fomento**, [...] e dos inúmeros instrumentos de **parceria do setor público com o privado**;

d) Ainda a subsidiariedade está na base da desregulamentação, pela qual se busca estabelecer novo equilíbrio entre *liberdade e autoridade*; [...]

e) Outra consequência da aplicação do princípio da subsidiariedade é que a noção de **interesse público** muda e reflete sobre a própria organização da Administração Pública, já que a expressão passa a ser entendida como se referindo aos interesses dos cidadãos (interesse público primário) e não aos interesses da máquina administrativa (interesse público secundário). Em razão disso, os recursos humanos, materiais e financeiros de que dispõe a Administração Pública devem ser utilizados preferencialmente em benefício do cidadão, para obter-se melhor qualidade e eficiência na prestação dos serviços. (PIETRO, 2011, p. 19-21). (grifos no original)

O desafio que erige da aplicação do princípio da subsidiariedade é a congruência e equilíbrio entre os interesses público e privado. Por isso, ao Estado cabe fomentar, coordenar e fiscalizar as atividades, obras ou serviços públicos quando estas se encontrem sob atribuição direta de parceiro privado.

A ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc.). Se, por exemplo, se podia impor ao operador estatal a redução dos valores cobrados por um bem ou a obrigação de expandir o universo de atendimento de seus serviços sem grande necessidade de mediação (ainda que isso importasse, no médio prazo, malefícios para a coletividade), num contexto de nova regulação e de abertura de

atividades relevantes à exploração privada faz-se necessário uma ponderação, um sopesamento, um equilíbrio enfim, entre as metas de interesse geral e os objetivos dos particulares envolvidos (repita-se, sejam eles operadores econômicos ou consumidores). É neste exato quadrante que se concebe a moderna regulação estatal da economia nos termos do que se introduziu entre nós nos últimos anos. (MARQUES NETO, 2009, p. 34)

Além de garantir a eficiente prestação do serviço, ao Poder Público incumbe o equacionamento de políticas públicas inclusivas e redistributivas ante as metas delineadas para desenvolvimento do setor e a remuneração do parceiro privado, a fim de manter seu equilíbrio econômico-financeiro.

2.4 O ATUAL ESTÁGIO DA REGULAÇÃO

A assunção, pelo Estado, de seu papel eminentemente regulador derivou do contexto de concessões e privatizações da década de 90. Nesta fase, o governo brasileiro deixou de atuar diretamente em determinados setores da economia e passou a regulá-los⁵⁴, ditando as regras para melhor funcionamento de setores estratégicos⁵⁵.

⁵⁴ Embora ainda mantenha postura intervencionista em financiamentos públicos subsidiados, via BNDES e bancos públicos.

⁵⁵ Apesar das dificuldades hodiernamente verificadas no exercício da função regulatória, houve evoluções que merecem ser comemoradas sob o enfoque das agências reguladoras, conforme assinala Vanice Regina Lírio do Valle: “Primeira dificuldade enfrentada na implementação da proposta das agências reguladoras no Brasil diz respeito às falhas sequenciais nos desdobramentos reclamados pela Reforma Gerencial de 1995”. Segundo a autora, a transição para um Estado orientado à regulação deveria contemplar outros estágios, como a definição do marco legal, mais genérico, das agências, o que não foi possível ante o contexto político e os imperativos do ajuste fiscal. O segundo obstáculo corresponde à “presença do direito como verdadeira cláusula de bloqueio à inovação institucional que elas [as agências reguladoras] pretendiam veicular”. A rejeição inicial de parte da comunidade jurídica às inovações institucionais pretendidas acabou superada pela contribuição dada por outras áreas do conhecimento, as quais acabaram por se relacionar ao Direito como condição necessária ao exercício da regulação. (VALLE, 2012, p. 246).

Semelhantemente ao ocorrido em países europeus, o Brasil enfrentou dificuldades operacionais, algumas delas ainda presentes. A esse respeito comenta Gaspar Ariño Ortiz:

Desenhar uma boa regulação para a concorrência nos setores estratégicos recentemente liberalizados não é fácil. A regulação tem que contribuir com clareza e previsibilidade para a evolução destes setores, tem que facilitar a realização de planos de negócios e promover o investimento neles, tem que definir o “tabuleiro de jogos” face ao futuro de uma maneira clara e estável na qual os operadores possam confiar. Isto é especialmente necessário quando, para além de liberalizar são privatizadas antigas empresas públicas, normalmente monopolistas, que operavam no setor. Quando se privatiza, é chamado em muitas ocasiões o capital internacional para que invista no país, setor em empresa de que se trata; e o investidor analisa sua aplicação em função, entre outras coisas, da regulação sob a qual deverá agir no futuro a empresa na qual investe. (ORTIZ, 2005, p.5)

A partir do cenário apontado pelo autor, a regulação passa a incorporar algumas incertezas, que integrarão o chamado “risco regulatório” ou “falhas da regulação”. A primeira delas, segundo Ortiz, é a ambiguidade que a regulação incorpora, a partir da definição (ou indefinição) própria de alguns termos comumente presentes na regulação, como “níveis suficientes”, “preços acessíveis” ou aspectos “essenciais”. A falta de precisão na qualificação desses termos compromete a qualidade da regulação, por tornar seus mecanismos imprecisos e de difícil avaliação (ORTIZ, 2005, p.5).

A seguir, o autor aponta outra falha no estabelecimento da regulação em normas de menor hierarquia, facilmente alteráveis (ORTIZ, 2005, p.5. Esta hipótese se confirma no ordenamento pátrio, por exemplo, nas Instruções Normativas da Agência Nacional do Petróleo - ANP, que ali estabelece os parâmetros de cumprimento dos serviços de revenda de derivados do petróleo. A facilidade com que os instrumentos normativos inferiores (instruções normativas, circulares, recomendações, etc.) podem ser alterados traz insegurança jurídica e reduz a previsibilidade dos entes e setores regulados.

Por fim, Gaspar Ariño Ortiz afirma que o abuso da discricionariedade dos órgãos reguladores e as súbitas mudanças dos

critérios por eles utilizados são perniciosas à regulação, pois traduzem a captura desses órgãos pelos entes regulados e a utilização política dos instrumentos de regulação (ORTIZ, 2005, p.6). Quando ocorre, este quadro evidencia a falência da regulação em determinado setor, já que se dissocia por completo de quaisquer dos requisitos necessários para o seu exercício.

Em sua totalidade, as falhas (ou riscos) mencionadas são obstáculos atualmente verificados que comprometem o exercício da regulação e o melhor funcionamento dos setores regulados.

No caso das agências reguladoras brasileiras, tem-se registrado dificuldades de funcionamento deste instrumento de gestão. A Ficha-Síntese sobre as Contas do Governo da República do Exercício de 2013, do Tribunal de Contas da União indica que nas agências reguladoras federais, os percentuais de vacância dos cargos de direção das agências reguladoras, entre 1º/1/2010 e 31/12/2013, chegam a 72% do período, sendo que diversos desses órgãos registram a falta de nomeação de seus dirigentes em quase metade do período mencionado (BRASIL, TCU, 2014). A demora em indicar e nomear dirigentes restringe a capacidade decisória das agências. Na falta de nomeação, as vagas da diretoria são ocupadas ininterruptamente por servidores indicados pelo Executivo e não sabatinados pelo Senado Federal.

A ocupação ilimitada por interinos configura burla ao devido processo legal de indicação e nomeação, pois eles não possuem as mesmas garantias dadas aos titulares, como mandato fixo e impossibilidade de demissão ad nutum. Os interinos também não estão cobertos pelo manto da ampla legitimidade, outorgada somente àqueles que são avaliados pelos Poderes Executivo e Legislativo. (BRASIL, TCU, 2014)

Não obstante, as agências reguladoras enfrentam dificuldades para executar as sanções que decorrem do não cumprimento dos termos da regulação. Dados recentes⁵⁶ indicam dificuldades de cobrança das

⁵⁶ Matéria publicada no jornal O Globo, de 23/03/2013, indica que as cinco principais estatais ligadas ao governo federal (Petrobras, Furnas, Chesf, Eletronorte e Infraero) reguladas pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) receberam 202 autuações, totalizando R\$ 495,8 milhões em multas. Desse valor, 78,5% ainda não foram quitados por estarem sendo contestados em esfera administrativa ou na Justiça. Disponível em

multas aplicadas por agências federais às estatais do próprio governo federal. Na imensa maioria dos casos, as multas são contestadas administrativamente e judicialmente, o que arrasta por anos o cumprimento da obrigação pelo ente regulado. Por consequência, compromete as condições de futuras fiscalizações e do melhor funcionamento do órgão regulador.

Esses são exemplos de dificuldades que comprometem não só a qualidade da regulação, como seu primordial exercício.

O estágio atual da regulação acusa algumas necessidades de ajustes. Luiz Alberto dos Santos as divide em quatro estágios (SANTOS, 2009. p. 177/178): 1) acesso à informação, demandada pela sociedade, mas que se opõe à cultura burocrática de sigilo no âmbito da Administração Pública; 2) consolidação normativa, necessária ante a excessiva quantidade e fragmentação de normas vigentes; 3) judicialização dos processos, a qual se busca reduzir, porém, sob o risco de se afetar o acesso dos cidadãos e das empresas à defesa de seus interesses perante o Poder Judiciário; 4) transparência e participação popular, elementos centrais da regulação, que demandam o estabelecimento de instrumentos institucionais que as viabilizem.

Todos os itens supracitados constituem, além de necessários ajustes, condições intrínsecas ao atual estágio da regulação, que devem ser observadas, sob pena de não se cumprir o devido exercício de poder/dever estatal⁵⁷.

<http://oglobo.globo.com/economia/estatais-nao-quitam-78-das-multas-aplicadas-por-agencias-reguladoras-7931187>. Acesso em 05/08/2014.

⁵⁷ Vanice Regina Lírio do Valle indica a existência de dois mitos relacionados à qualificação de uma decisão como técnica ou política, dado importante para a escolha do espectro de delegação de uma determinada atividade administrativa – o dilema da centralização *versus* descentralização. O primeiro mito a ser superado é a sobrevalorização de uma decisão qualificada como política – que tanto pode corresponder a uma decisão valorada como boa ou ruim – o que a qualifica como tal é a *dimensão estratégica* de seu conteúdo. Não há que se falar em uma segregação absoluta entre o juízo técnico e político, tampouco “é correta, portanto, a afirmação de que as escolhas políticas tenham uma pertinência subjetiva inafastável no legislativo – assim como não é acertado afirmar que toda escolha técnica tenha em si uma irretorquível neutralidade política”. O segundo mito corresponde à suposta neutralidade política das instâncias técnicas de decisão, as quais seriam presididas por critérios eminentemente objetivos e, portanto, neutros. Não se pode suscitar a absoluta isenção política das decisões técnicas. “Não há portanto como negar que ainda a delegação seja limitada no seu conteúdo, onde houver escolhas técnicas – particularmente em setores regulados de grande complexidade econômica ou

2.5 O MODELO BRASILEIRO DE AGÊNCIAS REGULADORAS

O maior símbolo da regulação estatal foi centrado na implantação do modelo das agências reguladoras⁵⁸. Criada sob a forma de autarquia de regime especial – com privilégios especialmente destinados a garantia de sua autonomia, como impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes e independência decisória - as agências sintetizaram muitas das características regentes do modelo regulador de atuação estatal.

A grande movimentação em direção a liberalização, privatização e consolidação de uma competição com base na concorrência que ocorreu nos anos 90 demandou uma nova organização institucional. Passos significativos foram dados em termos de política de concorrência. Outras ações incluíram o rápido estabelecimento de diversas agências reguladoras para os setores recentemente privatizados e/ou liberados. Essas estruturas regulatórias foram implementadas antes da privatização do setor. Isso ocorreu com o setor de energia e telecomunicações, por exemplo, mas não no setor de transportes. No entanto, o principal foco político foi a privatização, que criou diversas oportunidades econômicas, contribuindo para o equilíbrio do orçamento público e facilitou a modernização da infraestrutura básica, como, por exemplo, na área de telecomunicações e ferrovias. A esperança era que essa determinação fosse suficiente para atrair

tecnológica – haverá igualmente oportunidade para a formação de juízo político”. A solução reside na parametrização do modo de formulação das opções de caráter não objetivo, ou seja, ao delegar, que se estabeleça parâmetros procedimentais de decisão. (VALLE, 2012, p. 249-252)

⁵⁸ Curioso notar que as agências reguladoras não foram criação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, mas sim da Casa Civil, através do projeto de criação da ANEEL. Segundo o projeto, a ANEEL seria uma autarquia convencional, sem autonomia decisória ou quaisquer das demais prerrogativas que informam as agências hoje. Coube ao Congresso Nacional a busca por modelos alternativos e a adoção de elementos presentes nas experiências internacionais que envolviam o tema. (CARDOSO, 2006, p.54)

investimentos, desencadear mais incentivos para o crescimento e resolver algumas das antigas deficiências de provisão de serviços públicos. O desenho regulatório das agências recebeu menor atenção. (OCDE, 2008, p. 14)

O modelo brasileiro foi especialmente inspirado nas agências norte-americanas⁵⁹. Dinorá Grotti expõe a evolução do sistema regulatório norte-americano em quatro etapas (GROTTI, 2006, p.3). A primeira delas é caracterizada pela necessidade de regular os serviços ferroviários, que eram motivo de disputa entre as empresas do setor, que visavam o máximo lucro, e os fazendeiros do oeste americano, que pressionavam as Assembléias estaduais para a regulação dos preços das tarifas ferroviárias e da armazenagem dos cereais. Assim surgiu, em 1887, a *Interstate Commerce Commission* (ICC). Posteriormente, foram criadas a *Federal Trade Commission* (FTC), em 1914, e a *Federal Radio Commission* (FRC), em 1926.

Na segunda etapa do desenvolvimento das agências reguladoras, ocorrida nos anos de 1930-1945, sob o *New Deal*, as agências passaram a caracterizar a Administração Pública norte-americana.

É neste período que toma corpo, quantitativa e qualitativamente, a idéia de uma Administração policêntrica e insulada de influências políticas, caracterizada por sua expertise e pela sua capacidade de responder pronta e eficientemente às demandas crescentes de uma sociedade cada vez mais complexa. Este é o principal legado institucional do *New Deal*. (BINEBOJM, 2005, p.2)

No *New Deal*, as agências tiveram a importância de romper com a dominação irrestrita da lógica liberal imune à regulamentação.

A proliferação das agências reguladoras independentes deu-se, assim, durante os anos 1930, não apenas como fruto da crença da capacitação técnica e no melhor posicionamento da Administração Pública para reagir de forma rápida e flexível no sentido de estabilizar a

⁵⁹ “A *administrative agency* é um ente criado por lei e dotado de personalidade jurídica de Direito Público, com a atribuição de dirigir, de forma descentralizada, um programa ou uma missão governamental. Essas entidades gozam de autonomia funcional, estando subordinadas hierarquicamente ao Presidente e ao Ministro de Estado responsável pela pasta a qual a agência está vinculada” (GUERRA, 2012, p. 118).

economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas também da necessidade de driblar os entraves à regulação opostos por um Judiciário predominantemente conservador. Além disso, os reformadores acreditavam que o sistema de tripartição de poderes e de freios e contrapesos gerava disputas políticas entre facções que impediam os servidores públicos de servir ao interesse público de médio e longo prazo. A denominada Segunda Carta de Direitos – assim batizada por F.D. Roosevelt – pressupunha, destarte, um novo arranjo institucional para a sua implementação. As agências reguladoras se afirmam, portanto, no cenário político norte-americano, como entidades propulsoras da publicização de determinados setores da atividade econômica, mitigando as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade. (BINEBOJM, 2005, p.3)

No terceiro momento, ocorrido nos anos de 1945-1965, a *Administrative Procedure Act* – APA instituiu normas gerais acerca do procedimento administrativo e, por consequência, trouxe uniformidade nas decisões das agências reguladoras.

A quarta etapa, correspondente aos anos de 1965-1985, revelou o desvirtuamento do sistema regulatório norte-americano, através da captura das agências pelos agentes econômicos regulados. Disso derivou o debate americano acerca das agências, concentrado nas críticas ao “crescente grau de intrusividade das agências nas atividades privadas e em sua questionável eficiência na gestão dos mercados regulados na sua não sujeição aos mecanismos tradicionais de *accountability* eleitoral” (BINEBOJM, 2005, p.4). Como resposta a esta crise, a partir de 1985 até os dias atuais, houve a redefinição do modelo através de controles externos, exercidos pelos Poderes Executivo e Judiciário⁶⁰ e

⁶⁰ “A chamada *hard-look doctrine* foi desenvolvida para permitir ao Judiciário se desincumbir das duas tarefas que lhe foram conferidas pelo *Administrative Procedure Act* – APA – garantir a fidelidade do processo regulatório ao direito e invalidar decisões ‘arbitrárias’ ou ‘caprichosas’. A doutrina *hard-look* tem servido ora para exigir das agências demonstração de que as vantagens da regulação justificam as suas desvantagens, ora para invalidar ou devolver para a agência medidas regulatórias que não atendam aos objetivos da lei, ora para exigir melhores explicações da agência acerca de críticas ou comentários feitos

participação dos agentes econômicos e de entidades de defesa do consumidor e meio ambiente.⁶¹

Sérgio Guerra indica que a adoção do paradigma norte-americano nas agências nacionais está demonstrado na identidade com a *Independent Regulatory Commission*. Este, que “é um ente estatal autônomo, dirigido por um colegiado composto por *Commissioners* eleitos pelo Chefe do Poder Executivo, e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo” (GUERRA, 2012, p.117). Os dirigentes só podem ser exonerados em caso de falta grave. Seus mandatos variam e são escalonados, de modo que não sejam coincidentes. “A nomeação do Chairman, que preside o órgão colegiado, compete ao Chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal” (GUERRA, 2012, p.117).

No Brasil, para a captação de recursos privados para investimento na prestação de serviços públicos, era necessário fornecer segurança aos investidores. Essa medida passa pela segurança regulatória buscada pela instituição do modelo das agências.

Na verdade, mais do que um requisito, o chamado compromisso regulatório (*regulatory commitment*) era, na prática, verdadeira exigência do mercado para a captação de investimentos. Em países cuja história recente foi marcada por movimentos nacionalistas autoritários (de esquerda e de direita), o risco de expropriação e de ruptura dos contratos é sempre um fantasma que assusta ou espanta os investidores estrangeiros. Assim, a implantação de um modelo que subtraísse o marco regulatório do processo político-eleitoral se erigiu em verdadeira tour de force da reforma do Estado. Daí a idéia da blindagem institucional de um modelo, que resistisse até a uma vitória da esquerda em eleição futura. (BINENBOJM, 2005, p.6)

Neste sentido, as agências foram criadas para regular setores que há pouco haviam sido concedidos ou privatizados. No âmbito federal,

por partícipes do processo de consulta pública. Assim sendo, o Judiciário tem se comportado como um verdadeiro *curador da racionalidade* dos processos regulatórios” (BINEBOJM, 2005, p. 5).

⁶¹ Para maiores detalhes sobre a evolução do modelo das agências no contexto americano, ver SUNSTEIN, Cass R. O Constitucionalismo após o *New Deal*. In: Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano. MATTOS, Paulo (coord.) *et al*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 131-242.

foram instituídas as seguintes agências: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL (Lei n. 9427, de 26/12/96), Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei n. 9472, de 16/07/97), Agência Nacional de Petróleo – ANP (Lei n. 9478, de 06/08/97), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei n. 9782, de 26/01/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei n. 9961, de 28/01/00), Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n. 9984, de 17/07/00), Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei n. 10233, de 05/06/01), Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (Lei n. 10233, de 05/06/01), Agência Nacional do Cinema – ANCINE (MP n. 2228-1, de 06/09/01, com redação dada pela Lei n. 10454/02).

Muito já se discutiu a respeito da competência normativa das agências reguladoras, bem como acerca da legalidade e conveniência da adoção desse modelo de órgão regulador⁶². Mas hoje a questão se encontra pacificada:

Transcorridos mais de 15 anos da tematização do modelo institucional identificado como agência

⁶² Veja mais em: ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de agosto de 2014; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella de (coord.). Direito Regulatório: temas polêmicos. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, 659 p.; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08 de maio de 2014; JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002, 638 p.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005, 220 p.; CARDOSO, Henrique Ribeiro. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, 39 p.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 7, set/out/nov, 2006. Disponível na Internet: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 12 de abril de 2014; ANDRADE, Letícia Queiroz de. Poder Normativo das Agências Reguladoras (legitimação, extensão e controle). Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, ago/set/out, 2008. Disponível na Internet: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 12 de abril de 2014.

reguladora, é de se reconhecer uma mudança no eixo de debates envolvendo essas denominadas autarquias especiais. Afinal, tem-se por superada – seja doutrinariamente, seja judicialmente – a discussão acerca de sua constitucionalidade, restando já hoje pacificada a possibilidade da existência de uma entidade da administração indireta, sob regime especial, delegatária de competências normativas e revestida de independência. (VALLE, 2012, p. 246)

Diversas foram as críticas da doutrina à implantação das agências reguladoras. O principal argumento contrário à implantação das agências no Brasil decorre da importação do modelo e de sua inadequação ao sistema publicista vigente no país.

Importa também citar a preocupação suscitada por Guilherme F. A. Cintra Guimarães, que aponta o déficit de direito administrativo na atuação das agências reguladoras que, segundo seu entendimento, poderia ser influenciada primordialmente por critérios técnicos e econômicos (GUIMARÃES, 2010, p.216)

Contudo, essa movimentação surgiu tão repentinamente que não houve nenhum esforço correspondente para a criação de um consenso ou comunicação acerca da nova ordem econômica. A participação social permaneceu baixa. As novas agências reguladoras começaram a operar em um relativo vazio, sem redes sociais fortes, e em meio a uma atitude de desconfiança e receio. Foram interpretadas por muitos como um acréscimo ao contexto institucional brasileiro, contrário à cultura histórica do Poder Executivo brasileiro, marcado por uma tradicional responsabilidade ministerial. A situação foi exacerbada pela relativa perda da capacidade observada nos ministérios brasileiros durante aquele período de transição para a iniciativa privada, quando se acreditava que a desregulamentação era tudo e que não era necessária nenhuma intervenção por parte do Estado para que os novos mercados funcionassem. O dismantelamento da capacidade de planejamento nos setores de energia e transporte pode ser visto como uma ilustração dessa tendência. Os reguladores foram convocados com frequência para compensar as

falhas e a falta de capacidade analítica em alguns ministérios. (OCDE, 2008, p. 16)

Afora os já citados, há de se destacar o chamado “risco de captura”, que ocorre quando o órgão regulador passa a orientar suas decisões conforme os interesses dos entes privados regulados. Tal fato pode decorrer do enorme poder de pressão e influência das grandes empresas submetidas à regulação estatal e é agravado pela autonomia decisória da qual desfrutam as agências.

As agências não protagonizaram o papel para o qual foram inicialmente desenhadas, fato creditável às diferenças de política governamental entre o governo que as criou (do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso) e o que o sucedeu (dos ex-Presidentes Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff)⁶³ e às dificuldades de sua adequação plena ao modelo de Direito Público vigente. Notícias dão conta de que os valores arrecadados anualmente pelas agências reguladoras são ínfimos se comparados ao total dos valores das multas aplicadas. Esta diferença decorre dos sucessivos recursos judiciais interpostos pelas empresas, em especiais de telefonia, que conseguem suspender a exigibilidade das multas.

Pelas razões expostas, as agências reguladoras, embora vigentes e em pleno funcionamento, ainda não obtiveram o reconhecimento administrativo, tampouco operam em sua plena capacidade no Brasil.

⁶³ A utilização política de cargos e entidades, desvirtuando-as da finalidade para a qual foram criadas é denunciada por Sérgio Guerra (GUERRA, 2012, p. 35-40)

3. A APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Ao regular uma conduta, o Direito cria direitos, estabelece, restabelece ou impõe deveres que se relacionam a mais de uma parte envolvida, sejam particulares, o Estado e um particular, o Estado e ele mesmo, etc. Partindo-se da premissa de que se vive em uma sociedade capitalista, todas as relações retrocitadas terão reflexos econômicos, ainda que em seu sentido mais amplo⁶⁴.

A sociedade moderna passou por uma transformação estrutural decisiva: o sistema da economia diferenciou-se enormemente, conseqüentemente transformou-se em mais eficiente e complexo. Isso significa que a sociedade como um todo, no seu processo comunicativo, vem determinada pela esquematização binária do sistema econômico. Esse estado do sistema social provoca uma determinação econômica no desenvolvimento dos restantes sistemas. Em face das contingências suscitadas pela complexidade do Sistema Econômico, todo o ambiente desse sistema (a sociedade em termos gerais e outros sistemas) está determinado pelas variações do lucro. Assim, o direito, por exemplo, deve provocar contínuas modificações na sua estrutura para conseguir uma adequação funcional a seu ambiente ou, em outras palavras, para tentar absorver as contingências que se apresentam nesse seu ambiente em razão da complexidade nele determinada pelo sistema econômico. (DUARTE; CADEMARTORI; CADEMARTORI; 2008, p. 133)

O estudo das inter-relações econômicas decorrentes das proposições de caráter jurídico servem, no presente trabalho, a analisar a nova face empregada pelo Direito Administrativo.

A congregação dos conceitos econômicos ao Direito foi inaugurada pela corrente doutrinária comumente conhecida como

⁶⁴ O valor e o custo de todas as coisas, sejam bens, valores, direitos, enfim, são maiores do que expressões monetárias. Tome-se como exemplo o custo de oportunidade (veja adiante) – segundo este conceito, o tempo, as escolhas da vida, inclusive aquelas de ordem primordialmente emocionais, são dotadas de sentido e reflexo econômico amplo.

Análise Econômica do Direito⁶⁵ (AED). Nascida na Universidade de Chicago⁶⁶, a AED propôs, desde sua origem, uma visão antidogmática e essencialmente pragmática dos aspectos econômicos que envolvem as relações jurídicas. A começar pelo pressuposto de que os indivíduos são agentes econômicos racionais, que respondem a incentivos e fazem escolhas visando maximizar seus benefícios, ou seja, buscam o que lhe trará maior utilidade (maior satisfação) ao menor custo (preço)⁶⁷.

⁶⁵ A corrente teórica aqui denominada Análise Econômica do Direito também é conhecida na doutrina como Direito e Economia e, ainda, no original *Law and Economics*.

⁶⁶ O presente trabalho não abordará profundamente o histórico e a evolução da Análise Econômica do Direito, por não se tratar de foco da investigação proposta. Entretanto, cabe asseverar que, embora Posner aponte a existência de primórdios da AED nos estudos produzidos antes de 1960, no âmbito dos estudos do *Antitrust* (POSNER, 2003, p.23), majoritariamente, a doutrina indica que foi depois dessa data, nas das faculdades de Direito de Chicago e Yale, nos Estados Unidos, que o Direito e Economia se desenvolveu. Duas grandes obras tornaram-se referências para os posteriores estudos da AED: “*O Problema do Custo Social*” (“*The Problem os Social Cost*”), de Ronald Coase e o “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”, de Guido Calabresi. Coase “ênfatiza a importância das instituições legais e dos custos de transação nos processos de alocação de recursos na sociedade” (SALAMA, 2010, p.53). Através da investigação do conflito existente entre uma fábrica poluidora e um condomínio residencial, o autor investigou a influência das externalidades na busca pela solução social mais eficiente, a qual deverá, necessariamente, considerar os custos de transação e os direitos de propriedade envolvidos. É neste tópico que Coase debaterá o papel do Estado na regulação e interferência sobre os mercados. Guido Calabresi, por sua vez, propõe a interpretação da responsabilidade civil a partir da racionalidade econômica. Assim, diz que a responsabilidade civil subjetiva deveria ser substituída pela responsabilização objetiva das empresas ou por um sistema de seguro social, pois a interpretação subjetiva da responsabilidade civil cria um sistema individualizado entre ofensor e ofendido, que desconsidera o universo de relações sociais regidas pelo mesmo princípio. Ambas as obras precursionaram a aplicação interdisciplinar entre a Economia e os variados campos do Direito. Posteriormente às obras citadas, Richard Posner figurou como grande autor da AED em razão da sistematização que propôs à doutrina e à amplitude dos estudos que publicou. Na obra *Economic Analysis of Law*, Posner congregou as bases sobre as quais se desenvolveriam os futuros estudos nos variados ramos da AED.

⁶⁷ “Como as pessoas tomam decisões comparando custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou os benefícios se alteram. Isto é, as pessoas respondem a incentivos. Quando o preço das maçãs aumenta, por exemplo, as pessoas decidem comer mais peras e menos maçãs, porque o custo

[...] a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada. Nesse sentido, a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos. (GICO JUNIOR, 2009, p. 18)

Embora pregue o abandono da visão “purista” do Direito⁶⁸, a AED não oferece respostas definitivas para a determinação da solução mais eficiente, especialmente quanto a determinações de ordem normativa. Ao invés disto, propõe uma nova racionalidade ao operador do Direito, sugerindo-lhe uma abordagem consequencialista, pragmática e vinculada aos fins que pretende atingir com a elocubração de qualquer direito. E considera, essencialmente, os impactos econômicos da aplicação de normas jurídicas⁶⁹.

Tal perspectiva se coaduna com a tendência verificada por Mariana Mota Pargendler e Bruno Meyerhof Salama de crescente utilização de novos métodos de pesquisa jurídica. Segundo os autores,

de comprar maçãs está maior. Ao mesmo tempo, os produtores de maçãs decidem contratar mais gente e colher mais maçãs também é maior. Como veremos, o efeito do preço sobre o comportamento de compradores e vendedores de um mercado- neste caso o mercado de maçãs – é fundamental para entender como funciona a economia”. (MANKIW, 2001, p. 7).

⁶⁸ A este respeito, comenta Rafael Augusto Ferreira Zanatta: “No Brasil, ao contrário dos países anglo-saxões, a superação do formalismo é um fenômeno recente no estudo do direito. A teoria do direito foi fortemente influenciada pela teoria pura do direito de Kelsen. De fato, somente nos últimos anos é que se ampliou o espectro da ciência jurídica para além dos conceitos estabelecidos pelo positivismo jurídico kelseniano, no qual o direito é um conteúdo ideal normativo (dever ser) que possui validade por si só, independente de postulados éticos, e de relações com a sociologia, política e economia”. (ZANATTA, 2011, p.3)

⁶⁹ O âmbito de aplicação da AED vai além da pura análise jurídica, englobando também pesquisas que relacionam o impacto econômico e jurídico das leis em relação à felicidade das pessoas, conforme se verifica nos textos constantes da obra “Law and Happiness”, editada por Eric A. Posner e Cass R. Sustein (POSNER, Eric A; SUNSTEIN, Cass R. Law and Happiness. Chicago: The University of Chicago Press, 2010).

“a utilização de argumentos consequencialistas em juízo, em particular, é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas” (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p.99). O primeiro aspecto que explica o novo paradigma se relaciona a seus vetores e corresponde às transformação do fenômeno jurídico decorrente da evolução do Estado liberal (dominado por regras e formalismo) ao Estado Democrático Regulatório (que continha modelo aberto baseado em princípios), e conduziu à busca por estudos que embasem argumentos consequencialistas. O segundo analisa a fenomenologia jurídica, quando indica que as conseqüências fáticas das normas jurídicas constituem aspecto essencial de sua análise, eis que contém relação estreita com as suas finalidades e adequações. Por último, a utilização da investigação consequencialista encontra limites na impossibilidade de cientificação da produção jurídica, o que situa a investigação proposta no campo da doutrina, e não da ciência (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p. 99-100).

Na presente investigação, a Análise Econômica do Direito serve a averiguar a influência econômica sobre os novos institutos do Direito Administrativo brasileiro. Embora a AED não tenha sido a teoria de base da reforma administrativa que pretendeu inaugurar o Estado Regulador no Brasil, seus fundamentos servem à compreensão da influência econômica que delineou o novo paradigma do Direito Administrativo. Isto porque esta teoria tem como base a interdisciplinariedade necessária à averiguação da regulação como instrumento de desenvolvimento do Direito Administrativo nacional.

3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED) constitui “um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídicas” (SALAMA, 2008, p. 51). O enfoque dessa análise doutrinária se dá a partir da perspectiva jurídica, a qual, aliada à Economia, traduz novas perspectivas para a interpretação e aplicação do Direito.

Embora a Economia contribua com um olhar mais analítico ao Direito, a combinação das duas ciências⁷⁰ traduz um novo enfoque,

⁷⁰ Susan Rose-Ackerman esclarece a utilidade do método econômico: “Economia: a ciência desanimadora. Isso certamente insulta o portador das notícias ruins. O método econômico não é desanimador, exceto no caso em que menor sinal de matemática ou estatística deprime o leitor. A economia tenta

dissociado do que comumente se pensa em relação à Economia⁷¹. Ivo Gico Junior (2012, p.12) destaca que, à primeira vista, costuma-se associar à Economia temas relativos a dinheiro, mercados, inflação, juros, etc, e não questões como “por que os estupradores costumam atacar entre 5h e 08h30min da manhã ou à noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? Por que está cada vez mais difícil convencer os Tribunais Superiores de que uma dada questão foi efetivamente prequestionada?” (GICO JUNIOR, 2012, p. 12).

Para a surpresa de alguns essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas delas têm sido objeto de estudo por economistas ou cientistas sociais empregando o método econômico. Se pararmos para pensar, de uma forma ou de outra, cada uma das perguntas do parágrafo anterior impõe decisões aos agentes. Se envolvem escolhas, então, são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto

revelar os custos em tempo, dinheiro e energia de todos os empreendimentos da vida; ela se recusa a permitir que sonhadores ignorem a escassez. Mas se os recursos realmente são escassos, Teríamos algum benefício em ignorar a verdade?” (ROSE-ACKERMAN, 2004, p. 234)

⁷¹ O estudo da Economia Comportamental (Behavioral Economics) constitui uma das linhas de estudo da AED. A esse respeito, esclarece Cass R. Sunstein (2000, p. 1): “In the last two decades, social scientists have learned a great deal about how people actually make decisions. Much of this work requires qualifications of rational choice models, which have dominated the social sciences, including the economic analysis of law. Those models are often wrong in the simple sense that they yield inaccurate predictions. People are not always ‘rational’ in the sense that economist suppose. But it does not follow that people’s behavior is unpredictable, systematically irrational, random, rule-free, or elusive to social scientists. On the contrary, the qualifications can be described, used, and sometimes even modeled” (Nas últimas duas décadas, os cientistas sociais têm aprendido muito sobre como as pessoas realmente tomam decisões. Grande parte deste trabalho exige qualificações dos modelos de escolha racional, que têm dominado as ciências sociais, incluindo a análise econômica do direito. Esses modelos estão muitas vezes errados, simplesmente por produzirem previsões imprecisas. As pessoas não são sempre “racionais” no sentido em que o economista supõe. Mas isso não quer dizer que o comportamento das pessoas é imprevisível, sistematicamente irracional, aleatório, livre de regra, ou ilusório para os cientistas sociais. Pelo contrário, as qualificações pode ser descritas, utilizadas, e por vezes mesmo modeladas”). (SUNSTEIN, 2000, p. 1, tradução nossa).

da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão. (GICO JUNIOR, 2012, p. 13)

Todas as questões supracitadas indicam conseqüências sociais e, por isso, também jurídicas e econômicas. As normas criadas pelo Direito possuem indissociáveis conseqüências sociais, vez que criam incentivos ou desincentivos a determinadas condutas⁷². Uma dessas

⁷² Os estudos produzidos por Gary Becker exemplificam a conexão entre o Direito, as normas e costumes sociais e a Economia. Sua investigação abrangeu diferentes espectros sociais, sempre a partir da perspectiva econômica a eles relacionada, perpassando a discriminação racial, a educação, a autonomia feminina, dentre outros. Uma delas é apresentada por Giácomo Balbinotto: “[...] em meados da década de 70, Becker voltou sua atenção para o estudo da família, apresentando a abordagem econômica do casamento e do divórcio. Em dois artigos publicados no *Journal os Political Economy*, em 1973 e em 1974, Becker analisou, a partir de uma abordagem essencialmente econômica, o motivo pelo qual as pessoas se casam, com quem se casam, quando e porque se separam, as formas de casamento, a utilidade do namoro, quantos filhos o casal deverá ter, etc. Nesta abordagem, o casamento é visto como uma relação contratual estabelecida entre um homem e uma mulher. Segundo ele, o casamento irá ocorrer se, e somente se, ambos atingirem situação melhor, isto é, se aumentarem sua renda, sendo esta entendida de modo amplo, incluindo todo um estilo de vida. Já o divórcio é interpretado como conseqüência das imperfeições nas informações disponíveis antes do casamento e da rápida acumulação de informações após o mesmo. Becker analisa o divórcio dentro de uma estrutura estocástica, sendo função, basicamente, de dois fatores: dos ganhos esperados do casamento e da distribuição de uma variável que descreva os eventos inesperados. Assim, quanto maiores forem os ganhos esperados do casamento e menor a variância dos ganhos inesperados, menor será a probabilidade da ocorrência do divórcio”. (BALBINOTTO NETO, 1993, p. 188-191). De outro lado, quando analisou o custo do crime e da sua punição, Gary Becker explicou seu objetivo: “The optimal amount of enforcement is shown to depend on, among other things, the cost of catching and convicting offenders, the nature of the punishment – for example, whether they are fines or prison terms – and the responses of offenders to change the enforcement. The discussion, therefore, inevitably enters into issues in penology and theories of criminal behavior. A second, although because of lack of space subsidiary, aim of this essay is to see what insights into these questions are provided by our ‘economic’ approach.” (“A quantidade ideal de aplicação depende, entre outras coisas, do custo da captura e condenação de criminosos, a natureza da punição - por exemplo, se são multas ou penas de prisão - e as respostas dos infratores para alterar a aplicação. A discussão, portanto, inevitavelmente, entra em questões em penalidade e teorias do comportamento criminoso. Um segundo, embora devido à falta de espaço subsidiária, o objetivo deste ensaio é para ver o

conseqüências, talvez das mais relevante de todas, refere-se ao reflexo econômico que resulta da aplicação ou não de determinada norma oriunda de concepção jurídica, ainda que puramente fundada em aspectos de Direito⁷³.

Nas palavras de Gico Junior,

A Análise Econômica do Direito é mais útil ao direito, na medida em que oferece um instrumental teórico maduro que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos” (GICO JUNIOR, 2012, p. 2).

A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas conseqüências. (GICO JUNIOR, 2012, p. 1)

Steven Shavell aponta três características que distinguem a Análise Econômica do Direito:

First, economic analysis emphasizes the use of stylized models and of statistical, empirical tests of theory, whereas other approaches usually do neither. Second, in describing behavior, economic analysis give much greater weight than other approaches to the view that actors are rational, acting with a view toward the possible consequences of their choices. And third, in normative evaluation, economic analysis makes explicit the measure of social welfare considered, whereas other approaches often leave the criterion of social good unclear or substantially implicit⁷⁴. (SHAVELL, 2004, p.4)

que insights sobre estas questões são fornecidos por nossa abordagem 'econômica") (BECKER, 1966, p. 169-217, tradução nossa)

⁷³ Entenda-se por reflexos econômicos todas as interações que impactam em valores, sejam monetários ou não. Ainda que morais, os valores podem corresponder a componentes do bem-estar individual, razão pela qual terão valor econômico.

⁷⁴ “Primeiro, a análise econômica enfatiza o uso de modelos estilizados e de testes estatísticos e empíricos da teoria, ao passo que outras abordagens

A investigação do Direito a partir do prisma econômico constitui um dos principais movimentos do estudo jurídico do século XX⁷⁵. Cristiane de Oliveira Coelho destaca que

Nas últimas décadas do século XX, o movimento conhecido como “Análise Econômica do Direito”, ou simplesmente como “Law and Economics”, deixou de ser um pequeno e alternativo programa de pesquisa nas áreas do Direito e da Economia, para estabelecer-se como uma das principais escolas jurídicas dessa época. Seu desenvolvimento e aplicação resultaram em profundas mudanças tanto no contexto disciplinar das Faculdades de Direito como na prática jurídica norte-americanas. Prova disso é que a partir de 1980, pelo menos um economista fazia parte do corpo docente das mais conceituadas escolas de Direito dos Estados Unidos, quando também passaram a ser publicadas diversas

costumam fazer nenhum dos dois. Em segundo lugar, ao descrever o comportamento, a análise econômica dá um peso muito maior do que outras abordagens para a visão de que os atores são racionais, agindo com vistas a possíveis conseqüências de suas escolhas. E em terceiro lugar, na avaliação normativa, a análise econômica torna explícita a medida de bem-estar social considerado, ao passo que outras abordagens muitas vezes deixam o critério do bem social claro ou substancialmente implícito” (SHAVELL, 2004, p.4, tradução nossa).

⁷⁵ O crescimento do estudo da AED tem sido verificado em todo o mundo: “Apesar de alguns observadores como Fiss, Horwitz e Ellikson argumentarem que já ao final da década de 80 a escola da Análise Econômica do Direito apresentava sinais de eminente declínio, um breve panorama da situação atual parece demonstrar exatamente o contrário. De fato, todas as renomadas Faculdades de Direito norte-americanas continuam mantendo programas inteiramente voltados ao estudo interdisciplinar entre Economia e Direito, inclusive oferecendo bolsas de estudos específicas aos estudantes interessados no tema; novas revistas, como a *Review of Law and Economics* e o *Journal of Empirical Legal Studies* foram lançados nos últimos dois anos nos Estados Unidos; e, no Brasil, por exemplo, tanto a Universidade de São Paulo quanto a Universidade de Brasília passaram a oferecer, em seus programas de pós-graduação em Direito e de pós-graduação em Economia, disciplinas específicas na área” (COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto ciência: Uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>> Acesso em: 06/09/2014).

revistas especializadas em Law and Economics. No que tange à prática jurídica, por sua vez, atribui-se à Análise Econômica do Direito não só o movimento de desregulamentação dos mercados americanos de transporte e telecomunicações, mas também a reforma criminal de 1984 e a freqüente aplicação de teorias econômicas em decisões judiciais por parte de juízes como Breyer, Posner, Easterbrook, Calabresi e Ginsburg. (COELHO, 2007, p. 4)

Nos Estados Unidos e na Europa, a interpretação juseconômica possui linhas de estudo sedimentadas nas principais escolas⁷⁶, conforme atestam Cooter e Ulen:

By 1990 at least one economist was on the faculty of each of the top law schools in North America

⁷⁶ Erich Schanze corrobora a afirmativa: “There are, for example, European journals, a European Law and Economics Society, a successful European network of various law and business faculties within the Erasmus/Socrates scheme, including an impressive doctoral program. But they are working largely with the same literature and within the paradigm found at the US law schools. A postdoctoral researcher from Madrid, who works in 2005 for a few months on issues of corporate governance at Marburg, may in the next weeks travel to Cambridge, England, and from there to Columbia or Harvard. She would not spend time on quarrels concerning the theoretical approach. The concern would be the regulatory context and different basic legal concepts, maybe quirks about the sense or nonsense of the concept of shareholder primacy. I should like to remind that in the past there have been substantial methodological divides between Europe and the US. Think, for example, of the American Legal Realism on one side, and German “Interessenjurisprudenz” on the other” (“Há, por exemplo, jornais europeus, uma Sociedade de Direito e Economia, uma rede europeia bem sucedida de várias faculdades de direito e administração dentro do programa Erasmus / Sócrates, incluindo um programa de doutorado impressionante. Mas eles estão trabalhando em grande parte com a mesma literatura e dentro do paradigma encontrado nas faculdades de Direito dos Estados Unidos. Um pesquisador de pós-doutorado de Madrid, que trabalha em 2005 por alguns meses sobre questões de governança corporativa em Marburg, pode nas próximas semanas viajar para Cambridge, Inglaterra, e de lá para a Columbia ou Harvard. Ela não iria gastar o tempo em discussões acerca da abordagem teórica. A preocupação seria o contexto regulamentar e diferentes conceitos jurídicos básicos, talvez peculiaridades sobre o sentido ou absurdo do conceito de primazia acionista. Gostaria de lembrar que, no passado, houve divisões metodológicas substanciais entre a Europa e os EUA. Pense, por exemplo, do Realismo Jurídico Americano de um lado, eo alemão “Interessenjurisprudenz”, por outro”) (SCHANZE, 2006, p. 4, tradução nossa)

and some in Western Europe. Joint degree programs (a Ph.D. in economics and a J.D. in law) exist at many prominent universities. Law reviews publish many articles using the economic approach, and there are several journals devoted exclusively to the field. Recently, an exhaustive study found that articles using the economic approach are cited in the major American law journals more than articles using any other approach. Most law school courses in America now include at least a brief summary of the economic analysis of law. By the early 1990s, there were professional organizations in law and economics in Europe, Canada, the United States, Latin America, and Australia. The field received the highest level of recognition in 1991 and 1992 when consecutive Nobel Memorial Prizes in Economic Science were awarded to economists who helped to found the economic analysis of law – Ronald Coase and Gary Becker. Summing this up, Professor Bruce Ackeman of the Yale Law School described the economic approach to law as “the most important development in legal scholarship of the twentieth century”⁷⁷. (COOTER; ULEN, 2000, p.2)

⁷⁷ “Por volta de 1990, pelo menos um economista estava na faculdade de cada uma das escolas de direito na América do Norte e alguns da Europa Ocidental. Programas de graus conjuntos (doutorado em economia e um doutoramento em Direito) existem em muitas universidades de destaque. Revistas de Direito publicam muitos artigos utilizando a abordagem econômica, e há várias revistas dedicadas exclusivamente para o campo. Recentemente, um estudo exaustivo descobriu que artigos usando o método econômico são mais citadas nas principais revistas de direito norte-americano do que artigos que utilizam qualquer outra abordagem. A maioria dos cursos da escola de direito na América incluem pelo menos um breve resumo da análise econômica do direito. Até o início de 1990, existiam organizações profissionais de direito e economia na Europa, Canadá, Estados Unidos, América Latina e Austrália. O campo recebeu o maior nível de reconhecimento em 1991 e 1992, quando consecutivos Prêmios Nobel em Ciências Econômicas foram concedidos a economistas que ajudaram a fundar a análise econômica do direito - Ronald Coase e Gary Becker. Em resumo, o professor Bruce Ackeman da Yale Law School descreveu a abordagem econômica do direito como "o desenvolvimento mais importante no conhecimento jurídico do século XX" (COOTER; ULEN, 2000, p.2, tradução nossa).

O contexto econômico e as carências verificadas na atuação estatal demandaram medidas além da capacidade técnica e financeira do Estado, o que lhe levou a buscar apoio em parcerias junto à iniciativa privada. E, para tanto, fez-se necessário criar incentivos de atração desses parceiros, comumente desconfiados da segurança das relações travadas com entes públicos. São justamente estes elementos econômicos, postos à regulamentação dos institutos analisados, que servirão à análise da aproximação entre o Direito Administrativo e a Economia. E, para tanto, utilizar-se-á do aparato teórico da Análise Econômica do Direito.

3.1.1 Os pressupostos da Análise Econômica do Direito

Embora esteja dividida em diferentes correntes de pensamento⁷⁸, a AED possui pressupostos comuns que a caracterizam e a distinguem como teoria analítica do Direito. São eles:

- (1) existe maximização racional das necessidades humanas;
- (2) os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar seu comportamento racional;
- (3) regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a conseqüente máxima de que

⁷⁸ Em apertada síntese, indica-se que a AED é usualmente dividida em quatro correntes: (1) a *Escola de Chicago*, (2) a *Teoria Neoinstitucionalista*, (3) a *Teoria da Escolha Pública* e a (4) *Escola de New Haven*. Os estudos desenvolvidos na *Escola de Chicago* confundem-se com as origens da AED e, atualmente, caracterizam-se pela visão individualista e mais puramente econômica do Direito. Por isso, também é aquela que maior volume de críticas recebe e que costuma ser confundida como a única vertente da AED. A Teoria Neoinstitucionalista tem como principal enfoque o estudo dos custos de transação e o papel das instituições na economia. Seus principais postulados encontram-se nas obras de Oliver Williamson e Douglass North. A *Teoria da Escolha Pública (Public Choice)* aborda questões extra-mercado, ou, questões de ciência política (e Teoria do Estado) sob a perspectiva de suas conseqüências econômicas e jurídicas. A Teoria da Escolha Pública analisa diversos tópicos do processo político, como teorias sobre o Estado, estudo do voto, comportamento dos eleitores, partidos políticos, burocracia, dentre outros, em vista da racionalidade econômica. Para a *Escola de New Haven*, o Direito é visto como fonte de regulação de atividades e, portanto, de concretização de políticas públicas.

prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social. (SADDI, 2014, p. 89)

O primeiro dentre os pressupostos possui dois aspectos: a maximização e a racionalidade do agente.

A maximização⁷⁹ é apenas uma maneira simples de quantificar comportamento social (COOTER, 1982, p. 1262). Está presente em diversos aspectos da vida social: consumidores maximizam utilidade, empresas maximizam lucros, políticos maximizam votos, caridade maximiza bem-estar social, etc (COOTER, 1982, p. 1261)

No uso da maximização racional,

os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, sejam esses interesses quais forem. Assim, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos” (SALAMA, 2008, p. 55).

Para a Economia, a racionalidade do agente é a lógica que dirige os agentes econômicos, sejam eles pessoas, governos ou empresas.

Segundo a concepção de racionalidade mais comumente delineada na teoria microeconômica, o agente racional é aquele que adota um comportamento maximizador nas variadas formas da vida; ou seja, quando confrontado com a necessidade de uma tomada de decisão, o indivíduo elege a conduta tendente a maximizar seus benefícios e minimizar eventuais custos. (COULON, 2008, p. 184)

⁷⁹ A respeito de *maximização*, deve-se diferenciar o conceito apresentado da *maximização da riqueza*, como apontada e defendida por Richard Posner em seus escritos. Em suas primeiras obras, notadamente *Economics of Justice* (em português, *A Economia da Justiça*) e *Economic Analysis of Law* (ainda sem tradução no Brasil), Posner defendia que a fundamentação do Direito residia na maximização da riqueza (o que, para ele, correspondia à eficiência) e, a partir da década de 90, abandonou este critério em favor da visão pragmática do Direito. Durante a fase de império da maximização da riqueza na teoria de Posner, ela constituiria o “tecido ético” do Direito, pois, segundo o autor, dever-se-ia considerar injusto o ato que reduz a riqueza da sociedade e as noções de justiça seriam somente algo mais do que uma preocupação com a eficiência. Após uma enxurrada de críticas, Posner abandonou esta visão e admitiu que, em algum momento, o indivíduo seguidor da Análise Econômica do Direito terá que tomar partido em questões de filosofia política e moral. E, assim, passou a defender o que chama de *pragmatismo cotidiano*.

De acordo com esse princípio, a racionalidade é o agente diretivo do homo economicus, que é movido pela constante averiguação lógica e coerente de seus atos e escolhas. E, dentre suas opções, buscará, racionalmente, aquela que melhor maximizar seus interesses, sejam quais forem. A esse respeito, comenta Susan Rose-Ackerman:

Self-interested behavior is a fact of life. People who recognize this are neither liberal nor conservative. They are realists. The dream of forging a public policy consensus is just that. People have different goals, tastes, talents, and resources. Procedures for managing conflicts are central to the design of social institutions.⁸⁰ (ROSE-ACKERMAN, 1992, p. 187)

O instinto é racional, não emocional, e da diretividade racional do comportamento humano decorre sua resposta a incentivos. Quando apresentado a opções que tendam a maximizar seus benefícios, o indivíduo tenderia a adotá-lo, caso seus ganhos se relevassem maiores do que seus custos. Apesar de parecer inovador, o paradigma proposto pela Análise Econômica parte do pressuposto de que a racionalidade que o fundamenta já consta do comportamento cotidiano das pessoas, que diuturnamente fazem escolhas baseadas no que lhes parece mais vantajoso⁸¹.

Em termos econômicos, pode-se dizer que

Admitindo-se que os indivíduos são agentes econômicos racionais, que escolhem suas ações visando maximizar seus benefícios, é possível constatar que o agente irá escolher o comportamento que lhe seja mais vantajoso, isto é, que lhe irá trazer maior utilidade (maior

⁸⁰ “Comportamento auto- interessado é um fato da vida. Pessoas que reconhecem isso são nem liberal nem conservadoras. Elas são realistas . O sonho de forjar um consenso sobre a política pública é apenas um sonho. As pessoas têm objetivos diferentes, gostos , talentos e recursos. Procedimentos para a gestão de conflitos são fundamentais para a concepção de instituições sociais” (ROSE-ACKERMAN, 1992, p. 187, tradução nossa).

⁸¹ É o que defende Posner: “*Central to this book is the further assumption that man is a rational utility maximizer in all areas of life, not Just in his ‘economic’ affairs, that is, not only when engaged in buying and selling in explicit markets*”. (“O foco deste livro é a suposição que o homem é um maximizador utilitário racional em todas as áreas da vida, não apenas em seus assuntos ‘econômicos’ , isto é, não só quando envolvidos na compra e venda em mercados explícitos”) (POSNER,2003, p. 4, tradução nossa)

satisfação) ao menor custo (preço) (CARVALHO; TRINDADE, 2010, p. 220)

Os incentivos constituem parte essencial das normas jurídicas, ainda que comumente estejam traduzidos por sanções.

De maneira geral, uma norma – seja uma lei, sentença ou contrato – cria um incentivo para que as pessoas se comportem de determinada maneira. Se os incentivos que são provocados fazem com que as pessoas não se comportem de maneira eficiente – por exemplo: provocando o desperdício, desvalorizando o cuidado, facilitando o furto, ou desmotivando o trabalho – isto gera um custo para a sociedade. Estes custos relacionados aos (des)incentivos gerados por uma norma poderiam ser evitados se eles fossem previstos antes da norma ser criada. Por isto deve-se atentar para os incentivos que uma norma gera para verificar se são bons, ou seja, estimulam um comportamento eficiente por parte de quem é regulado pela por ela, ou se são ruins, i.e. se implicam custos para a sociedade em virtude de condutas ineficientes. (ALBUQUERQUE, 2006, p.31)

Há casos em que a Economia demonstrará que a instituição de alguma obrigatoriedade por meio de uma norma não atingirá necessariamente o objetivo proposto. Gregory Mankiw⁸² afirma que “quando os formuladores de políticas públicas não levam em conta como suas medidas afetam os incentivos, acabam gerando resultados não-desejados” (MANKIW, 2001, p. 7). E exemplifica sua afirmativa com as medidas relativas ao uso do cinto de segurança. Em um sentido, o uso do cinto de segurança salva vidas, visto que mais pessoas o utilizam e a probabilidade de se sobreviver a um acidente aumenta. Porém, há mais variáveis envolvidas no caso do que à primeira vista se possa supor. Gregory Mankiw explica:

⁸² Em outro exemplo, o autor afirma que “Os formuladores de políticas públicas nunca deveriam esquecer os incentivos, visto que muitas políticas mudam os custos ou benefícios com que as pessoas se deparam e, portanto, alteram comportamentos. Um imposto sobre a gasolina, por exemplo, incentiva as pessoas a dirigirem carros menores, de consumo mais eficiente. Também incentiva as pessoas a usar o transporte público em vez do automóvel e a morar mais próximo do trabalho. Se o imposto for muito elevado, as pessoas começarão a utilizar carros elétricos..” (MANKIW, 2001, p.7)

Para entender completamente os efeitos dessa lei deve-se reconhecer que as pessoas alteram seu comportamento em resposta aos incentivos oferecidos. Neste caso, o comportamento relevante é a velocidade e a prudência com as quais as pessoas dirigem. Dirigir devagar e com cautela é custoso porque gasta o tempo e a energia do motorista. Ao decidirem com que nível de segurança devem dirigir, as pessoas racionais comparam o benefício marginal de uma direção segura com o seu custo marginal⁸³. Elas dirigem mais lenta e cautelosamente quando o benefício da maior segurança é alto. Isso explica por que as pessoas dirigem mais atentamente quando as estradas estão cobertas de gelo do que quando estão desimpedidas. (MANKIW, 2001, p.7)

Com o cinto de segurança, a assunção racional do motorista é de que os acidentes se tornaram menos custosos porque se reduziu a probabilidades de graves ferimentos ou morte. Como conseqüência, a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança reduziu o benefício de dirigir lenta e cautelosamente, o que resulta em um número maior de acidentes⁸⁴.

Este é um exemplo simples que mostra como agem os incentivos e os riscos de se ignorar ou desconsiderar todas as variáveis presentes no caso e, assim, obter-se resultados diferentes dos esperados em decorrência da má utilização de incentivos.

Outro pressuposto indica que “regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a conseqüente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social”. Ou seja, as normas devem promover (baseada em incentivos) a melhor aplicação dos recursos escassos (eficiência) na sociedade.

⁸³ Alterações marginais são definidas como “pequenos ajustes incrementais a um plano de ação” (MANKIW, 2001, p.6). Ou seja, “nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade excederem seus custos” (SALAMA, 2008, p. 55)

⁸⁴ Sam Peltzman analisou os riscos dos incentivos constantes nas leis de trânsito em seu artigo “The Effects of Automobile Safety Regulation”, publicado no *Journal of Political Economy*, em 1975. Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1830396?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21104605624827>

Esse princípio econômico está diretamente relacionado aos enfoques da análise positiva e normativa dos estudos juseconômicos. A análise positiva descreve o que efetivamente é. Seus estudos são focados na repercussão do Direito sobre o mundo dos fatos e analisam a racionalidade e as consequências prováveis da adoção desta ou daquela regra.

A análise normativa é prescritiva – trata das coisas como devem ser. Seu enfoque auxilia na escolha dentre as alternativas possíveis, da mais eficiente delas, ou que tipo de norma seria mais adequada a atingir determinados fins⁸⁵. E, para isso, preocupa-se em estudar se e como noções de justiça de comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização do bem-estar (SALAMA, 2008, p. 52). Em síntese, ambas epistemologias definem, respectivamente, um critério de verdade e um critério de valor.

A idéia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva – e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão. (GICO JUNIOR, 2010, p. 16)

Ambas as abordagens normativas buscarão o atingimento da eficiência, a qual, segundo os economistas, pode ser medida de duas formas: Pareto e Kaldor-Hicks.

⁸⁵ Luiz Albuquerque sintetiza: “Pergunta-se: qual seria o tipo (conteúdo, forma, características, sanções, etc.) de norma que poderia atingir este objetivo de maneira a se obter o máximo benefício e o mínimo custo possível? Em outras palavras, considerando um determinado contexto real dentro do qual se deseja atingir certo objetivo através da criação de uma norma, pergunta-se: que características deveria ter ou como deveria ser esta norma para que atingisse tais objetivos de maneira mais economicamente eficiente?” (ALBUQUERQUE, 2006, p.8).

Também conhecida por eficiência alocativa e ótimo paretiano, a metodologia de Pareto supõe eficiente uma alteração que melhore a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro. E, segundo esse critério, a alocação será ótima quando não for possível realizar novas melhorias (ainda sem prejudicar a situação de nenhum outro envolvido). Assim, uma escolha será eficiente quando não houver outra alternativa preferível por todos os envolvidos, considerando-se suas preferências individuais. Ineficiente será quando existir alguma alternativa preferível por todos, ou até por simplesmente um deles, mesmo que indiferente aos demais.

Como desdobramento dessa definição conclui-se que uma configuração eficiente implica também em um ótimo social, na medida em que, como cada bem está nas mãos daquele que mais o valoriza - vez que nenhuma troca se dá mais de maneira voluntária -, a soma das utilidades individuais nesse ponto - se pudesse ser feita - seria a maior possível. (COELHO, 2007, p.14)

A segunda proposição de medida da eficiência parte do método de Pareto e o complementa. Segundo o conceito de Kaldor-Hicks, uma mudança em que alguns indivíduos saiam prejudicados é possível, desde que aqueles que melhoram de posição ganhem mais do que percam aqueles que têm sua situação deteriorada. Assim, os indivíduos que melhoram de sua situação podem teoricamente compensar aqueles que ficam piores, podendo eventualmente levar a uma situação de eficiência alocativa no sentido de Pareto.

Kaldor-Hicks conta com maior aceitação do que Pareto⁸⁶, pois permite a mudança através da compensação dos ganhadores aos perdedores, de modo a se alcançar o equilíbrio (a eficiência) do sistema. Exemplo é trazido por Bruno Meyerhof Salama:

⁸⁶ É o que afirma Richard Posner: “The conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency; the operating definition of efficiency in economics must not be Pareto superiority. When an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times of ten he means Kaldor-Hicks efficient. (“As condições para a superioridade de Pareto quase nunca são satisfeitas no mundo real, ainda que os economistas falem bastante sobre eficiência; a definição operacional de eficiência não pode ser a superioridade de Pareto. Quando um economista diz que o livre-comércio, ou competição, ou o controle da poluição, ou alguma outra política ou Estado no mundo é eficiente, nove de cada dez vezes significa eficiente no sentido de Kaldor-Hicks”) (POSNER, 2003, p.13, tradução nossa)

A prefeitura da cidade de São Paulo, recentemente, proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve “perdedores”, e disto não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) excederam as perdas do grupo de “perdedores”. Novamente, note que, pelo critério de Pareto, esses “perdedores” teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra. (SALAMA, 2008, p.31)

Os pressupostos econômicos apresentados fundamentam a lógica aplicada à interpretação do Direito pela análise econômica. Entretanto, afóra os pressupostos supracitados, a AED também se vale de conceitos básicos de Economia para definir suas aplicações. No enfoque do presente trabalho, serão apresentados alguns deles, os quais se relacionam à interferência estatal e que afetam o exercício da regulação.

Um desses princípios econômicos indica que os governos podem às vezes melhorar os resultados do mercado⁸⁷. E o farão sob duas hipóteses: (1) promover a eficiência, e (2) promover a equidade. Ou seja, “muitas políticas econômicas visam ou aumentar o bolo econômico ou alterar sua divisão” (MANKIW, 2001, p.11).

Embora parte dos economistas defendam a mão invisível do mercado, e assim repilam a interferência estatal, há situações em que se verificam falhas de mercado, entendidas como a “situação na qual o mercado, por si mesmo, fracassa em alocar os recursos de forma eficiente” (MANKIW, 2001, p.11).

As falhas de mercado podem ser causadas por externalidades, que constituem perdas ou ganhos não internalizados pelos produtores e consumidores e que, portanto, não integram o cálculo dos custos e preços das mercadorias, bens e serviços (CARVALHO, JOBIM; 2008,

⁸⁷ A respeito do *mercado*, manifesta-se Susan Rose-Ackerman: “The market is one such institution. Its great strength in a diverse world is its impersonality. I do not have to like in order to trade with you” (“O mercado é uma instituição peculiar. Sua grande força em um mundo diverso é a impessoalidade. Eu não tenho que gostar de você para fazer negócios consigo”) (ROSE-ACKERMAN, 1992, p.187, tradução nossa)

p.241). Em outro enfoque, é o “impacto das ações de alguém sobre o bem-estar dos que estão em torno” (MANKIW, 2001, p.11). As externalidades podem ser positivas, como no caso de uma residência que contrata serviço de vigilância, da qual todas as residências acabam se beneficiando. Ou negativa, na hipótese da boate que produz barulho para a vizinhança.

O enfoque macroeconômico⁸⁸ dos conceitos supraexpostos se completa, microeconomicamente⁸⁹, com o individualismo metodológico comumente utilizado pela AED. As averiguações propostas pela corrente são centradas na conduta dos indivíduos. O conjunto das escolhas individualmente realizadas pelo homo economicus resultará no comportamento coletivo.

Em um enfoque individual, é de relevância analisar outro princípio econômico, que assevera que pessoas enfrentam tradeoffs (MANKIW, 2001, p. 4). Os tais tradeoffs podem ser traduzidos por “custos de oportunidades”, ou alocação preterida do recurso.

Custo de oportunidade deve ser entendido a partir do princípio da escassez [...]. Como os recursos são escassos mas os desejos e necessidades humanas não são, só se pode satisfazer uma necessidade se deixar de satisfazer outra. A alternativa de que se abdicou é o que se chama de custo de oportunidade. Assim, o custo de oportunidade de um bem ou serviço é a quantidade de outros bens e serviços a que se deve renunciar para obtê-los”. (ALBUQUERQUE, 2006, p.15)

O conceito de custo de oportunidade e a lógica por detrás deste princípio orientam as escolhas cotidianas das pessoas. E abrange escolhas desde a utilização do tempo, até casamento, emprego e a

⁸⁸ Macroeconomia estuda o funcionamento da economia em seu conjunto. Seu propósito é obter uma visão global simplificada da economia que permita conhecer suas tendências gerais de maneira a ajudar a sociedade a desenvolver políticas para melhorar o seu funcionamento. Neste sentido, ela inclui também análises normativas. (MOCHÓN; TROSTER, 2002, p. 6)

⁸⁹ “A microeconomia trata, em grande parte, de limites – da renda limitada que os consumidores podem gastar em bens e serviços, de orçamentos e tecnologias limitadas que as empresas podem empregar para produzir bens, do número limitado de horas que os trabalhadores podem dedicar ao trabalho ou ao lazer. Mas a microeconomia também trata de como tirar o máximo proveito desses limites. Mais precisamente, ela trata da alocação de recursos escassos”. (PINDYCK; RUBINFELD, 2002, p. 4)

utilização de sua renda individual. O mesmo vale para políticas públicas, quando se optará por alocar os escassos recursos financeiros do Estado em determinada finalidade, em detrimento de outra.

Embora sejam inescapáveis, os tradeoffs constituem as escolhas feitas ao longo de uma existência individual, um governo ou uma empresa, e delinearão os aspectos subjetivos que formam este agente. Por isso, as melhores escolhas sempre se basearão no maior conhecimento acerca das opções disponíveis.

Os *tradeoffs* estão intimamente relacionados à existência da escassez. Os recursos disponíveis, monetários ou não, são escassos e, diante das necessidades ilimitadas, faz-se necessário que os agentes realizem escolhas⁹⁰.

O pressuposto da escassez torna premente a escolha na alocação de recursos de ordem individual e coletiva, conforme se verifica nas dotações orçamentárias que destinam recursos a determinadas políticas públicas⁹¹.

⁹⁰ Parte-se do pressuposto de que todos os bens, todos os itens que compõem o bem-estar, são escassos. Nenhum existe infinitamente e tampouco indefinidamente encontra-se à disposição.

⁹¹ A escassez deriva também da limitação de fontes de obtenção de recursos pelo Estado, a ver-se: “Todo estado dispone de cuatro grandes grupos de ingresos. **En primer lugar**, están los **ingresos patrimoniales** que son, como su nombre indica, aquellos que derivan del patrimonio que pueda poseer y se trata, por tanto, de ingresos de igual naturaleza a los que pueden obtener las personas privadas. En el caso del estado los ingresos patrimoniales suelen tener su origen en los beneficios que obtienen las empresas públicas y también en la explotación de recursos naturales propiedad del estado, como sucede con la minería o con la extracción de hidrocarburos. En general, los ingresos de este origen representan una pequeña porción de los ingresos totales. Si atendemos a los datos que proporciona el Banco Mundial podríamos afirmar que, como medida, los ingresos patrimoniales pueden significar entre el 5 y el 15% de los ingresos totales de los estados, sin perjuicio de que, en casos concretos (por ejemplo Kuwait, Irán, Venezuela o Yemen) su significación pueda subir. **El segundo grupo de ingresos** son los procedentes de **transferências** que pueden tener su origen tanto en la ayuda exterior como em donaciones domésticas. Por razones obvias los ingresos de la ayuda exterior sólo resultarán relevantes en países con dificultades o con niveles muy bajos de renta y, desde luego, no constituyen un ingreso regular para los demás países. Tampoco suelen resultar significativas las donaciones de particulares en favor del estado. Mayor importancia pueden tener, en cambio, las transferencias entre los distintos niveles de gobierno, entre las distintas haciendas, dentro de un mismo estado. Las transferencias intergubernamentales se producen en todas las

organizaciones políticas pero revisten mayor importancia relativa en los estados financieramente centralizados, dado que en estos casos, una parte significativa de los ingresos de las haciendas regionales y locales suele provenir de la hacienda central. **El tercer grupo de ingresos** es el formado por los **ingresos coactivos** que constituyen la mayor parte de los ingresos de todas las haciendas. Como media este tipo de ingresos puede suponer entre el 85 y el 90% del total. Naturalmente, como todo ente jurídico con capacidad patrimonial, El estado puede finalmente obtener ingresos bien **enajenando activos** de su patrimonio o recurriendo al **endeudamiento**. Debemos ser consciente, no obstante, que este tipo de ingresos es de distinta naturaleza a los anteriores, pues mientras que los tres primeros grupos de ingresos (patrimoniales, transferencias, coactivos) pueden considerarse de carácter regular o recurrente, tanto los ingresos por enajenación de activos como el recurso al endeudamiento tienen límites. Si trasladamos al ámbito del estado la lógica privada, como hicieron los economistas clásicos, el recurso a este tipo de ingresos –que llamaremos ingresos de capital –solo se podría justificar en la medida en que se destinasen a financiar gastos de capital, de forma que el patrimonio neto del estado permaneciese inalterado. Esta regla de sanidad financiera es lo que significa el requerimiento de equilibrio presupuestario de los clásicos. Una fórmula que garantiza que el estado mantendrá, por lo menos, su patrimonio. Por eso se aceptaba la emisión de deuda pública únicamente para financiar inversiones. De esta forma la deuda pública se constituye en un puente que permite distribuir equitativamente el costo de los servicios públicos, entre la generación actual y las generaciones futuras. Así, en la medida en que los gastos de inversión –cuyos proyectos con frecuencia no resultan divisibles – vayan más allá de los necesarios para cubrir las amortizaciones, estaremos aumentando el capital público utilizable por las generaciones futuras, con lo que también parecerá razonable desplazar sobre éstas el costo correspondiente. En sentido estricto, cada generación debería soportar el costo del capital, público que utiliza, equivalente a la suma de los gastos de amortización, mas los intereses imputables a dicho capital”.

(Cada Estado dispõe de quatro grandes grupos de renda. Em primeiro lugar, são os rendimentos de propriedade que são, como o nome sugere, os derivados de bens que possam possuir e é, portanto, renda de natureza similar àqueles que podem obter as pessoas privadas. No caso do Estado, os rendimentos patrimoniais geralmente têm sua origem nos benefícios resultantes das empresas públicas e na exploração de recursos naturais pertencentes ao Estado, como com a mineração ou extração de petróleo. No geral, as receitas provenientes dessa fonte representam uma pequena parte do total das receitas. Se olharmos para os dados fornecidos pelo Banco Mundial, poderíamos dizer que, como uma medida, os rendimentos de propriedade podem significar entre 5 e 15% do total das receitas dos Estados, ainda que, em casos específicos (por exemplo, Kuwait, Irã, Venezuela e Iêmen) seu significado possa ser maior. O segundo grupo de rendimentos são procedentes de transferências que podem ter origem tanto a

Outro conceito derivado da ótica microeconômica é a assimetria informacional, que ocorre quando, em uma relação (transação econômica) entre dois ou mais agentes, um deles detém mais informação, ou informações melhores, do que o outro.

Leandro Martins Zanitelli apresenta exemplo desse fenômeno econômico no âmbito dos seguros de saúde:

ajuda externa e quanto de doações nacionais. Por razões óbvias, a renda da ajuda externa será relevante apenas em países com níveis de dificuldade ou com níveis muito baixos de renda e, claro, desde que não constituam rendimentos regulares a outros países. Geralmente não são significativas as doações de particulares a favor do Estado. Maior importância pode ter, no entanto, as transferências entre diferentes níveis de governo, entre as diferentes finanças dentro do mesmo Estado. As transferências intergovernamentais ocorrem em todas as organizações políticas, mas são de maior importância relativa nos estados financeiramente centralizados, uma vez que nestes casos, uma parcela significativa das receitas das finanças locais e regionais, muitas vezes provêm do orçamento central. O terceiro grupo de renda é formado pelos rendimentos coercitivos que constituem a maior parte das receitas de todas as finanças estatais. Em média, este tipo de renda pode significar entre 85 e 90% do total. Naturalmente, como qualquer entidade jurídica com capacidade financeira, o Estado pode obter rendimentos manejando seus ativos rentáveis ao invés de recorrer a empréstimos. Devemos estar conscientes, no entanto, que este tipo de renda é de natureza diferente dos demais, pois enquanto os três primeiros grupos de renda (patrimoniais, transferências e coercivos) podem ser consideradas de caráter regular ou recorrente, as receitas provenientes da venda de ativos e os recursos vindos de endividamento têm limites. Se adotarmos o pensamento da lógica privada, assim como os economistas clássicos, o uso deste tipo de renda - que chamaremos fluxos de capital - somente poderia ser justificado na caso fossem destinados a financiar despesas de capital, de modo que capital próprio do Estado permanecesse inalterado. Esta regra de saúde financeira é a exigência de equilíbrio orçamentário dos clássicos. Uma fórmula que garante que o Estado vai manter, pelo menos, o seu patrimônio. Então, a questão da dívida pública foi aceita apenas para financiar investimentos. Assim, a dívida pública torna-se uma ponte para distribuir equitativamente o custo dos serviços públicos, incluindo a geração atual e as futuras gerações. Assim, na medida em que os custos de investimento - cuja projetos muitas vezes não são divisíveis - vão além das necessidades para cobrir a depreciação, aumentaremos o capital público que será usado pelas gerações futuras, o que também torna razoável deslocar delas o custo correspondente. Estritamente falando, cada geração deve arcar com o custo do capital público que utiliza, equivalente ao montante da despesa de amortização, mais juros sobre esse capital). (SEGURA, 2006, p. 37/38, tradução nossa)

Imagine-se que uma seguradora deseja vender apólices de seguro de vida a cem habitantes de um vilarejo, dos quais a metade pode ser classificada como de consumidores de alto risco (são consumidores cujo risco de óbito no prazo estipulado na apólice é alto ou “maus riscos”), enquanto a outra metade é de consumidores de baixo risco (“bons riscos”). A seguradora sabe disso, mas ignora quem são os consumidores pertencentes a cada grupo, já que as chances de morrer prematuramente dependem de características – como hábitos, propensão genética a adoecer, temperamento – que lhe são desconhecidas à época em que o seguro é contratado. Os consumidores, diferentemente, sabem de sua situação de risco. No caso apresentado, verifica-se a assimetria informativa (ou informação assimétrica) pelo fato de apenas uma das partes, o consumidor, dispor de certas informações relevantes para um contrato de seguro. (ZANITELLI, 2008, p. 211)

E prevê as suas conseqüências:

Como conseqüência para essa assimetria, pode-se aventar a seguinte continuação para a estória: a seguradora estipula o prêmio com base no risco de vida médio da população à qual os contratos serão oferecidos. Entre os moradores do vilarejo, é bastante provável que o seguro se mostre mais atrativo aos maus riscos, o que levará a população segurada a contar com um número maior desses indivíduos. Como resultado, a seguradora terá de aumentar o prêmio para fazer frente a um total de indenizações que seria superior ao que seria pago a um grupo de segurados com risco médio (isto é, sem maior proporção de consumidores de alto risco). Essa elevação do prêmio fará com que alguns consumidores desistam do seguro, tendencialmente os bons riscos, provocando uma nova subida do preço, e assim por diante, até que o número insuficiente de interessados induza a seguradora a se retirar do mercado. (ZANITELLI, 2008, p.211/212)

Todos os pressupostos apresentados são resultados de estudos e investigações sociais a partir da perspectiva econômica. E traduzem, em

termos econômicos, o resultado de interações sociais, conforme exposto por Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer:

Ora, se o convívio social ocorre em meio à economia de mercado e se, evidentemente, presente está, no homem, a sua necessidade de sobrevivência, conforme uso de escassos recursos; seu proceder deve ser pautado por racionalidade lógico-formal que leve à eficiência e maximização de interesses. [...] Entende-se, pois, que a prática jurídico-econômica de mercado, como discurso hegemônico, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme a realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro de uma dialética sócio-econômico-normativa construtiva e inclusora. (GONÇALVES, STELZER, 2005, p. 203)

Os pressupostos da Economia, nos quais se baseiam os estudos da Análise Econômica do Direito, servirão de base para a compreensão da hermenêutica econômica, abordada a seguir.

3.1.2 A hermenêutica econômica

O que significa aplicar ao Direito Administrativo uma interpretação econômica? Qual o resultado dessa interação? Oferecer uma interpretação economicista ao Direito afasta-o de sua função elementar?

Da perspectiva da lógica que orienta as duas ciências, a Economia move-se num escopo pragmático, consequencialista e, muitas vezes, utilitarista⁹². O Direito, por outro lado, é costumeiramente baseado em valores⁹³.

⁹² O Utilitarismo é assim definido por John Stuart Mill: “The creed which accepts as the foundation of morals, Utility, or the Greatest Happiness Principle, holds that actions are right in proportion as they tend to promote happiness, wrong as they tend to produce the reverse of happiness” (“A crença que aceita como fundamento da moral a Utilidade ou o Princípio da Maior Felicidade defende que as ações são corretas na medida em que promovam felicidade e erradas se tendem a produzir o inverso da felicidade”). (MILL, 2001, p.7, tradução nossa). Como definição de felicidade, o autor indica que “By happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness, pain,

Paulo Caliendo (2008, p. 274), ao analisar os níveis de relação entre as teorias econômica e jurídica, defende a sua existência em dois níveis: (1) interno, correspondente ao modo como os conceitos econômicos são utilizados no discurso jurídico, e (2) externo, que versa sobre a possibilidade de uma fundamentação econômica do Direito.

Conforme o autor, em nível interno

Os conceitos econômicos e os métodos de interpretação não ameaçam de modo substantivo o entendimento da “autonomia científica” do Direito. Nesse caso, a teoria econômica participa na composição do “campo de aplicação” do Direito (nível semântico). (CALIENDO, 2008, p. 274)

Tal afirmativa pode ser verificada na interpretação de conceitos econômicos pelo Direito, como contratos, propriedade ou empresa, e na interpretação econômica do Direito.

Em nível externo, os elementos e métodos da Economia servem para a determinação de elementos fundantes da “regra de formação da

and the privation of pleasure” (“Por felicidade, entende-se prazer e a ausência da dor; por infelicidade, a dor e a privação do prazer”) (MILL, 2001, p.7, tradução nossa). Em resumo, “pleasure, and freedom from pain, are the only things desirable as ends; and that all desirable things (which are as numerous in the utilitarian as in any other scheme) are desirable either for the pleasure inherent in themselves, or as means to the promotion of pleasure and the prevention of pain” . (“prazer e ausência da dor são as únicas coisas desejáveis como fins; e que todas as coisas desejáveis (que são tão numerosos no utilitarismo como em qualquer outro regime) são desejáveis quer para o prazer inerente a si mesmos, ou como meio para a promoção do prazer e da prevenção da dor”) (MILL, 2001, p.7, tradução nossa). Apesar de a doutrina afirmar que o utilitarismo é parte integrante do pensamento econômico (SALAMA, 2010A, p. 9), Richard Posner rejeita a utilização do critério de “felicidade”, oriundo do utilitarismo, especialmente no que concerne à difícil mensuração desse valor. Além disso, aponta as “monstruosidades morais” que podem decorrer das escolhas feitas a partir do utilitarismo (POSNER, 2010, p. 69).

⁹³ Encontram-se teorias do Direito que “oferecem variadas figuras epistemológicas que divergem na orientação acerca da origem, da estrutura, dos métodos e da validade do conhecimento jurídico” (BAGGENSTOSS, 2014, p. 169), como o Neoconstitucionalismo, o Garantismo Jurídico e a própria Análise Econômica do Direito. Maiores elucidicações podem ser vistas em BAGGENSTOSS, Grazielly A. A contemporaneidade das teorias reducionistas a partir da teoria jurídica bobbiana. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), n. 6(2):167-175, julho-setembro 2014.

teoria jurídica” (CALIENDO, 2008, p. 274). É uma abertura sintática que permite ao Direito extrair de outro subsistema social seus elementos de formação. Em suma, configura a importação de elementos econômicos para a teoria e interpretação do Direito.

Embora não constitua o objeto da presente investigação, cabe mencionar a existência do que doutrinadores chamam análise jurídica da Economia⁹⁴. Esta corrente defende a humanização da Economia, com a aproximação de postulados normalmente afetos ao Direito, como a moral e os valores.

A teoria refuta alguns dos pressupostos econômicos, como a maximização do autointeresse e a suficiência da ética econômica dos mercados para concretização dos valores humanos, em prol da defesa da fraternidade, solidariedade e constitucionalização dos direitos privados. Propõe, inclusive, a “substituição da “mão invisível do mercado” pela “mão visível do Direito” (PARREIRA, BENACCHIO, 2012, p. 198).

A Análise Jurídica da Economia gera uma série de transformações na Economia, pois os valores são colocados em uma ordem simétrica. O mercado é uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto pelo Estado Moderno. Por ser uma instituição jurídica deve concomitantemente garantir liberdade econômica e regulamentação. Sua função é de segurança que a institucionalização gera, permitindo a previsibilidade de comportamento e o cálculo econômico. (PARREIRA, BENACCHIO, 2012, p. 199)

Para Cooter e Ulen, enquanto a maioria das pessoas vê o Direito apenas em sua função de provedor de justiça, sua aproximação com a Economia ensina a ver as leis como incentivos para a mudança de comportamentos (preços implícitos) e instrumentos para objetivos políticos de eficiência e distribuição (COOTER; ULEN, 2000, p.7).

Ao aplicar a ótica econômica às normas e aos conceitos jurídicos, acaba-se por privilegiar o consequencialismo dos atos, em especial, quando se trata de análise normativa. Analisam-se as variáveis aplicáveis ao contexto (externalidades) para fins de verificação do alcance e das conseqüências possíveis por meio da aplicação de

⁹⁴ Argumentam Parreira e Benacchio: “A Análise Jurídica da Economia não é um argumento retórico ou mera inversão da ordem de palavras e sim a inversão metodológica, ou seja, não nos cabe olhar o Direito pela Economia, mas a Economia pelo Direito”. (PARREIRA, BENACCHIO, 2012, p. 197)

determinada medida⁹⁵. E, desta forma, amplia-se o alcance da interpretação jurídica para além dos limites usualmente verificados pelos juristas. Outros argumentos favoráveis à interação entre o Direito e a Economia serão apresentados a seguir.

3.2 A POSSÍVEL INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Por princípio, deve-se esclarecer que a discussão sobre a aproximação entre Direito e Economia parte de alguns pressupostos: seu contexto é dado pela moldura constitucional em uma circunstância econômica, isto é, em sistema regulado primariamente pela Constituição e a ascensão da economia global, em um país com forte tradição jurídica⁹⁶.

Por muito tempo, outorgou-se ao Direito o protagonismo do poder de mudanças sociais. O ideal da previsão constitucional de direitos há muito ansiados pela nova democracia que se instaurava figurava como suficiente à sua

⁹⁵ Bruno Salama exemplifica como uma norma destinada a proteger um direito (neste caso, o direito do consumidor) pode acabar por criar um incentivo diverso, que acaba por afastá-lo da finalidade pretendida: “Em março de 2006, uma senadora apresentou um projeto de lei par acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores. Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. Alegadamente, o fim normativo da medida seria o de proteger os consumidores. Seriam os meios jurídicos propostos adequados a esses fins? Certamente que não. A nova regra induziria as empresas a competirem através de campanhas publicitárias, jingles, etc. - ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Em síntese, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores, se estará prejudicando a maioria deles” (SALAMA, 2009A, p. 3)

⁹⁶ Os pressupostos da discussão foram descritos por José Reinaldo de Lima Lopes em LOPES, José Reinaldo de Lima. The traditional dialogue between Law and Economics. Revista Direito GV, Especial 1, p. 171 – 194, 2005.

consecução. A expressão “Constituição onipotente”

deriva da ideia – muito em voga à época da promulgação do texto constitucional, no Brasil e também fora dele – de que a realidade poderia ser transformada quase que exclusivamente pelo Direito de que as regras e os princípios jurídico – de qualquer nível hierárquico em especial os de status constitucional – fossem capazes de, sozinhos – ou quase sozinhos -, modificar a sociedade. Confiou-se ao Direito imenso poder; e, em contrapartida, dele se passou a esperar grandes feitos. (ROSILHO, 2014, p. 18)

Não por acaso, encontra-se no texto constitucional itens programáticos de largo alcance, notadamente quanto aos objetivos fundamentais da República, insertos em seu art. 3º⁹⁷. Ainda que se trate de normas de escopo, sua previsão destina-se a pautar a ação do Estado nacional⁹⁸.

Porém, para se levar a efeito a constitucionalização de valores, direitos e deveres, tal qual sua normatização, submetem-se as pautas à apreciação dos legisladores. E, nas câmaras e assembleias de apreciação, interesses da sociedade são representados por vereadores, deputados e senadores em exercício do mandato.

⁹⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

⁹⁸ Carlos Ary Sundfeld opina se tratar mais de uma “Constituição chapa-branca” do que uma “Constituição Cidadã”: “A Carta está mesmo repleta de direitos, mas muitas vezes não são eles a causa (como nas emendas para o fim dos monopólios de empresas estatais de telecomunicações, petróleo e distribuição local de gás). Também não há por que idealizar todos os direitos garantidos constitucionalmente. [...] Minha tese é que a idealização em torno do caráter garantista da Constituição tem obscurecido o que é seu traço central: o haver instituído um constitucionalismo chapa-branca, destinado a *assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais*. O conteúdo da Carta de 1988 é menos para proteger o cidadão frente ao Estado que para defender essas corporações e organismos contra as deliberações governamentais e legislativas” (SUNDFELD, 2014, p. 348)

O fato é que as normas surgem pela pressão de interesses; por razões pragmáticas. Os órgãos voltados à edição de normas – tais como o Legislativo e as agências reguladoras, para citar apenas dois casos – são verdadeiras arenas nas quais os interesses dos agentes estatais e privados, se fazem presentes e legitimamente buscam ser acolhidos pela legislação. Isso faz parte do jogo democrático. (SUNDFELD; ROSILHO; 2014, p.57)

Não diferente decorreu da inserção do arcabouço normativo no texto constitucional brasileiro. Ainda que dotados de elevados motivos, diversos dos pleitos suscitados representavam grupos que buscavam garantir a previsão de seus interesses no corpo da Constituição⁹⁹.

Tendo em vista o passado autoritário do Brasil, inserir normas garantidoras de direitos na Constituição, a Lei das Leis, parecia ser uma boa estratégia para vincular o Poder Executivo e para evitar eventuais futuras arbitrariedades. O raciocínio era mais ou menos este: “Apesar de se estar navegando em águas democráticas, todos sabem que o Executivo, no Brasil, historicamente é dado a caprichos. Entre o provável e a certeza, vai uma distância; melhor mesmo é buscar o amparo na Constituição”. (ROSILHO, 2014, p.23)

A corrente teórica da Teoria da Escolha Pública¹⁰⁰ - TEP (*Public Choice*), integrante e derivada da Análise Econômica do Direito,

⁹⁹ André Rosilho relembra que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do Brasil a ser elaborada do zero, sem o amparo de uma minuta elaborada por juristas. A sede democrática daquele momento fez com que todas as vozes fossem ouvidas, em amplo processo de participação popular: “A ampla abertura à participação popular, aliada à ausência do projeto-base para guiar os trabalhos da ANC [*Assembleia Nacional Constituinte*], fez com que ela fosse bastante permeável aos mais variados – e em alguns casos antagônicos – interesses. De um modo geral, todos os grupos sociais – índios, sindicatos, membros de corporações estatais, profissionais de saúde, negros, etc -, pelos mais variados motivos, procuraram inserir na Constituição normas que julgavam justas e que lhe fossem benéficas. (ROSILHO, 2014, P. 110)

¹⁰⁰ A Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*) aborda questões extramercado, ou, questões de ciência política (e Teoria do Estado) sob a perspectiva de suas consequências econômicas e jurídicas. Baseando-se na premissa de que os agentes econômicos são naturais maximizadores do próprio bem-estar, afirma que os legisladores são motivados pelos próprios interesses,

descreve a influência e a defesa dos interesses dos grupos representados em sociedade. Na síntese de Mercurio e Medema:

At center stage are the concepts of the rational ignorance of the voter and the self-interested legislator looking to maximize the likelihood of (re)election. As to the latter, in public choice theory, legislators are motivated not by a desire to enhance the public interest, but by endorsing programs and/or voting for laws that maximize their appeal to their constituents or by voting for those programs or laws that are most responsive to active special interest groups (e.g., major financial supporters, those energizing effective publicity, or those providing politically meaningful endorsements) thereby enhancing their prospects for (re)election¹⁰¹ (MERCURO; MEDEMA, 2006, p.92)

Eleitas e aprovadas as normas vigentes, todas trarão em sua justificativa motivos de interesse público (ainda que, conforme a TEP, não sejam sinceros). E, para estimular o seu cumprimento, o Direito estabelecerá sanções, ou quaisquer outros incentivos de sua observância. Ocorre que, na prática, a inobservância da efetividade dos incentivos pode levar a efeitos opostos àqueles objetivados. Não raro, a displicência dos operadores jurídicos e legisladores quanto aos efeitos da norma gera conseqüências diversas, especialmente no que toca aos aspectos econômicos.

destinados a maximizar suas chances de reeleição. Ao utilizar-se da lógica do empresário que quer maximizar seu lucro ao processo político, a Teoria da Escolha Pública oferece uma visão cética e extremamente realista do *modus operandi* do sistema político. Sob esta ótica, a Teoria da Escolha Pública analisa diversos tópicos do processo político, como teorias sobre o Estado, estudo do voto, comportamento dos eleitores, partidos políticos, burocracia, dentre outros, em vista da racionalidade econômica.

¹⁰¹ “No centro do palco estão os conceitos da ignorância racional do eleitor e do legislador auto-interessado buscando maximizar a probabilidade de (re)eleição. Quanto a este último, na Teoria da Escolha Pública, os legisladores não são motivados por um desejo de melhorar o interesse público, mas por aprovar programas e/ou votar leis que maximizem o seu apelo junto aos seus eleitores ou votando para aqueles programas ou leis que são mais sensíveis a grupos ativos de interesse especial (por exemplo, principais apoiadores financeiros, aqueles conferem publicidade eficaz, ou aqueles que fornecem endossos politicamente significativos), aumentando assim as suas perspectivas de (re) eleição” (MERCURO; MEDEMA, 2006, p.92, tradução nossa)

Os efeitos econômicos da aplicação das normas é parte congruente da interação constante entre o Direito e a Economia.

Isso quer dizer, por um lado, que a interpretação teleológica - aquela que busca enxergar os fins a que a norma visa atender - ganha força: sem se considerar a teleologia, a ação instrumental da burocracia não tem sentido prático. Por outro lado, esse pensamento teleológico requer freqüentemente a utilização de ferramentas não jurídicas que permitam pensar se a interpretação que se quer dar ao direito estará, de fato, atingindo os fins normativos desejados; ou se criará incentivos em sentido diametralmente oposto, como infelizmente é comum. (SALAMA, 2009, p.3)

Da mesma forma ocorre com as normas regulamentares. Por se tratar de regramentos aplicáveis a determinados mercados, o peso das conseqüências econômicas aumenta a interação entre o Direito e a Economia¹⁰².

A impelir o Estado a criar novas regulações - algumas surpreendentes - está justamente uma série de pressões de origem externa; não constrangimentos jurídicos, mas essencialmente econômicos. [...]

Ao conceber e aplicar suas normas - aqui está o ponto -, o Estado passa a fazê-lo em função das necessidades mundiais de organização da vida econômica, social e política; mais ainda, essas imposições tornam-se determinantes da própria dimensão do Estado, da profundidade de suas intervenções, do limite de seus poderes. (SUNDFELD, 2014A, p.284)

Ilustrativamente, exemplifica Cooter:

Watching Law respond to economic analysis is rather like watching an ecological system rearrange itself after release of an exotic animal.

¹⁰² Parreira e Benacchio argumentam que “não é possível separar-se o econômico do jurídico em virtude de sua unidade enquanto fato social, sobretudo nesse início de milênio no qual é evidenciada a atuação conjunta do jurista e do economista, superando as contrariedades de outrora, para melhor compreensão e consecução dos objetivos sociais, notadamente a melhoria da qualidade de vida das pessoas” (2012, p. 183)

Like the rabbits in Australia, economists have discovered an unoccupied niche in the ecology, namely the absence of quantitative reasoning in law, and ate moving quickly to fill it. The aliens are expansive, brash, unconventional. Traditional lawyers are contemptuous of the aliens bit unsettled by their presence. Each side would like to overcome the other by posturing in methodological disputes. Economics flaunts its ties with natural science, the last surviving authority since God's recent death. The economists claim that their approach is scientific, rational, consistent, unenslaved by tradition. Lawyers are fond of trying to refute the economic approach without going through the intermediate step of understanding it, e.g., "It's just utilitarianism all over again". The detractors claim that the economic approach is too abstract, untested, and irrelevant to the courtroom.¹⁰³ (COOTER, 1982, p. 1261)

A Constituição Federal de 1988 oferece previsões que permitem a interconexão com outros ramos do Direito, ainda que necessariamente vinculados aos valores eleitos na Carta Constitucional.

A índole liberal da Carta, expressa pelos valores sociais da livre iniciativa, consagrados no art. 1º, IV, foi colocada no mesmo plano de outros valores, quando se reafirmou o ideal da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). No entanto, a Carta de 1988,

¹⁰³ "Assistir a lei responder à análise econômica é um pouco como assistir a um sistema ecológico reorganizar-se após a liberação de um animal exótico. Como os coelhos na Austrália, os economistas descobriram um nicho desocupado na ecologia, ou seja, a ausência de raciocínio quantitativo em lei, e moveu-se rapidamente para preenchê-lo. Os alienígenas são expansivos, impetuosos, não convencionais. Advogados tradicionais desdenham dos alienígenas, um pouco incomodados por suas presenças. Cada lado gostaria de superar o outro pela postura em disputas metodológicas. Economia ostenta os seus laços com a ciência natural, a última autoridade viva desde a morte recente de Deus. Os economistas afirmam que sua abordagem é científica, racional, coerente, desobrigada de tradição. Advogados gostam de tentar refutar a abordagem econômica, sem passar pelo passo intermediário de compreendê-la, por exemplo, "É apenas o utilitarismo tudo de novo". Os detratores afirmam que a abordagem econômica é muito abstrata, não testada, e irrelevante para os tribunais". (COOTER, 1982, p. 1261, tradução nossa)

anos depois, se revelou menos dirigente quanto ao planejamento econômico (art. 174) e mais inócua quando impôs alguns objetivos gerais, por exemplo instituindo o desenvolvimento nacionais como um dos balizadores fundamentais da República. (SADDI, 2014, p. 81)

Carlos Ary Sundfeld alerta que o forte estatismo produziu desconfianças em relação aos ideais liberais no Brasil:

Nesse prisma ideológico, o público é bem, o privado é mal (que aliás, cabe ao público consertar). O Estado é o bem; os particulares, o mal. O direito administrativo é o direito do interesse público, o direito privado é o direito do egoísmo privado, o direito do dinheiro. O direito administrativo é o direito do bem, o direito privado é o direito do mal (SUNDFELD, 2014, p.139)

Embora o Direito Administrativo nacional seja permeado majoritariamente pela visão antagonista entre os interesses público e privado, os elementos inaugurados nas últimas décadas têm se ocupado de aproximar esses dois campos¹⁰⁴.

Atualmente, dada a parcialidade com que se operou a reforma administrativa¹⁰⁵, coabitam no cenário nacional múltiplos regimes

¹⁰⁴ A esse respeito, comentam Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer: “Está-se, na verdade, a implementar discurso que busca, através da Teoria Econômica, o entendimento do fenômeno econômico social que é, também, objeto do Direito. Trata-se de ver o Direito como instituído na sociedade que se divide em atenções para interesses públicos e privados, intervindo não mais em busca de ideal jurídico metafísico; mas, para a solução concreta do conflito econômico possivelmente existente entre as forças de demanda e de oferta deixando, em segundo plano, a questão da culpabilidade ou do direito pré-condenatório - no sentido tradicional - para adotar solução eficiente que, por fim gere resultados individuais e globais que elevem o grau de satisfação dos indivíduos, atenda às exigências sociais mínimas e conserve os interesses das gerações futuras. Agora, já não é tão importante pré-concluir se alguém tem direitos em detrimento de outrem, mas, sim, recompor os interesses das partes, seja em relação de consumo privada ou de implementação de gastos públicos, e, mesmo, de produção privada; segundo persuasão jurídicoeconômica, em nível de mercado, a fim de se obter, para ambas as partes - neste caso, Estado e empresário; envolvidas na relação social, grau de satisfação que lhes permita otimizar sua ação em sociedade”. (GONCALVES; STELZER, 2013, p. 77).

¹⁰⁵ Diversas medidas que compunham o ideal pretendido de reforma administrativa fracassaram em sua implementação ou execução. O dúplice

aplicáveis ao Direito Administrativo, que oferecem ao sistema uma face diversificada de gestão¹⁰⁶. Enquanto se operam medidas tipicamente intervencionistas, o Estado aumentou paulatinamente a desestatização da gestão e dos investimentos, delegando sua execução a entes privados.

Carlos Ary Sundfeld utiliza-se de figuras para classificar as diferentes faces do direito administrativo brasileiro. Divide-o em Direito administrativo do clipes (DAC) e Direito administrativo dos negócios (DAN). Ao Direito administrativo do clipes estão circunscritas as “atividades estatais de regulação (processos administrativos de licenciamentos, registros, fiscalização, aplicação de sanções, etc.), além da gestão financeira, de pessoal e de patrimônio na Administração direta e autarquias” (SUNDFELD, 2014, p. 147). É a manifestação da burocracia estatal como procedimento de exteriorização e funcionamento de seu poder.

De outro lado, o Direito administrativo dos negócios “se foca em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, e com base nelas gerenciam a escassez de tempo e de recursos”. Para tanto, buscam-se soluções ágeis, firmam-se acordos, cortam-se custos e adota-se uma postura de busca por soluções baseadas na relação custo/benefício.

Na Administração Pública o ambiente mais propício ao DAN é o dos organismos que disputam mercado (empresas estatais que concorrem com empresas do setor privado) ou que são responsáveis por serviços cuja falta ou deficiência possa levar à convulsão popular imediata (transporte público, segurança, coleta de lixo) ou a perdas eleitorais (saúde, educação, financiamento agrícola etc.). também os momentos de crise econômica e política aguda são adequados para ela. Aí, são muito fortes os estímulos para a busca de resultados [...]. (SUNDFELD, 2014, p. 148)

Continuando, o autor destaca que o discurso do DAN se baseia em máximas como “continuidade do serviço público, ordem pública, eficiência, empresa estatal, parcerias com o setor privado, Terceiro Setor, direitos sociais, interesse público, emergência, calamidade etc” (SUNDFELD, 2014, p. 148).

regime de servidores públicos¹⁰⁵ e a instituição das agências executivas são exemplos.

¹⁰⁶ Neste sentido, veja-se SUNDFELD, Carlos Ary. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138-144.

O Direito Administrativo dos Negócios é categoria que sintetiza a mudança de paradigma e a assunção, pelo Direito, de aspectos notadamente econômicos. Porém, há de se averiguar os possíveis perigos suscitados pela doutrina dessa interação.

3.2.1 Os riscos das indevidas interferências econômicas sobre o Direito Administrativo

A possível inter-relação entre o Direito e a Economia, especialmente em matéria de Direito Administrativo, não é consenso entre os doutrinadores. Duas são as razões elencadas no presente trabalho: (1) a análise econômica contraria a busca pelo interesse público, fundamento do Direito Administrativo; e (2) a AED pretere aspectos morais em preferência à busca por ganhos econômicos.

Importa destacar que as objeções de interface entre os dois campos não se restringiam às reservas dos juristas para com os economistas¹⁰⁷.

É conhecida, por exemplo, a aversão que Keynes tinha por advogados: certa vez, durante a reunião de Bretton Woods, o Ilustre Economista britânico teria afirmado que os advogados eram os únicos na face da Terra que transformavam a poesia em prosa e prosa em jargão! (SADDI, 2014, p. 81)

O primeiro tópico de objeção à aproximação entre o Direito (Administrativo) e a Economia traduz a concepção da doutrina administrativista tradicional, a qual costuma situar a finalidade-mor do Estado no atendimento do interesse público. E, a partir dessa premissa, utiliza-se do interesse público para diferenciar o Direito Administrativo do direito privado.

A primazia do interesse público não admitiria, a princípio, a sobreposição de aspectos econômicos sobre o interesse público, ainda que em áreas em que ambos interagem frequentemente, como na atuação das agências reguladoras. Guilherme F.A. Cintra Guimarães suscita um suposto risco de “totalitarismo econômico” em matéria de regulação estatal, que deveria ser combatido conferindo-se maior relevância aos princípios e regras do Direito Administrativo. Diz o autor:

¹⁰⁷ Embora a crítica dos juristas existisse e se centrasse na suposta argüição de que os economistas seriam “tecnocratas que reduzem a certeza jurídica” (SADDI, 2014, p.81)

O apontado déficit de direito administrativo, acompanhando de uma crescente orientação pelas conseqüências no contexto dos seus processos decisórios, além de contribuir para a corrupção de códigos na tomada de decisões jurídicas, também seria responsável por uma espécie de fragilização na programação jurídica a que estão sujeitas as decisões políticas das agências reguladoras. Os parâmetros balizadores das suas competências discricionárias correriam o risco, neste caso, de serem relegados senão desconsiderados, em decorrência do predomínio de aspectos técnicos e econômicos na formulação de critérios para a tomada de decisões. (GUIMARÃES, 2010, p. 216)

As críticas que se assemelham àquela comumente apontam o conflito de legitimidade pelo qual passam as agências reguladoras, vez que, embora sejam integrantes da administração pública indireta, e estejam regradas pelo ordenamento administrativista, as agências atuam de forma específica em determinados setores da economia. A especificidade técnica exigível em sua atuação torna essencial a exímia qualificação de seus agentes nas matérias concernentes aos setores regulados. Isso faz com que a atuação das agências reguladoras vá muito além do Direito, embora seja ele o seu balizador e limitador. Critérios de engenharia, contabilidade, administração e economia, inclusive, servirão para o acompanhamento e avaliação do comportamento dos agentes, bem como de subsídio para a fixação de normas aplicáveis aos setores.

A interdisciplinariedade necessária à atuação das agências e, em especial, sua atuação regulamentar (na forma como concebida), na visão tradicionalista de alguns administrativistas, afastariam-na do protagonismo necessário ao Direito no trato das questões administrativas¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro exemplifica as críticas doutrinárias à concepção de agência reguladora adotada no Brasil: “É lamentável, no entanto, que a imitação venha a ser feita quando o próprio modelo que serviu de inspiração já foi profundamente alterado no próprio país de origem [EUA]. O modelo que se está copiando é o que se adotava antes das reformas iniciadas na década de 60. Ainda que muitas agências disponham de funções reguladoras delegadas por lei, essas funções foram sensivelmente reduzidas pela interferência crescente dos três Poderes do Estado, de tal forma que sua independência está tornando-se ilusória. A estabilidade dos dirigentes, que nunca existiu em relação a todas as agências, ainda existe em relação às

Todavia, considerando a função delineada às agências, não poderia ser diferente. Não há como se excluir critérios de engenharia e economia do cálculo de reajuste de tarifas de energia elétrica, por exemplo. O Direito não fornece elementos para a solução deste ato regulatório tão comum à ANEEL, embora o reajuste esteja parametrizado por normas jurídicas. Na lição de Floriano Azevedo Marques Neto:

A ação estatal passa a depender do equilíbrio entre os interesses privados (competição, respeito aos direitos dos usuários, admissão da exploração lucrativa de atividade econômica) com as metas e objetivos de interesse público (universalização, redução de desigualdades, modicidade de preços e tarifas, maiores investimentos, etc.). (MARQUES NETO, 2009, p.34)

O autor defende que é no alcance do equilíbrio entre os interesses público e dos consumidores e operadores privados dos serviços regulados que se encontra a moderna regulação estatal.

Se, por exemplo, se podia impor ao operador estatal a redução dos valores cobrados por um bem ou a obrigação de expandir o universo de atendimento de seus serviços sem grande necessidade de mediação (ainda que isso importasse, no médio prazo, malefícios para a coletividade), num contexto de nova regulação e de abertura de atividades relevantes à exploração privada faz-se necessário uma ponderação, um sopesamento, um equilíbrio, enfim, entre as metas de interesse geral e os objetivos dos particulares envolvidos (repita-se, sejam eles operados econômicos ou consumidores). (MARQUES NETO, 2009, p. 34)

Sob o prisma regulatório, não haveria oposição ou prejuízo ao Direito na consideração de argumentos econômicos, vez que estariam – sempre – parametrizados pelo interesse público, ou interesses públicos. Não se trataria de interferência na autonomia do sistema jurídico, mas da interdisciplinariedade inata à atividade regulatória.

A segunda categoria das objeções elencadas para a aproximação entre o Direito Administrativo e a Economia é a natural contraposição

chamadas agências independentes. Todavia, a tão apregoada independência em relação aos três Poderes, desde longa data, deixou de existir ou remanesce de forma muito limitada”. (PIETRO, 2011, p. 194)

entre os dois campos de conhecimento baseada em aspectos de ordem moral¹⁰⁹.

Para Alexandre Morais da Rosa, os fundamentos que orientam a Economia a distanciam de primados essenciais ao Direito, notadamente quando os direitos fundamentais dão lugar aos “direitos fundamentais de mercado”, quais sejam a propriedade e a liberdade de contratar¹¹⁰. E entende equivocada a préconcepção adotada pela AED de que o homem comporta-se racionalmente a fim de buscar a maximização de satisfação pessoal, tal qual “homo economicus”¹¹¹.

Tais diferenças primordiais acabam por tornar inoperável a aplicabilidade de primados econômicos em um ambiente constitucional regido em torno de direitos fundamentais. A ver-se:

A plena satisfação das promessas Constitucionais, ou seja, dos Direitos Fundamentais, parece impossível num mundo de escassez. Esta constatação apropriada pelo discurso neoliberal significa a renúncia à concretização do Estado de “Bem Estar Social” herdado das lutas democráticas da segunda metade do século passado. Assim, considerando que certos direitos

¹⁰⁹ Alexandre Morais da Rosa entende haver três óbices que impedem essa aproximação: “E a primeira barreira é materializada pela matemática e o desconhecimento dos fundamentos econômicos latentes. O segundo obstáculo pode ser indicado pela tradução do “bem estar econômico” como um dogma a ser acolhido pelo Direito. A terceira restrição pode se dar pelo caráter heterodoxo de sua imposição, ou seja, sedutoramente, sem capacidade de reação ao “discurso único” (ROSA; LINHARES, 2011, p. 89)

¹¹⁰ O autor alerta para os perigos potenciais da adoção dos prelados da AED, que implicam o abandono de toda a racionalidade hermenêutica do Direito: “a AED, todavia, não pode ser reduzida a um método de interpretação eficiente. Ela é muito mais. Representa uma ruptura no modelo hermenêutico ocidental, tencionando encontrar-se num universo filosoficamente pragmático. Esta mudança da matriz filosófica é o meio pelo qual a lógica causa-efeito é desconsiderada, passando-se a usar o padrão da eficiência”. ROSA, LINHARES, 2011, p. 108.

¹¹¹ O ataque à racionalidade que a AED atribui ao homem é baseada em seu caráter alegadamente imaginário e fundada em três motivos: “a) acreditar dogmática e ingenuamente no sujeito pleno consciente, desprovido de inconsciente, cujos efeitos se verão; b) rejeitar como dada, natural, uma ordem preestabelecida na fé da mão invisível e do mercado como a fonte de toda a Justiça possível; c) relegitimar a opressão em nome da “liberdade” alçada como fundamento maior de todo o sujeito, desconsiderando a manipulação ideológica própria do modelo neoliberal”. (ROSA; LINHARES, 2011, p. 94).

sempre serão insatisfeitos, devem ser otimizadas as ações para satisfação dos direitos mais fundamentais ao discurso neoliberal: propriedade privada e liberdade de contratar. Nesta lógica, o neoliberalismo coloca a “liberdade” e a “propriedade” como dogmas, os quais, mediante as valiosas trocas que o mercado pode fomentar, seriam os únicos elementos capazes de se justificar uma Teoria da Justiça. (ROSA; LINHARES, 2011, p. 68-69)

As ressalvas apontadas por Alexandre Morais da Rosa são centradas no distanciamento do Direito Constitucional da teoria econômica. Entretanto, dada a proximidade e interconexão entre esse ramo e o Direito Administrativo, suas implicações também fariam efeito nesta seara.

As idiosincrasias da Economia também a afastam do Direito na concepção exposta por Ronald Dworkin em seu artigo “*Is Wealth a Value?*”. Notadamente focado em desprezar a análise econômica conforme concebida por Richard Posner¹¹², Dworkin questiona a maximização da riqueza, ainda que compreendida em seu prisma social, como fundamento do Direito. Porém, para melhor compreendê-la, elenca três possíveis argumentos que assim a justifiquem¹¹³:

a riqueza social pode ser entendida como um componente de valor social – esta afirmação pode ser dividida em duas versões: a) a versão imodesta

¹¹² Apesar das reprimendas à sua teoria, Posner externou sua gratidão a Dworkin: “um artigo que [Dworkin] escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização de riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato [a Dworkin] pelas críticas” (POSNER, 2007B, p.50).

¹¹³ “Who would think that a society that has more wealth, as defined, is either better or better off than a society that has less, except someone who made the mistake of personifying society, and therefore thought that a society is better off with more wealth in just the way any individual is? Why should anyone who has not made this mistake think social wealth maximization a worthy goal?” (“Quem poderia pensar que uma sociedade que tem mais riqueza, como definido, é melhor do que uma sociedade que tem menos, exceto alguém que cometeu o erro de personificar a sociedade, e, portanto, pensou que uma sociedade está em melhor situação com mais riqueza tal qual qualquer indivíduo? Por que alguém que não tenha cometido esse erro deve pensar riqueza social maximização um objetivo digno? (DWORKIN, 1980, p.194, tradução nossa).

sustenta que a riqueza social é o único parâmetro pelo qual uma sociedade pode ser considerada melhor que outra; b) a versão modesta diz que a riqueza social é um dos componentes, dentre outros, do valor social;

a riqueza social pode ser compreendida como um instrumento de valor que pode produzir outras melhorias igualmente válidas – novamente, há versões para essa afirmativa: a) o argumento comum indica que a melhoria de riqueza acaba por melhorar a posição da camada mais pobre da sociedade, ao aliviar a pobreza através de um processo de “mão invisível”; b) um segundo argumento diz que a melhoria da riqueza da sociedade é um dos ingredientes do valor social, porque embora ela não cause outras melhorias de modo automático, acaba por fornecer meios para ocorrência dessas melhorias (como a redução da pobreza); c) um terceiro argumento é que a riqueza social não é nem a causa nem um ingrediente do valor social, mas um substituto deles. Ou seja, se uma sociedade objetivar aumentar a felicidade geral de seus membros, vai falhar, ao contrário de se, ao invés disso, almejar aumentar a riqueza social. A riqueza social corresponderia à segunda melhor opção, válida não por si só, nem porque traria outras melhorias, mas porque haveria uma correlação suficientemente alta entre a melhoria da riqueza social e outras melhorias para fazer desse “objetivo falso” um bom objetivo. (DWORKIN, 1980, p. 214)

Ao analisar as alternativas, o autor conclui que a riqueza da sociedade é, em si, um componente de valor e traduz uma questão de filosofia moral¹¹⁴. E, assim, rejeita ambas as versões modesta e imodesta de riqueza social, ao argumento de que o ganho de riqueza pode ser suplantado por perdas em utilidade, justiça ou outro valor. O

¹¹⁴ Dworkin se utiliza de exemplos figurativos para demonstrar que, dissociado do utilitarismo, a Análise Econômica perde seu sentido. Diz isso em razão da refuta expressada por Posner em relação ao utilitarismo, quando busca argumentar que a análise econômica é uma teoria moral válida, ao contrário do utilitarismo. (DWORKIN, 1980, p.216)

ganho social de riqueza, por si só, e dissociado de seus custos e de outras más consequências, não traz ganho algum.

A fim de demonstrar que a riqueza social não tem valor em si, eis que só faz sentido quando está associada a outro bem, Dworkin elucida sua crítica com um exemplo figurativo: Derek, um homem pobre e muito doente, tem como um de seus poucos confortos a leitura de um determinado livro. Contudo, está disposto a vendê-lo por \$2 para poder comprar medicamento. De outro lado, Amartya, pessoa rica e satisfeita, está disposta a pagar \$3 pelo livro de Derek. Para ele, os \$3 não farão diferença em seu orçamento pessoal e o livro não tem nenhum valor especial. Assim, se algum tirano forçar a realização dessa transação, a utilidade social diminuirá muito, muito embora ocorra o aumento da riqueza social. A riqueza social, quando separada da utilidade, perde a plausibilidade como componente do valor social (DWORKIN, 1980, p.197)

Neste sentido, Dworkin traz diversas ressalvas quanto à possibilidade de trade off entre justiça e riqueza¹¹⁵. Em seu entender,

¹¹⁵ “Calabresi and others contemplate actual political choices—they suppose that the economic analysis of law is useful because it shows how much wealth is lost if some other value is chosen. But in that case we cannot understand the axis of wealth or efficiency, in the indifference curves as generally offered, as a surrogate for judgments about antecedent individual welfare under conditions of uncertainty. We must understand the axis as representing judgments about individual welfare, to be traded off against justice, as things actually stand. No particular individual will, then, be concerned about social wealth (or, indeed, about Pareto efficiency). It makes no sense for him to trade off anything, let alone justice, for that. He will be concerned with his individual fate, and since, by hypothesis, he now knows his actual position, he can choose amongst societies by trading off justice against increases in his individual welfare in these different societies. Social wealth (or Pareto efficiency) simply plays no role in these calculations” (“Calabresi e outros contemplam escolhas políticas reais - eles supõem que a análise econômica do direito é útil porque mostra quanta riqueza é perdida se algum outro valor é escolhido. Mas, nesse caso, não podemos compreender o eixo de riqueza ou eficiência nas curvas de indiferença como geralmente oferecidos, como um substituto para os julgamentos sobre bem-estar individual antecedente em condições de incerteza. Devemos entender o eixo como a representação de julgamentos sobre bem-estar individual, a ser negociadas fora contra a justiça, como as coisas realmente estão. Nenhum indivíduo em particular irá, então, estar preocupado com a riqueza social (ou, na verdade, sobre a eficiência de Pareto). Não faz sentido para ele trocar nada, muito menos justiça, por isso. Ele vai se preocupar com seu destino individual, e uma vez que, por hipótese, ele agora sabe que sua posição real, ele pode

estariam também equivocadas préconcepções como a racionalidade econômica dos indivíduos e a maximização da riqueza social como critério para a melhor distribuição de renda¹¹⁶.

Dworkin traz à tona o que entende por falta de coerência da filosofia política de Posner, eis que acredita que o mesmo faz uso de sua teoria pragmática para encobrir uma teoria carente de fundamentos teórico-morais¹¹⁷.

At least for Posner, therefore, we cannot find any suitable independent conception of justice in the literature of political philosophy. He makes a wide claim for wealth maximization, but he has rejected all the conceptions that do not make that wide claim either plainly false or trivial. What about pluralistic conceptions of justice? I mean theories that disclaim any single value, like utility or equality or merit, as making up all of justice in distribution, but instead argue that a truly just distribution will achieve a sensible mix of several of these values. The just distribution, on a pluralistic conception, will be one in which the average level of welfare is reasonably high, in which there is not too much inequality, and in which what people have is at least roughly related to how hard they have worked or how much they have produced. It may not be possible to specify the exact mix of the different components of the just society. But someone may claim to know it when he sees it. Is it sensible to say that wealth maximization is instrumentally related, in the

escolher entre as sociedades por trocando justiça contra aumentos de seu bem-estar individual nestas diferentes sociedades. Riqueza social (ou eficiência de Pareto) simplesmente não desempenha nenhum papel nestes cálculos”). (DWORKIN, 1980, p.203, tradução nossa).

¹¹⁶ Dworkin afirma que Posner aproxima o comportamento social proposto pela AED (de indivíduos maximizadores de seu bem-estar) à cultura protestante e, neste sentido, estabelece uma correlação entre o aumento da riqueza pessoal ao acréscimo nos atos beneméritos dos indivíduos.

¹¹⁷ Bruno Meyerhof Salama acredita que Richard Posner tenha abandonado a maximização da riqueza como fundamento do Direito, conforme abordado em capítulo anterior, graças à avalanche de críticas que recebeu, em especial aquelas aventadas por Dworkin no artigo citado (SALAMA, 2008A, p. 9-10)

strong sense, to some such pluralistic conception of justice?"¹¹⁸ (DWORKIN, 1980, p.214).

Ainda que expostas de modo sintético, importa ressaltar dois aspectos centrais das ressalvas expostas por Dworkin: (1) elas se referem à noção da AED defendida por Richard Posner, que se dissocia em muito de outros campos de pesquisa juseconômicos, em especial quanto à centralidade da maximização de riqueza como espectro do Direito¹¹⁹; e (2) o fulcro dos argumentos referem-se à dicotomia entre a moral intrínseca ao Direito e a sua falta nos postulados econômicos.

O segundo argumento também está presente nas ressalvas supracitadas de Alexandre Morais da Rosa. Tem como fundamento o antagonismo protagonizado pela lógica econômica em um ambiente

¹¹⁸ “Pelo menos para Posner, portanto, não podemos encontrar qualquer concepção adequada e independente da justiça na literatura da filosofia política. Ele faz um grande apelo pela maximização da riqueza, mas rejeitou todas as concepções que não fazem dessa afirmação ampla ou claramente falsa ou trivial. E quanto a concepções pluralistas da justiça? Quero dizer teorias que se isentam de qualquer valor único, como a utilidade ou igualdade ou mérito, como criar justiça de todos na distribuição, mas em vez argumentam que uma justa distribuição realmente vai conseguir uma mistura sensata de vários desses valores. A distribuição apenas, numa concepção pluralista, será aquela em que o nível médio de bem-estar é razoavelmente alto, em que não há muita desigualdade, e em que o que as pessoas têm é de pelo menos aproximadamente relacionada com o quão duro eles trabalharam ou o quanto eles têm produzido. Pode não ser possível especificar a mistura exata dos vários componentes da sociedade apenas. Mas alguém pode afirmar que sabe que quando o vê. É sensato dizer que a maximização da riqueza é instrumentalmente relacionados, no sentido forte, para alguns, tal concepção pluralista da justiça?” (DWORKIN, 1980, p.214, tradução nossa).

¹¹⁹ Essa afirmativa fora abandonada pelo próprio Posner e externada nas obras *Problemas da Filosofia do Direito* (“*The problems of Jurisprudence*”), *Para Além do Direito* (“*Overcoming Law*”) e *Direito, Pragmatismo e Democracia* (“*Law, Pragmatism and Democracy*”) - na ordem em que foram publicados. Decorrente da avalanche de críticas que recebeu (dentre elas, a de Dworkin), Posner admitiu que, em certo momento, o indivíduo seguidor da Análise Econômica do Direito terá que tomar partido em questões de filosofia política e moral. Pessoalmente, Posner admite que, nesta seara, segue o liberalismo clássico, representado pelo pensamento externado por John Stuart Mill em “*A liberdade*”. Na nova fase, Posner divide a centralidade da Economia com o Pragmatismo e o Liberalismo. Por isso, adota como critério o *pragmatismo cotidiano*, que foge às digressões filosóficas e é centrado nos aspectos consequencialistas do direito.

constitucionalmente marcado pelo dirigismo em prol de direitos fundamentais, tal qual o é a Constituição Federal de 1988.

A perversidade do giro linguístico provocado pela adoção constitucional da ação eficiente reside também no discurso midiático de que uma ‘máquina pública eficiente’ será a panaceia para os males da nação. Poucos são os dirigentes políticos que não defendam um Estado eficiente. O problema, e parece que poucos no âmbito jurídico se deram conta disso, é que o modelo de Estado eficiente é manifestamente incompatível com o plus normativo da Constituição de 1988 (STRECK, 2008), que traz consigo o projeto de um Estado voltado a recompor o histórico déficit social existente. E com o compromisso dirigente dos Direitos Fundamentais sociais, isso fica bem claro. (ROSA, MARCELLINO, 2009, p.15)

A lógica custo-benefício não encontraria amparo nas garantias e compromissos com que o Estado nacional comprometeu-se no texto constitucional vigente, pois “Direitos Fundamentais Sociais exigem postura interventora e positiva do Estado que se chocam, pois, frontalmente, com o receituário de custos” (ROSA, MARCELLINO JR, 2009, p. 15). E, neste sentido, a aplicação dos referenciais da AED viria de encontro aos fundamentos designados para a regência do ordenamento nacional.

Entretanto, faz-se necessário ressaltar que, embora a Carta Constitucional tenha determinado o alcance de valores sociais e dos direitos fundamentais, situou-os como normas programáticas, sem determinar o modo de seu alcance. O texto constitucional contém dispositivos que permitem a consecução de seus serviços pela via regulatória (arts. 173, 174 e 175), onde a análise dos custos ocupa posição relevante. E, dada a inafastabilidade da influência que a limitação dos recursos opera sobre o erário, entende-se infundado o conflito entre a lógica econômica e os direitos fundamentais, conforme apontado anteriormente.

3.3 O “CUSTO” E AS “ESCOLHAS TRÁGICAS” DOS DIREITOS

Muito embora o Direito Constitucional se ocupe, em grande parte, da(s) teoria(s) dos direitos fundamentais, percebe-se que outros ramos do Direito têm desenvolvido mecanismos de equilíbrio e controle

de contas públicas, a despeito das garantias constitucionalmente asseguradas. É o caso do direito financeiro, do direito administrativo e do direito tributário. A seguir, serão apresentados em maiores detalhes, de forma exemplificativa, mecanismos de controle das contas públicas.

Esse desenvolvimento se deu, em grande parte, pela assimilação das limitações financeiras do Estado para fazer frente aos inúmeros direitos e ilimitadas necessidades suportadas pelos cidadãos. Os anseios sociais alocados no bojo da Constituição Federal de 1988 encontraram óbices na falta de lastro financeiro. Ainda que não tivesse havido nenhum discurso afirmador da mudança, os novos institutos reguladores em diferentes ramos do Direito denotam a intensa influência de reflexos econômicos sobre os direitos, ainda que constitucionalmente assegurados. Passou-se a perceber que os direitos têm custos.

A desmistificação acerca do não falado “custo dos direitos” foi exposto na obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein *“The Cost of Rights: why liberty depend os taxes”*. Os autores tratam a questão como algo polêmico e dogmático, eis que propõem a discussão de modo cético e racional, sem as amarras que as discussões acerca dos direitos costumam suscitar. Dessa forma, os autores justificam as razões por que a questão tem sido ignorada:

Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. The ascertain that a right has costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture. (HOLMES, SUNSTEIN, 1999, p. 24)

A abordagem proposta por Holmes e Sunstein interessa a presente investigação por adotar um posicionamento pragmático ao dizer que os custos são inerentes aos direitos e limitadores dos mesmos. E, nesse sentido, acabam por orientar a atividade estatal.

Para eles, todos, absolutamente todos, os direitos têm custos. A afirmativa se baseia em dados. Segundo afirmam, em 1992, a Administração da Justiça dos EUA custou àqueles contribuintes US\$ 94 bilhões. O funcionamento do aparato judicial (incluindo os litígios, as execuções e a proteção aos suspeitos e detentos) oferece segurança aos direitos individuais¹²⁰.

¹²⁰ Os autores demonstram que os direitos de propriedade também implicam custos ao erário e, assim, refutam o argumento daqueles que se opõem aos

Os autores partem de um pressuposto:

Rights are familiarly described as inviolable, preemptory and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility¹²¹. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 97).

Ao pressupor que “nada que custa dinheiro pode ser absoluto”, os autores indicam a necessária previsão financeira e/ou orçamentária para que se possa efetivar direitos, ainda que estes contem com proteção constitucional distinta¹²². De igual forma, ao afirmar que não se pode omitir as conseqüências orçamentárias ao se proteger unilateralmente um direito, relembra-se o caráter comunitário das finanças públicas¹²³.

direitos de bem-estar (*welfare rights*) em razão de seu custo: “*Our freedom from government interference is no less budget-dependent than our entitlement to public assistance. Both freedom must be interpreted. Both are implemented by public officials who, drawing on the public purse, have a good deal of discretion in construing and protecting them*” (“Nossa liberdade da interferência do governo não é menor do que o nosso direito a assistência pública dependente do orçamento. Ambas liberdade devem ser interpretadas. Ambas são implementados por funcionários públicos que, com base no erário público, têm uma boa dose de discricionariedade na sua interpretação e proteção”). (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 119, tradução nossa)

¹²¹ “Os direitos são familiarmente descrito como invioláveis, preemptórios e conclusivos. Mas estes são claramente floreios retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito, cuja aplicação pressupõe uma despesa seletiva de contribuições do contribuinte pode, no final do dia, ser protegido unilateralmente pelo Poder Judiciário sem levar em conta as conseqüências orçamentárias para os quais outros ramos do governo têm a responsabilidade final” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 97, tradução nossa).

¹²² Como é o caso dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, ambas cláusulas pétreas constitucionais e direitos de primazia constitucional.

¹²³ “*Public finance is an ethical science because it forces us to provide a public accounting for the sacrifices that we, as a community, decide to make, to explain what we are willing to relinquish in pursuit of our more important aims*” (Finança pública é uma ciência ética, porque nos obriga a fornecer uma contabilidade pública para os sacrifícios que nós, como uma comunidade, decidimos fazer, para explicar o que estamos dispostos a abrir mão em busca de

A proteção ao direito individual de um cidadão pode significar a omissão ao direito de outro(s), em um infundável *tradeoff* motivado pela insuficiência de recursos face às ilimitadas necessidades¹²⁴.

Os mencionados conceitos econômicos acabam por influenciar a atividade estatal ao trazer a elocubração jurídica à realidade das limitações estatais. Embora pareça uma questão menor frente à atratividade filosófica das teorias dos direitos fundamentais, os custos de implementação destes direitos são considerados na prática da governança pública, bem como são relevantes ao Supremo Tribunal Federal quando da análise de casos com grande repercussão econômica. É o que indica a pesquisa promovida por Ricardo Silveira Ribeiro¹²⁵:

[...] o STF também foi sensível ao impacto econômico da norma jurídica: se a norma está provocando impactos econômicos negativos nas contas do poder público, as chances do STF declarar sua inconstitucionalidade são 2,7 vezes

nossos objetivos mais importantes”). (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 98, tradução nossa)

¹²⁴ Ana Carolina Lopes Olsen sintetiza a idéia trazida pelos autores: “Segundo esta ótica, diante da escassez dos recursos necessários a tornar os direitos efetivos, eles perdem o significado, não passam de promessas feitas no papel. Como, segundo os autores, “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”, os direitos fundamentais por certo também não seriam absolutos, mas viveriam na dependência dos recursos econômicos do Estado. Os autores americanos, neste diapasão, sugerem um novo conceito de direito subjetivo, no qual a dimensão do custo esteja inserida. Como bem observou Flávio Galdino, em leitura da obra de Sunstein e Holmes, ‘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 captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita’. Neste sentido, os autores partem da premissa de que os bens são escassos: eles não permitem que todos os direitos sejam realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não. (OLSEN, 2006, p. 196)

¹²⁵ Na pesquisa, o autor demonstra a influência dos fatores políticos, além dos econômicos, na jurisprudência do STF: “Longe de serem influenciadas somente por questões estritamente jurídicas, as decisões do STF também são sensíveis a fatores de ordem política e econômica. Consistente com a literatura política no Brasil, esta pesquisa reforçou a conclusão de que o STF age como *policy maker*, tomando decisões como órgão de governo, e não como instituição jurídica neutra ao ambiente econômico e político”. (RIBEIRO, 2012, p. 106/107)

superiores, quando comparadas com os casos em que as normas geram impactos positivos ou neutros. (RIBEIRO, 2012, p. 104)

José Reinaldo de Lima Lopes concorda com a tese de que todos os direitos têm custos. “Tanto os direitos civis, direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, alguns deles chamados de direitos de prestações positivas, têm custos” (LOPES, 2010, p. 157). Mas os diferencia com base na singularidade dos custos, ou seja, na possibilidade de se individualizar os custos conforme a necessidade de cada cidadão. Há direitos que implicam custos globais decorrentes de sua existência e funcionamento em prol da coletividade, como os direitos de liberdade e direitos patrimoniais.

A liberdade exige, para ser gozada universalmente por todos, um aparelho ou uma autoridade mantida com recursos de todos. A manutenção da autoridade é um custo social e um custo distribuído segundo critérios definidos nos grandes arranjos políticos e tributários de qualquer sociedade. Quem precisa da defesa de seus direitos de liberdade ou mesmo da defesa de seus direitos patrimoniais tradicionais, gasta recursos públicos que serviram ao pagamento e manutenção da infraestrutura estatal. (LOPES, 2010, p. 157)

Tal também é o caso dos custos de funcionamento da máquina judiciária. De outro lado, os custos dos direitos sociais variarão conforme a necessidade de cada indivíduo.

Nestes termos, o serviço de saúde (e um pouco menos o de educação) tem um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer atender no caso concreto. Nem todos ficarão doentes da mesma doença e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados. E isto porque ao garantir um direito à saúde ou um direito à educação, o que se garante é realmente uma prestação positiva que será diferente conforme a condição social e pessoal de cada indivíduo ou grupo. Grupos de idade, de etnia, ou de gênero ou mesmo geográficos precisarão de coisas diferentes em proporções diferentes. (LOPES, 2010, p. 158)

Ainda que se trate de custos individualizáveis ou não, em inúmeros casos, serão apresentados conflitos decorrentes da limitação

financeira que impelem a realização de escolhas trágicas na alocação de recursos públicos.

O tema é tratado especificamente na obra *“Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources”*, de Guido Calabresi e Philip Bobbitt. Na lição dos autores:

Though scarcity can often be avoided for some goods by making them available without cost to everyone, it cannot be evaded for all goods. In the distribution of scarce goods society has to decide which methods – markets, political allocations, lotteries, and so forth – may be modified, or combined with another. The distribution of some goods entails great suffering or death. When attention is riveted on such distributions they arouse emotions of compassion, outrage, and terror. It is then that conflicts are laid bare between in the one hand, those values by which society determined the beneficiaries of the distribution, and (with nature) the perimeters of scarcity, and on the other hand, those humanistic moral values which prize life and well-being¹²⁶. (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p.18)

A tragédia suscitada pelos autores deriva dos valores em jogo, sejam eles bens essenciais, como a vida, a liberdade, ou valores morais que serão contrapostos nos casos concretos. Trágicos ou não, casos como a decisão estatal de prover diálise para uma pessoa que dela necessita, ou recrutar soldados mais jovens para a guerra (porque se acredita terem mais chances de sobreviver), envolvem argumentos morais e decisões mais ou menos cotidianas para a Administração Pública (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 22). Em âmbito nacional, as decisões envolverão escolhas trágicas, seja pelos valores envolvidos ou

¹²⁶ “Apesar da escassez muitas vezes poder ser evitada por alguns bens, tornando-os disponíveis sem custo para todos, não pode ser evitada para todos os bens. Na distribuição dos bens escassos, a sociedade tem de decidir quais métodos de mercados -, alocações políticas, loterias, e assim por diante - podem ser modificados, ou combinado com outro. A distribuição de alguns bens acarreta grande sofrimento ou morte. Quando a atenção é fixada em tais distribuições, despertam emoções de compaixão, indignação e terror. É então que os conflitos são postos a nu, de um lado os valores pelos quais a sociedade determinou os beneficiários da distribuição, e (com a natureza) os perímetros de escassez, e, por outro lado, os valores morais humanísticos que prêmio vida e bem-estar” (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p.18, tradução nossa)

pelas conseqüências da decisão. E, nesse sentido, poderão advir de leis emanadas do Poder Legislativo, de atos do Poder Executivo, de decisões do Poder Judiciário, ou ainda de normas regulamentares.

A decisão de estender benefícios sociais a grupos e/ou faixas etárias não antes contemplados têm efeito imediato na vida dos beneficiários. Mas os recursos ali empregados deverão ter fonte indicada e não estarão disponíveis para outras políticas sociais. De igual forma, a alteração, inclusão ou supressão de medicamentos constantes da tabela do Sistema Único de Saúde afeta positiva ou negativamente a vida de pacientes crônicos que deles necessitam.

Os exemplos acima ilustram as três características comuns às escolhas trágicas: (1) elas envolvem custos de processo¹²⁷; (2) todas procuram a ilusão de suficiência de primeira ordem¹²⁸; e (3) cada uma é análoga à outra¹²⁹.

¹²⁷ “The method chosen to accomplish the allocation is inevitably costly and the issue of Who is to bear these process cost must be faced quite apart from the question of who wins and loses in the allocation” (“O método escolhido para alcançar a alocação é inevitavelmente caro e o problema de quem deverá enfrentar o custo desse processo deve ser encarado separadamente da questão de quem ganha e perde na alocação”) (CALABRESI; BOBBIT, 1978, p.131, tradução nossa)

¹²⁸ “It sometimes appear that the first-order determination has not set a tragically restricted range and therefore tragic second-order decisions can be avoided. In the case of complete sufficiency, it may appear that a life-validating determination will have been made; in the case of less than complete sufficiency, it may still be that the appearance of a life-negating determination can be avoided. These appearances are, of course, merely a kind of optical illusion since no matter how sufficient the first-order determination appears, it necessarily diverts resources from other tragic situations” (“Às vezes parece que a determinação de primeira ordem não definiu uma gama tragicamente restrita e as decisões de segunda ordem, portanto, trágicas, podem ser evitadas. No caso de suficiência completa, pode parecer que uma determinação positiva terá sido feita; no caso de suficiência incompleta, pode ser ainda que o aparecimento de uma determinação negativa possa ser evitada. Essas aparições são, naturalmente, apenas uma espécie de ilusão de ótica desde não importa como suficiente a determinação de primeira ordem aparece, necessariamente desvia recursos de outras situações trágicas”) (CALABRESI; BOBBIT, 1978, p.134, tradução nossa)

¹²⁹ “We should not conclude from the symmetry of variations that a mixture of approaches cannot add to the power of the allocation or lessen its shortcomings. Some subterfuges are relatively harmless, some are noxious; some situations justify emphasis on individual desire, some on social desire, and some on naïve

Da escassez dos recursos nasce a colisão de direitos. E a resposta para este contexto reside na ponderação, não (somente) argumentativa, mas especialmente vinculada aos resultados que dela advêm. Luciano Benetti Timm apresenta um exemplo do exposto:

Assim, uma escolha trágica diz respeito a como gastar os insuficientes recursos da Secretaria Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul. Os recursos deverão ir para a campanha contra cigarro ou para construir hospitais? Ou não seria mais recomendável pagar melhor os médicos ou então contratar mais funcionários? Ou quem sabe não deveria ser investido em prevenção de acidentes de trânsito, dado o custo social dos acidentes? (TIMM, 2010, p. 60)

E oferece a resposta ao dilema:

A solução desse problema não se dá pelo melhor argumento (retoricamente falando). Somente uma cuidadosa análise de custo-benefício de cada gasto, de cada política pública alternativa, feita por economistas, médicos, gestores, pode indicar o melhor caminho, aceitando-se a triste premissa de que não tudo estará protegido. (TIMM, 2010, p. 61)

A admissão de que os direitos possuem, de fato, custos, e que estes custos podem limitar sua efetivação, bem como de que a escolha trágica de quais direitos (e direitos de quem?) serão efetivados deriva da escassez de recursos, demonstram a necessária e constante interação entre o Direito e a Economia, especialmente no âmbito da Administração Pública.

egalitarianism. Mixtures of approaches are no more than methods to take all this into account". ("Não devemos concluir a partir da simetria das variações que uma mistura de abordagens não podem ser adicionada ao poder da atribuição ou diminuir suas deficiências. Alguns subterfúgios são relativamente inofensivos, alguns são nocivos; algumas situações justificam ênfase no desejo individual, algumas sobre o desejo social e algumas no igualitarismo ingênuo. Misturas de abordagens não são mais do que os métodos para levar tudo isso em conta"). (CALABRESI; BOBBIT, 1978, p.146, tradução nossa)

3.3.1 A doutrina da “reserva do possível”

Na jurisprudência, o argumento da “reserva do possível” tem sido suscitado e debatido em análises de limitação de recursos estatais e, por isso, interessa ao estudo ora apresentado.

O conceito teve origem no julgamento de um caso - BVERFGE 33, 303, de 18.07.1972 - pelo Tribunal Constitucional Alemão, e pode ser assim resumido:

[...] duas universidades alemãs estabeleceram restrições ao acesso direto de alunos ao curso de “medicina humana” (medicina e odontologia), nos anos de 1969 e 1970. a Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis para candidatas alemãs deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o curriculum do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número de vagas total. Já a Universidade da Bavária – ponto central do tema – estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos campi daquela Universidade. Foi contra essas normas que se pronunciou o Tribunal Constitucional alemão, em controle concentrado, apresentado pelos Tribunais Administrativos daqueles dois Estados-membros da Alemanha. O Tribunal Constitucional alemão entende que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade da Bavária não era adequada por “seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um período mais ou menos longo. (...) Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior”. Tal limitação, contudo, “passa pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos devidamente qualificados ao ensino superior”. Desta forma, ao decidir pela

inconstitucionalidade da limitação de vagas imposta pela Universidade da Baviera, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que existe uma limitação fática, condicionada pela “reserva do possível, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral. (SCAFF, 2010, p. 151)

Assim, aquele tribunal deu origem à mensuração da efetivação dos direitos fundamentais, que se passou a entender passível de averiguação de sua possibilidade em face do direito dos co-cidadãos. Ou seja, o tribunal alemão acabou por limitar a proteção a um direito fundamental constitucionalmente fundamentado em razão da existência de limitações fáticas ao atendimento de todas as demandas de acesso àquele direito. Desta forma, evita-se criar discrepância que a outorga desse direito configuraria entre a situação do indivíduo pleiteante e os demais.

A partir disso, a “reserva do possível” (Der Vorbehalt des Möglichen) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependam da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 29)

Em síntese, a “reserva do possível” estabeleceu, em solo alemão¹³⁰, a noção de que “a prestação reclamada deve corresponder

¹³⁰ Robert Alexy manifestou seu entendimento a respeito da aplicabilidade do julgado alemão que originou o entendimento nacional de “reserva do possível”: “em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser

àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 29). E a mensuração da capacidade de reivindicação estaria condicionada aos limites do razoável¹³¹.

Para parte da doutrina brasileira que admite a existência da “reserva do possível”, seu ideal está intrinsecamente vinculado às previsões e possibilidades financeiras e orçamentárias por parte do Estado¹³². Para o STF,

a reserva do possível é vista como uma questão que envolve a “insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária” e que não pode ser invocada “com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição”. Ademais, a reserva do possível, também na visão do STF, não pode servir de argumento para a não implementação dos direitos que integram o mínimo existencial. (FALSARELLA, 2012, p. 11)

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo defendem a existência de uma dimensão tríplice para a reserva do possível, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama

ponderados e, assim, estão sob uma “reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade”. (ALEXY, 2011, p. 69)

¹³¹ Sobre a definição de *razoabilidade*, Virgílio Afonso da Silva esclarece que, embora sua origem comumente seja associada à Magna Carta inglesa, de 1215, encontra-se menção a ela em uma decisão judicial proferida em 1948, através do teste da *irrazoabilidade*. O teste, também conhecido como *teste Wednesbury*, “implica tão somente rejeitar os atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão Wednesbury: ‘se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir’”. (SILVA, 2002, p. 23-50).

¹³² Para uma noção geral do posicionamento doutrinário sobre “reserva do possível”, ver ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.188/189.

equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) de eventual titular de um direito a prestações sociais a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial, no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 30)

Em outra classificação, Paulo Caliendo divide a reserva do possível em duas categorias: (i) de ordem fática (falta de recursos); e (ii) de ordem jurídica (orçamentária). Diz ele: “A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento. Cabe esclarecer que esta insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador” (2010, p. 180).

A demanda pela efetivação dos direitos faz restar a cargo do Estado a obrigação de fazer frente aos dispêndios financeiros. O resultado é a demanda excessiva cobrada do Estado, criticada por José Reinaldo de Lima Lopes em razão da forma como ocorre no Brasil.

O Estado, no constitucionalismo democrata-social (de compromisso, como aliás todo o constitucionalismo duradouro), foi sobrecarregado como um outro a quem todos os interesses existentes na sociedade civil poderiam recorrer para obter sua parte: renúncia fiscal para satisfazer os detentores do capital, prestações sociais para apaziguar trabalhadores e pobres, e serviços públicos em geral para manter tudo em funcionamento. Esse constitucionalismo aplicado a sociedade pouco integradas e altamente desiguais, em que os caronas (free riders) proliferam, deu resultados pouco animadores. Creio ser esse o caso do Brasil e daí advêm certas consequências. No Brasil, fala-se sempre do Estado ou governo como um outro, de tal modo que tudo dele deve provir. As ruas estão sujas pela maneira como os particulares as tratam? A solução é pedir que o Estado crie um programa qualquer para resolver o problema. Os motoristas não respeitam a sinalização e as regras de trânsito, provocando acidentes ou engarrafamentos? A solução é sempre um programa estatal qualquer,

mas não a responsabilização de quem quer que seja. Em resumo, como diz Nino (1992), forma-se uma anomia tola, de modo que o discurso é sempre de transferência para o Estado de uma obrigação que seria de qualquer um ou de todos. Processo semelhante dá-se com outras necessidades. Quando as necessidades são financeiras, parecem também fácil debitar ao Estado uma conta que jamais fechará e não se fala mais nisso. Como o Estado presume-se imortal e não sujeito à falência, penduram-se contas sem fim. E, sobretudo, contas que nem sempre correspondem aos propósitos constitucionalmente definidos de justiça social. Isso tudo alimenta a idéia de que é impossível cumprir as generosas promessas da Constituição de 1988. (LOPES, 2010, p. 157-158)

Em razão de sua similaridade, pode-se utilizar dos argumentos do custo dos direitos, na forma descrita por Holmes e Sunstein, para sintetizar o principal argumento em favor da teoria da reserva do possível:

É neste aspecto que se verifica a influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, e especialmente, sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não só a influência, mas, em verdade, a prevalência, na medida em que segundo as idéias até aqui apresentadas, não existem direitos se não houver meios (econômicos) para torná-los efetivos. A questão da escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos, que pode comprometer sua eficácia, para ser considerada como elemento intrínseco. A questão econômica foi trazida para o próprio âmago da existência dos direitos – sem recursos, eles deixam de existir. (OLSEN, 2006, p. 196).

Este tópico repete a conexão indissociável das possibilidades e conseqüências econômicas ante os direitos dos cidadãos. Ainda que os estudos a respeito da “reserva do possível” a relacionem em conflito com os direitos fundamentais, é inescapável a sua compatibilização com as possibilidades financeiras por parte do Estado, especialmente em face das diretrizes impostas pelos textos normativos que regulamentam os temas financeiros e orçamentários, descritos a seguir.

3.4 OS INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE LIMITAÇÃO DOS GASTOS PELO ESTADO

Os elementos constitucionais de limitação dos gastos estatais apresentam-se como instrumentos de congregação entre os deveres constitucionalmente assumidos pelo Estado e a disponibilidade financeira existente. Em mais um exemplo, vislumbra-se a inter-relação entre Direito e Economia em aspectos práticos da Administração Pública.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 165 e ss., os elementos dirigentes do modelo orçamentário nacional, quais sejam: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais¹³³.

A intenção do constituinte foi estabelecer um processo de planejamento no qual o PPA daria os grandes rumos das políticas públicas, fixando os investimentos prioritários e estabelecendo metas qualitativas e quantitativas. Caberia à LDO desdobrar as metas do PPA, ano após ano, colocando-as nos padrões compatíveis com a realidade fiscal e estabelecendo as prioridades para o orçamento do exercício seguinte. A LOA, por sua vez, seria a execução prática daquelas prioridades. (SOUZA, 2008, p.7)

Pela lógica oferecida ao sistema, denota-se a objetivação do dever de planejamento e de vinculação entre os instrumentos de alocação dos recursos públicos. Em síntese apertada, pode-se dizer que a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) é instrumento de planejamento derivado do Plano Plurianual (PPA)¹³⁴ e

¹³³ Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o principal instrumento normativo de orientação das finanças públicas era a Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e dos balanços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal lei foi recepcionada pela CF/88 e complementa a LRF em temas do orçamento e finanças públicas.

¹³⁴ O Plano Plurianual é instrumento normatizador do planejamento de médio prazo (compreende o período de quatro anos) através do qual se estabelece, “de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada” (CF, art. 165, §1º)

[...] Compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”. (BRASIL, 1988)

A partir das metas definidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), é elaborado o Projeto de Lei Orçamentária Anual (LOA)¹³⁵, do qual deriva a Lei Orçamentária Anual, que prevê as receitas, autoriza as despesas públicas e explicita a política econômica e os programas de trabalho que o governo fica autorizado a utilizar.

A Lei Orçamentária Anual - LOA discriminará os recursos orçamentários e financeiros para o atingimento das metas e prioridades estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e compreenderá:

- a) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público (art. 165, § 5º, inciso I, da CF/88);
- b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto (art. 165, § 5º, inciso II, da CF/88); e
- c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público (art. 165, § 5º, inciso III, da CF/88).

Embora contenha o programa e as metas definidoras da atuação estatal, o orçamento não obriga a atuação estatal, por ser meramente autorizativo das despesas públicas ali previstas¹³⁶. Entretanto, ainda

¹³⁵ O Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) é formalmente remetido à deliberação do Legislativo pelo chefe do Poder Executivo, apreciado pelo Parlamento segundo a sistemática definida pela Constituição Federal, possuindo a estrutura e nível de detalhamento definido pela Lei de Diretrizes Orçamentárias do exercício.

¹³⁶ “A justificativa para a adoção desse sistema seria a necessidade de conferir ao Poder Executivo flexibilidade na execução orçamentária, evitando que dotações pudessem vir a ser exigidas judicialmente”. (MENDONÇA, 2010, p. 375).

que não vinculativo, o orçamento figura como importante instrumento de deliberação de políticas públicas e de discussão social acerca da destinação dos recursos públicos¹³⁷.

Outro instrumento de limitação dos gastos do Estado é a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000, a qual regulamentou a previsão contida no art. 163, da Constituição Federal, que assim prediz:

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III - concessão de garantias pelas entidades públicas;

IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;

V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta;

VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional. (BRASIL, 2000)

Ao tratar sobre o planejamento, a LRF determina a vinculação entre o planejamento e a execução do gasto público, por meio da normatização do conteúdo da Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, além de regular a execução orçamentária e o cumprimento de metas pelos entes da Federação e seus órgãos. E, destacadamente, impõe restrições orçamentárias que visam preservar a saúde e a responsabilidade na gestão fiscal.

¹³⁷ Da lição de Christopoulos extrai-se: “Sabe-se, o orçamento surgira inicialmente apenas como instrumento de controle do Poder Legislativo sobre o Executivo, mas passou a ganhar características de instrumento de política fiscal. Com essa transformação do orçamento, os governos passaram a transparecer na peça aquilo que tinham como metas econômicas, isto é, as características de cada governo passaram a ficar impressas no orçamento, tais quais impressões digitais. De forma que se podem observar quais são as prioridades de determinado governo observando as despesas que ele positiva no orçamento” (CHRISTOPOULUS, 2009, p. 5).

Em suma, a inteligência por detrás dos instrumentos orçamentários visa equacionar receitas e despesas, conforme expõe Eduardo Mendonça:

A lei orçamentária equaciona os dois elementos essenciais da atividade financeira do Estado: receita e despesa. Em relação à receita, a lei orçamentária realiza uma estimativa para o exercício financeiro [...]. A principal fonte de receita, como se sabe, decorre da tributação. A lei orçamentária não institui os tributos, que são criados por outras leis, às quais a doutrina e a jurisprudência reconhecem natureza tipicamente normativa e eficácia mandatária. Disso decorre uma primeira constatação: um dos pólos da equação orçamentária não está à disposição do Poder Executivo.

Tal conclusão é reforçada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo art. 11 determina que os entes federativos devem instituir e arrecadar efetivamente todos os tributos de sua competência como medida de responsabilidade na gestão fiscal. O descumprimento dessa exigência impede a realização de transferências voluntárias sobre isenções e outras formas de benefício fiscal, instituído pela Constituição de 1988, e o resultado será o reconhecimento de pouca liberdade para a Administração na atividade de concretização das receitas, pelo menos em tese.

O outro pólo da equação é constituído pela despesa. Aqui prevalece a tese de que a lei orçamentária constitui apenas uma autorização para o Poder Executivo, que pode deixar de dar cumprimento às previsões de gasto, sem nem mesmo ter de justificar os motivos. (MENDONÇA, 2010, p. 384)

Todos os instrumentos comentados destacam, essencialmente, a importância do orçamento para a efetivação de políticas públicas. Mais do que um elemento acessório ou secundário, é condição essencial, e não oposta, à concretização de direitos fundamentais.

Esta dignidade do orçamento torna, a nosso ver, descabido tratá-lo como “questão menor”. Até porque, como “levar o direito a sério é também levar a escassez a sério” e como “justificar a decisão particular envolve a enunciação de

alguma deliberação ‘universal’ pertinente à questão particular (Maccormick, 2007, p.128), afirmar que alguém tem o direito de receber dada prestação do Estado, sem limites nas possibilidades, demanda que se admita, ao menos implicitamente, um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais ligadas à tributação, ao respeito da propriedade e dos contratos, que protege não apenas os que contratam com o Poder Público, mas também o direito dos servidores a seus vencimentos.

Ao afirmar um “direito ilimitado” que deva ser realmente efetivo pressupõe que, na falta de meios, eles possam ser extraídos a despeito dos limites constitucionais. Esses recursos, entretanto, teriam que vir da sociedade, seja através de tributos, seja através do confisco, seja através da “priorização de pagamentos”, sacrificando direitos dos que contratam com o Estado e também dos servidores públicos. (AMARAL; MELO, 2010, p. 94.)

O orçamento também depende da realização do devido planejamento na condução da atividade estatal¹³⁸.

O planejamento, repisamos, é processo epistemológico pelo qual se viabiliza um dever funcional do Estado, qual seja, o dever de planejar, cuja aplicação demanda a utilização adequada e eficiente das estruturas administrativas ou mesmo da criação de novas, que possuam atribuições definidas em lei, para atuação, em especial pelo Órgão Executivo, intervindo e integrando-se à ordem econômica. (ADRI, 2010, p. 129)

O planejamento na alocação ganha destaque no contexto de escassez de recursos públicos, conforme anteriormente exposto¹³⁹.

¹³⁸ Renata Porto Adri, ao tratar da correlação entre finanças e planejamento, diz que: “já vimos que existem racionalidades específicas para o direito e para a economia, as quais com relação ao planejamento devem ser harmonizadas para viabilizar a correta alocação de recursos públicos e proporcionar benefícios, necessitando para tanto de análise gerencial e integrada para que sejam alcançadas as metas previstas nos planos de execução desse planejamento”. (ADRI, 2010, p. 136)

¹³⁹ Daniel Wei Liang Wang analisou a jurisprudência do STF em matérias que envolvem discussões acerca da escassez de recursos e reserva do possível. Três

Embora as garantias constitucionais sejam amplas, a realidade da falta de recursos torna imperativa a discussão a respeito de onde, para quem e para quem serão destinadas as fatias ínfimas de recursos públicos desvinculados e disponíveis à discricionariedade do administrador público¹⁴⁰. Apresentam-se, novamente, escolhas trágicas baseadas na

foram as matérias analisadas na pesquisa: direito à saúde, direito à educação e pagamento de precatórios. No tema *saúde*, a tendência dos julgamentos se divide em dois períodos – antes e depois do ano de 2007. No período anterior, os pedidos de fornecimento de medicamentos e tratamento médico eram tratados como direitos absolutos, sem que fossem considerados os seus custos de efetivação. Após 2007, “houve uma mudança na forma do STF analisar o tema, reconhecendo-se que os custos dos direitos, em um contexto de escassez de recursos, pode ser uma limitação à proteção judicial de direitos. No segundo tema, a educação é debatida em especial em pedidos de acesso à creche e, neste prisma, “escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível são raramente levados em consideração. E nos poucos votos em que estas questões são trazidas para o debate, são logo descartados como argumentos que poderiam ser relevantes para as decisões, o que mostra que escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível não são problema para o Supremo Tribunal Federal nestas decisões, que, nestes casos, julga conforme o brocardo latino *fiat justitia e perat mundus*” (nota: “*faça-se justiça, ainda que pereça o mundo*”). Por fim, na análise dos pedidos de intervenção por não pagamento de precatórios, os ministros do Supremo costumam “não só levar em consideração a escassez de recursos nos seus votos, como também fazem dela um dos argumentos principais para a fundamentação da decisão. Existe também uma maior preocupação por parte da maioria dos ministros de conhecer a situação concreta das finanças públicas dos Estados [...] para demonstrar a impossibilidade material de se cumprir a totalidade dos precatórios sem prejuízo de outros dever do poder público, além de uma análise sobre as medidas que já estão sendo tomadas para se resolver a omissão estatal”. (WANG, 2010, p. 349-371)

¹⁴⁰ Trata-se como ínfima a disponibilidade de recursos disponíveis pois, se considerados os recursos destinados à saúde (CF, art. 77) e educação (CF, art. 212), além dos custos de folha de pagamento, os entes federativos, em especial os Municípios, dispõem de pouquíssimos recursos para investimentos. Há de se considerar também que, neste caso, a maioria dos investimentos em infraestrutura advém de convênios com a União e os Estados, o que na maioria dos casos, obriga os Municípios a aportar seu valor de contrapartida, o que diminui ainda mais os recursos liberados para investimentos nas políticas de gestão definidas pelos administradores públicos.

impossibilidade de atendimento das inúmeras necessidades dos cidadãos¹⁴¹.

3.5 OS NOVOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA SUPRIR A FALTA DE CAPACIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

Não obstante a insuficiência de recursos e a crescente demanda por serviços públicos, o Estado ainda teve de alcançar as competências de tecnologias e mercados dos quais a Administração Pública não detinha pleno conhecimento. Não mais bastava dispor de recursos. Os serviços públicos deveriam ser prestados a contento, em um cenário que passou a exigir eficiência também da Administração Pública.

A constitucionalização e situação da eficiência dentre os princípios norteadores da atividade administrativa (art. 37, caput, da Constituição Federal) outorgou-lhe a função de diretriz da Administração Pública brasileira.

Elevar a eficiência à condição de princípio constitucional significa reconhecê-la como diretriz da Administração Pública, no sentido de ordenar, limitar e direcionar a sua atuação. Significa concebê-la como dispositivo que irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, orientando a interpretação e a elaboração de normas jurídicas. (MOREIRA, 2008, p.14)

A eficiência, ainda que tomada sob o enfoque do Direito Administrativo, possui indissociável natureza econômica, mas a ela não se limita, conforme se verifica na definição que se lhe dá a doutrina¹⁴²:

¹⁴¹ Basile Christopoulos comenta a incoerência da falta de cuidado com as questões orçamentárias em face de toda a teoria a respeito da impositividade dos direitos fundamentais: “Por isso há uma contradição nesse discurso de que os orçamentos são interesses secundários do Estado, e que os direitos fundamentais devem ser implementados a todo custo. Isto é, como passar pelo discurso de efetivação e aplicação dos Direitos Sociais, sem questionar o uso da despesa pública que é o meio pelo qual o Estado se realiza? É necessária uma mudança de rumo para incluir a discussão orçamentária como principal meio para as finalidades da administração pública” (CHRISTOPOULUS, 2009, p.5)

¹⁴² A eficiência também é abordada diante da escassez orçamentária do Estado: “O Estado deve maximizar as receitas dentro dos limites éticos e de capacidade econômica e contributiva dos cidadãos e gerenciar o orçamento fiscal e monetário com a maior rigidez e disciplina possíveis, ou seja, o investimento, a

Não mais, tampouco, aceita como simplesmente referida à eficiência econômica, entendida como incremento da produção de bens e serviços, com redução de insumos e aumento de lucros, mas, com outra e mais ampla percepção, como a que produz um complexo de resultados em benefício da sociedade – portanto, uma eficiência socioeconômica – um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido possível, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes. (MOREIRA NETO, 2008, p. 103)

O balizamento da eficiência com a legalidade e demais princípios ordenadores da atividade administrativa do Estado é condição necessária à sua efetivação. É o que leciona a doutrina, nas palavras de Vladimir Rocha França, para quem “somente há o respeito e a observância do princípio da eficiência administrativa quando o administrador respeita o ordenamento jurídico, mesmo diante de finalidade legal efetivamente atingida” (FRANÇA, 2007, p. 4).

Fernão Justen de Oliveira corrobora a afirmativa supracitada e a relaciona ao objeto a seguir analisado – as Parcerias Público-Privadas:

Há um resultado prático futuro perseguido pela utilidade econômica que não pode ser alcançado por um meio adequado apenas à busca da eficiência. Ao contrário: o meio vinculante para a consecução da parceria público-privada é a aplicação do formato jurídico – necessariamente condicionado por uma racionalidade amparada em critérios e enfoques privativos do direito. Ou seja, o que a doutrina denomina de administração de resultados não se pode distinguir pelo desprezo ao princípio da legalidade sob o argumento de alcançar a máxima eficiência, mas sim pela qualidade residual e subsidiária do emprego da autoridade. (OLIVEIRA, 2007, p. 30)

Alexandre Santos de Aragão (2011, p. 33) indica que o modelo de PPPs adotado serviu ao Estado e à iniciativa privada, eis nenhum dos

repartição de receitas intergovernamentais, administração estratégica das empresas estatais, de pessoal, etc., têm que realizar de forma compatível e possível com as receitas e a realidade político-econômica do país” (SANCHES, 2004, p. 20).

dois teria condições de arcar com o custo da implantação de infraestrutura individualmente; o Estado, por não deter condições financeiras e a iniciativa privada, por não ter seus investimentos e seu lucro cobertos pela insuficiência da arrecadação tarifária¹⁴³.

No mesmo sentido, Gustavo Binenbojm enumera as razões por que as PPPs, em especial, a concessão patrocinada, derivaram da escassez econômica do Estado:

(I) o esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, em um ambiente político que valoriza a responsabilidade fiscal e o régio cumprimento das obrigações assumidas pelo governo brasileiro com seus credores nacionais e internacionais. Tal circunstância reduz significativamente a capacidade de investimento do Poder Público em infraestrutura e serviços públicos, gerando os conhecidos “gargalos” estruturais e aumentando o chamado “custo Brasil”. Daí a enorme demanda por investimentos privados para o financiamento desses setores, o que, todavia, pressupõe a criação de condições favoráveis por parte do Poder Público;

(II) exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos autossustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato da concessão comum. Rodovias cuja receita com pedágio não cubra os custos de operação e manutenção (ou o investimento inicial na construção, recuperação ou ampliação da infraestrutura), embora não sejam rentáveis para a iniciativa privada, podem vir a proporcionar um retorno econômico e social extremamente positivo. Daí ser justificável a previsão de uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, como forma de criar

¹⁴³ Roberto Caldas destaca que: “No Brasil, essa forma de parceria entre o setor público e o setor privado é, cabe salientar, sempre de caráter excepcional e subsidiário, ou seja, por não se ter possível sua conformação pelo meio tradicional das concessões públicas, ou das empreitadas, ante a ausência de interesse dos privados investirem seus capitais (pela baixa taxa de retorno financeiro e o alto risco – econômico, regulatório e político – de malogro envolvidos nos projetos, a implicarem a impossibilidade de lhes transferir integralmente o ônus econômico da prestação do serviço público – precedido ou não de obra pública) e os recursos públicos de investimento serem insuficientes”. (CALDAS, 2011, p. 188).

o ambiente de atratividade necessário para seduzir investidores particulares. (2005, p. 3)

Apresentadas as limitações que diminuem a capacidade de investimento do Estado, cabe analisar a solução alternativa para superar esses entraves, as Parcerias Público-Privadas.

3.5.1 As Parcerias Público-Privadas

As Parcerias Público-Privadas (PPPs) surgiram das discussões internacionais em torno da possibilidade do firmamento de parcerias entre o Estado e entes privados interessados em realizar vultosos investimentos em obras e empreendimentos públicos¹⁴⁴. Os debates tiveram início em Milão, em 1988, “quando ocorreu um seminário internacional sobre as formas jurídicas possíveis de cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e as Administrações Públicas locais nas áreas urbanas” (CALDAS, 2011, p. 183). As investigações sobre o tema seguiram com fóruns em Bruxelas, em 2002, ocasião em que se debateram tópicos gerais e comuns das PPPs, e, posteriormente, na definição das “Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-sucedidas”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ A identificação da necessidade de se adotar um novo modelo é sintetizada por Bárbara Moreira Barbosa de Brito e Antonio Henrique Pinheiro Silveira: “Traduzida geralmente em projetos de grande porte e de longo período de maturação, de um lado, e com importância estratégica pelas externalidades e ganhos de eficiência associados, de outro, as reestruturações patrimoniais e as restrições fiscais impactaram fortemente nas formas de financiamento das ações nesse campo. Na medida em que algumas experiências objetivas mostraram que o modelo puro de privatização era problemático em setores de utilidade pública com forte predominância de monopólios naturais, inovações no âmbito da estruturação dos empreendimentos foram introduzidas, ao lado de aprimoramentos no aparato regulatório. Incapacitados de dar continuidade a uma tradição histórica de financiamento fiscal dos grandes investimentos públicos, governos de diversos países identificaram, na parceria com o setor privado, uma alternativa para viabilizar projetos de infra-estrutura e de provisão de serviços públicos”. (BRITO; SILVEIRA, 2005, p. 8)

¹⁴⁵ “[...] A Diretoria Geral da Política Regional da União Européia, através de sua respectiva Comissão, estabeleceu desde março de 2003 as ‘Diretrizes para Parcerias Público-Privadas Bem-sucedidas’, firmando os alicerces conceituais hauridos da experiência de vários países em torno do instituto, servindo de precioso e indispensável instrumento de consulta e análise para aqueles que sobre o tema versarem”. (CALDAS, 2011, p. 184).

No campo político, as PPPs ganharam corpo no Governo de Tony Blair, no Reino Unido, com o aperfeiçoamento do programa de parcerias anterior, a *Private Finance Initiative* (PFI), desenvolvido em 1992 no Governo de John Major. Batizado de *Public-Private Partnerships* (PPP), “o programa tinha por objetivo mudar a forma de contratação de obras e serviços públicos, saindo da maneira tradicional de aquisição de ativos para uma lógica de compra de serviços. A busca por alternativas de financiamento permanecia no centro da questão, mas o objetivo maior passou a ser a eficiência na contratação de serviços públicos” (BRITO; SILVEIRA, 2005, p.8). Na Europa, encontram-se programas estatais de parcerias entre Estado e entes privados em Portugal, Espanha, Finlândia, Grécia, Itália, Irlanda e Holanda.

O Brasil implantou sua própria lei reguladora das PPPs, a Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004¹⁴⁶. As PPPs aqui surgiram como instrumento de alavancagem dos investimentos necessários à infraestrutura nacional, que não conseguiam mais ser suportados tão-somente por investimentos públicos¹⁴⁷. O Projeto de Lei n. 2546/2003, originário do Poder Executivo, justificou a proposta de Parcerias Público-Privadas com base nestes argumentos:

Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos

¹⁴⁶ Embora se tenha conhecimento da existência de formas anteriores de parcerias entre o ente público e o setor privado, como as concessões previstas na Lei 8.987/95, para o presente trabalho, utiliza-se-á a terminologia “Parcerias Público-Privadas” para designar as contratações previstas na Lei 11.079/2004, nas modalidades concessão patrocinada e concessão administrativa.

¹⁴⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro denuncia o objetivo velado das PPPs, vinculado à uma suposta “fuga do Direito Administrativo: “Outro objetivo das parcerias público-privadas, menos declarado, mas também verdadeiro, é o de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifa dos usuários. Esse objetivo é inafastável de um outro, presente em toda a Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, de fuga do direito administrativo, já que, sendo as atividades prestadas por empresas privadas, muitos dos institutos próprios desse ramo do direito não precisarão ser utilizados, como a licitação, os concursos públicos para seleção de pessoal, as regras constitucionais sobre servidores públicos e sobre finanças públicas. A justificativa é a busca da eficiência que se alega ser maior no setor privado do que no setor público”. (PIETRO, 2011, p. 144)

financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado.

4. No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado.

5. As Parcerias Público-Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica. Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno bruto-PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem sua concretização. (BRASIL, 2003)

Os instrumentos até então dispostos para compor investimentos e projetos entre entes públicos e privados, como as privatizações e as concessões tradicionais - regidas pela Lei Federal n. 8.987/95 -, não eram economicamente atrativos aos investidores. A fim de sanar este gravame, o modelo de PPPs foi concebido de modo a oferecer maiores garantias ao parceiro e tornar o investimento mais favorável ao aporte de capital privado¹⁴⁸.

A conjuntura que ensejou o surgimento da idéia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, ser assim sintetizada: 1. Gargalos de infraestrutura impeditivos do crescimento e conseqüente melhora da situação fiscal do Estado;

¹⁴⁸ Fernão Justen de Oliveira ensina que “a Lei de PPP é produto de um legítimo embate dialético. O projeto do Poder Executivo centrava-se em uma premissa de governo: conceber um marco jurídico preciso para incrementar novos investimentos privados em prestação de serviços públicos e construção de obras de infra-estrutura. Sua tarefa centrou-se nos termos que a lei deveria conter para conferir dinamismo ao setor privado – o que pode resultar em frustração até com relativa facilidade, já que não é esse o pressuposto do direito de parceria, mas sim ‘o mais alto padrão de lealdade e boa-fé de todos os parceiros, que devem cooperar para que ela dê a todos os interessados os maiores proveitos possíveis’”. (OLIVEIRA, 2007, p. 114).

2. Existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infraestruturas, não autossustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-lo sozinho. (ARAGÃO, 2011, p.32)

O texto final da Lei Federal n. 11079/2004 não conceituou as Parcerias Público-Privadas, apenas definiu que se trata de contrato administrativo de concessão, dividido nas modalidades patrocinada e administrativa. Sidney Bittencourt esclarece que o projeto de lei que deu origem à Lei n. 11.079/2004 estendia-se na conceituação de Parceria Público-Privada, dizendo que “a PPP seria acordo firmado entre a Administração Pública e entre privado que estabelecerá um vínculo jurídico para a implantação de empreendimentos sobre a responsabilidade do segundo” (BITTENCOURT, 2011, p.46).

A doutrina pouco se distancia da definição do instituto a partir de suas características, como o faz a lei. Diferentemente dessa tendência, Alexandre Santos de Aragão assim conceitua as PPPs:

Podemos, assim, conceituar as parcerias público-privadas no Direito positivo brasileiro como sendo os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infraestrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixada em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população. (ARAGÃO, 2011, p.33)

Segundo suas categorias, as PPPs poderão ser concessões patrocinadas ou concessões administrativas. As categorias se diferenciam em relação à forma de remuneração do parceiro privado. Na concessão patrocinada, tal qual na concessão comum da Lei n. 8.987/95, o regime remuneratório envolve a cobrança de tarifa dos usuários, acrescida, neste caso, da contraprestação pecuniária, ambas em favor do entre privado¹⁴⁹. De outra sorte, a concessão administrativa prevê duas formas de contratação e pagamento ao parceiro privado:

1. concessão administrativa de serviços públicos: o concessionário presta serviço público, mas o

¹⁴⁹ BRASIL. Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. art. 2º, §1º.

usuário não paga tarifa pelo serviço. A remuneração do concessionário advém integralmente da contraprestação pecuniária do Poder Concedente.

2. concessão administrativa de serviços ao Estado: para Carlos Ari Sundfeld, é espécie de contrato administrativo de serviços ao Estado. Num primeiro momento, poder-se-ia confundir tal modalidade com os contratos regidos pela Lei de Licitações. Mas na concessão administrativa, obrigatoriamente deverão existir investimentos do particular, não menores do que R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), que serão amortizados no curso do contrato, o que não ocorre nas contratações regidas pela Lei n. 8.666/93. (MIGUEL, 2006, p.27)

Percebe-se que nenhuma das formas supracitadas prevê pagamento pelo usuário dos serviços – a concessão administrativa deverá sempre ser integralmente custeada pelo Poder Concedente.

Afora a remuneração, que diferencia as modalidades de Parceria Público-Privada, diversos são os pontos comuns à concessão patrocinada e administrativa. E são, em verdade, os tópicos que caracterizam as PPPs tal qual instituídas no Brasil¹⁵⁰.

(I) *Contraprestação pecuniária do ente público ao parceiro privado* – diferentemente do regime previsto na concessão comum, da Lei n. 8.987/95, ambas as modalidades de PPP prevêm contraprestação pecuniária ao parceiro privado. O que as difere é a forma de remuneração, conforme exposto anteriormente;

(II) *Repartição de riscos* – a PPP prevê a repartição de riscos entre as partes, inclusive quando da ocorrência de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III, da Lei n. 11.079/2004).

(III) *Equilíbrio econômico-financeiro* – embora não esteja expressamente previsto, a lei faz menção, no art. 5º, IV, à necessária previsão das “formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais”, que pode ser traduzida pelo equilíbrio econômico-

¹⁵⁰ Para a enumeração dos traços comuns às concessões patrocinada e administrativa, utilizar-se-á a ordenação proposta por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (Parcerias na Administração Pública. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 155 e ss.)

financeiro do contrato, já característico dos contratos oriundos da Lei n. 8.666/93 e Lei n. 8.987/95;

(IV) *Compartilhamento de ganhos econômicos* – na lógica imposta à PPP, o parceiro privado fica obrigado a compartilhar com a Administração Pública os ganhos econômicos decorrentes da redução de risco de crédito dos financiamentos vinculados à concessão. No art. 5, §2º, constam previsões adicionais aos contratos através das quais a Administração Pública pode oferecer maiores garantias ao financiador do ente privado, o que poderá resultar em financiamentos financeiramente mais vantajosos, o que justifica o compartilhamento com o ente público;

(V) *Sociedade de propósito específico (SPE)* – A Lei Federal n. 11.079/2004 obriga a constituição de sociedade de propósito específico antes da celebração do contrato objeto da parceria. Em seus parágrafos, a Lei condiciona a transferência do controle da SPE à autorização expressa da Administração Pública¹⁵¹; permite a assunção da forma de companhia aberta, com valores mobiliários negociados no mercado; determina a obrigação de a SPE obedecer a padrões de governança corporativa e contabilidade padronizada; e veda o controle do capital votante (ações ordinárias) da SPE pela Administração Pública – vedação esta que não se estende às instituições financeiras controladas pelo Poder Público, no caso de aquisição por inadimplemento do contrato de financiamento;

¹⁵¹ A transferência é condicionada pela lei à observância do que dispõe o parágrafo único do art. 27, da Lei n. 8.987/95, que determina o obrigatório atendimento às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço (inciso I) e comprometer-se com o cumprimento de todas as cláusulas do contrato em vigor (inciso II).

(VI) *Garantias*¹⁵² – as garantias visam amortizar os riscos oriundos das parcerias público-privadas. A Lei prevê três tipos de garantias: a) garantia de execução do contrato, tal qual dispõe o art. 56, §1º, da Lei n. 8.666/93; b) garantia de cumprimento das obrigações assumidas pelo ente público ante o parceiro privado, nas modalidades previstas no art. 8º, da Lei 11.079/2004; c) contragarantia do ente público à entidade financiadora do projeto, prevista no art. 5º, §2º, da Lei 11.079/2004.

Segundo Carlos Ary Sundfeld (2005, p. 23), são quatro os riscos em um programa de PPP¹⁵³: 1) *o comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros*, ou seja, a assunção de compromissos impagáveis pelo gestor público que, justamente por esta característica, não serão honrados futuramente; 2) *por pressa ou incapacidade técnica, a Administração comprometer-se com contratações de longo prazo mal-planejadas e estruturadas*, embora todas as razões, especialmente aquelas que tocam aspectos técnicos, devem ser expostas por juízo de oportunidade e conveniência que justifica a opção pela PPP; 3) *o abuso populista no patrocínio estatal*, traduzido pela possibilidade de o poder público evitar o aumento de tarifas por meio de contrapartida estatal, sendo que as tarifas seriam capazes de suportar integralmente a contraprestação ao parceiro privado; 4) *desvio no uso da concessão administrativa*, por meio da utilização deste mecanismo como um tradicional contrato de prestação de serviços por longo prazo, sem que

¹⁵² Acerca das garantias nas PPPs, Luiz Felipe Hadlich Miguel comenta: “A PPP, mais do que um instrumento jurídico, é um instrumento econômico. Busca atrair o capital privado, bem como aumentar a eficiência do Estado na prestação de serviços públicos. Existem (e são vários os exemplos) serviços públicos cuja exploração é suficiente para amortizar o capital investido e gerar lucro ao particular. Contudo, existem outros, por sua natureza, localização, tempo, que eventualmente serão deficitários – não obstante serem de extrema importância social. Estes são, a princípio, os serviços que serão delegados à exploração de particulares através de PPPs. Portanto, considerando o histórico de caloteiro do Estado brasileiro (com raras exceções, como é o caso da Prefeitura Municipal de Jundiá/SP), e face ao regime jurídicos dos contratos administrativos, que deixa o particular em posição de inferioridade (não obstante uma sensível diminuição desta característica nos contratos de PPPs), não fossem as garantias, as parcerias estariam fadadas ao insucesso. Esse o posicionamento de grande parte da doutrina.” (MIGUEL, 2011, p. 44)

¹⁵³ Pedro de Menezes Niebuhr também discorre sobre os riscos inerentes às PPPs em NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias Público-Privadas: perspectiva constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 109-115.

exista a demanda por elevados investimentos que justifiquem a opção por essa modalidade de contratação. Luiz Felipe Hadlich Miguel acrescenta ainda mais um risco: a dificuldade de atribuição das responsabilidades no caso do insucesso da parceria, já que a lei estabelece riscos partilhados e alocados àquele em que tal responsabilidade se mostre menos custosa (MIGUEL, 2011, p. 50).

(VII) *Licitação na modalidade Concorrência* – a escolha do parceiro privado a ser contratado deverá ser feita mediante procedimento licitatório na modalidade concorrência. Além de determinar a modalidade da licitação, a lei condiciona a abertura do certame às seguintes observâncias: a) justificativa da conveniência e oportunidade da contratação sob a forma de parceria público-privada¹⁵⁴; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) e que seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serão compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; c) dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; d) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; e) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; f) estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; g) previsão do objeto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado; h) submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública¹⁵⁵; i) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para

¹⁵⁴ A demonstração da conveniência e oportunidade da contratação deve se fundar em estudos técnicos e financeiros que indiquem a sua viabilidade, dentro dos limites estabelecidos pelos entes federativos no uso de sua competência.

¹⁵⁵ Art. 10, VI, Lei n. 11.079/2004: “[...] mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital”.

o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

(VIII) *Prazo* – a Lei 11.079/2004 determina, em seu art. 5º, I, que os contratos de PPPs devem mencionar, obrigatoriamente, o prazo de sua vigência, o qual deve ser compatível com a amortização dos investimentos, e não inferior a 05 (cinco) nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, já incluída eventual prorrogação;

(IX) *Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas* – aplicável ao âmbito federal, o Fundo Garantidor (FGP) “terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei”. A Lei não institui o Fundo, mas dá diretrizes para sua criação, nos art. 17 a 21, e autoriza a União, suas autarquias e fundações públicas a participar no limite global de seis bilhões de reais;

(X) *Órgão Gestor das Parcerias Público-Privadas* – também aplicável apenas às PPPs firmadas pelo Governo Federal, o Órgão Gestor deve ser instituído por decreto e terá como competência definir os serviços prioritários para execução via PPP, disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos, autorizar abertura de licitação e aprovar os editais e apreciar os relatórios de execução dos contratos de PPP;

(XI) *Pagamento vinculado ao desempenho* – a Lei 11.079/2004 possibilitou a vinculação do parceiro privado ao seu desempenho, conforme alude o art. 6º “conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade previstos no contrato”. Pedro de Menezes Niebuhr comenta este dispositivo:

Através da vinculação ao desempenho, da forma tal qual desenhada, o parceiro público busca a prestação ou execução de serviço ou obra de modo exemplar. Enquanto isso, o parceiro privado receberá montantes de acordo com o alcance de determinadas metas ou padrões pré-estabelecidos. Remunerando o parceiro privado por seu desempenho, o parceiro público tem disponibilizado importante instrumento de controle quanto à satisfação do interesse público, premiando ou não o parceiro privado por sua disposição em atender os fins públicos perseguidos. (NIEBUHR, 2008, p.131)

Cabe ressaltar, neste contexto de remuneração vinculada ao desempenho, a importância de indicadores objetivos de desempenho, os quais devem estar estabelecidos desde o início da vigência da concessão.

A instituição das Parcerias Público-Privadas não se limita às iniciativas formuladas pelo Poder Público. A iniciativa privada poderá apresentar à Administração Pública a existência de necessidade de serviço público ou determinada infraestrutura passível de solução por meio de PPP. É o que afirma Fernão Justen de Oliveira (OLIVEIRA, 2007, p. 154). Porém, a instituição do projeto de PPP dependerá da apuração do Value for Money, ou seja, o objetivo perseguido pela Administração durante a elaboração e contratação da parceria, na Lei Federal disposto nos incisos II e IV, do art. 10. É imprescindível a análise, prévia à contratação, da melhor utilização dos recursos públicos para atendimento da necessidade que se busca suprir. Essa investigação deve abordar todas as soluções possíveis para o caso, sejam investimentos totalmente custeados pela Administração, ou o firmamento de uma PPP e, neste caso, em qual modalidade.

Verifica-se que as Parcerias Público-Privadas demandam rigorosos e precisos estudos para a determinação de suas condições, eis que vinculam compromissos financeiros vultosos e médios/longos prazos de contratos. Todos esses aspectos definirão o exercício da regulação pelo Poder Público e condicionarão a sua qualidade, conforme exposto no tópico específico do presente trabalho. Por fim, a definição objetiva e eficiente das condicionantes da parceria com entes privados, por meio das modalidades de PPP de que dispõe a Lei Federal 11.079/2004, é que possibilitará o suprimento do serviço público ou obra pública de maneira satisfatória e ao encontro do(s) interesse(s) público(s).

4. A INFLUÊNCIA ECONÔMICA SOBRE OS INSTITUTOS DO NEOADMINISTRATIVISMO

Identificado o contexto político e administrativo no qual se insere atualmente o Estado nacional, e compreendidos os pressupostos que fundamentam a interação entre o Direito e a Economia, passa-se à análise desses elementos na seara do Direito Administrativo.

4.1 A “QUARTA REVOLUÇÃO” E A IDENTIDADE DAS CRISES EXPERIMENTADAS PELOS ESTADOS

O contexto de escassez e a busca por alternativas que viabilizassem a melhoria na sua atuação não foram privilégio do Estado brasileiro. A investigação de um “novo Estado”, ou uma forma de atuação estatal que coadune a sua sustentabilidade financeira e os interesses dos cidadãos é tema da obra *“The Fourth Revolution – The Global Race to Reinvent the State”*, de John Micklethwait e Adrian Wooldridge.

A fim de abordar o “novo Estado”, os autores perpassam seus modelos preexistentes, denominadas “revoluções”. A primeira delas identificada no século XVII, quando a realeza européia construiu estados centralizados, e passou a agrupar, sob um mesmo domínio, povos e territórios antes dispersos. “Leviatã”¹⁵⁶, a obra de Thomas Hobbes, é utilizada como símbolo dessa primeira revolução.

¹⁵⁶ A respeito do Leviatã, os autores comentam: “Hobbes was the first political theorist to base his argument on the principal of a social contract. He had no time for the royalist argument that power was the product of divine right or dynastic succession: he argued that Leviathan could take the form of a parliament as much as a king and that the essence of Leviathan lay in the nation-state rather than in collections of family territories. The central actors in Hobbes’ world are rational individuals trying to create a balance between their desire for freedom and their fear of destruction. And these individuals perform this feat through a social contract: They give up their lesser rights in order to secure the most important right, that of self preservation. The state is ultimately made for the subjects, rather than the subjects for the king: The frontispiece of *Leviathan* shows a mighty king made up of thousands of tiny men” (“Hobbes foi o primeiro teórico político a basear o seu argumento no princípio de um contrato social. Ele não tinha tempo para o argumento monarquista que o poder era o produto de direito divino ou sucessão dinástica: ele argumentou que Leviatã poderia assumir a forma de um parlamento tanto quanto um rei e que a

O segundo movimento decorreu das revoluções liberais americana e francesa, ao final do séc. XVIII. A partir desse impulso, diversas iniciativas de libertação dos sistemas patronais das grandes potências da época foram tomadas.

A terceira grande revolução decorreu da invenção do Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*). Nesta etapa, buscou-se determinar ao Estado o dever de garantia efetiva de proteção social, por meio de ações prestacionais, e não mais somente de garantia dos chamados direitos individuais negativos, em especial, a liberdade.

But now freedom was being reinterpreted as freedom from want, and equality as equality of opportunity (and to some extent as equality of respect). This entailed a much more activist view of government. Providing freedom from want meant social services. Providing equality of opportunity meant schools for everyone and university places for the talented poor: Education no longer simply marked people's social status

essência do Leviatã estava no Estado-nação, ao invés de em coleções de territórios familiares. Os atores centrais no mundo de Hobbes são pessoas racionais que tentam criar um equilíbrio entre seu desejo de liberdade e seu medo de destruição. E essas pessoas executam este feito através de um contrato social: Eles abrem mão de seus direitos menores a fim de garantir o direito mais importante, o de auto-preservação. O estado é, em última análise, feito para os sujeitos, em vez dos assuntos para o rei: O frontispício do Leviatã mostra um rei poderoso composto de milhares de homens minúsculos”) (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 32, tradução nossa). João dos Passos Martins Neto também comenta a proposta de modelo de Estado, na obra de Hobbes: “Para Hobbes, o pacto de união e submissão é o meio racional de que os homens dispõem para viabilizar a passagem do Não-Estado (estado de natureza) ao Estado (estado de civilização) [...] Trata-se, como se percebe, de um acordo racionalmente imperioso, destinado a superar o *estado de guerra* através da criação de um *poder organizador*. (MARTINS NETO, 2006, p. 103). Do texto original de “Leviatã”, extrai-se: “A causa final, fim ou desígnio dos homens (que apreciam, naturalmente, a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir a restrição em si mesmos que os leva a viver em Estados, é a preocupação com sua própria conservação e a garantia de uma vida mais feliz. Ou seja, a vontade de abandonar a mísera condição de guerra, consequência necessária [...] das paixões naturais dos homens, se não houver um poder visível que os mantenha em atitude de respeito, forçando-os, por temor à punição, a cumprir seus pactos e a observar as leis naturais” (HOBBES, 2009, p. 123).

but increasingly determined it.¹⁵⁷
(MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 69).

Ocorre que, com o passar dos anos, mais e mais se passou a exigir do Estado, em atendimento às inúmeras necessidades de atendimento dos seus cidadãos. Se antes o estado era cuidador, hoje é uma babá onipresente (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 9).

O inchaço da máquina pública¹⁵⁸, o aumento da desigualdade social¹⁵⁹, a ineficiência dos programas sociais e o aumento do consumo de drogas e crimes¹⁶⁰ mostraram a ineficácia de muitas das ações

¹⁵⁷ “Mas agora a liberdade estava sendo reinterpretada como a liberdade de carência, e igualdade como a igualdade de oportunidades (e em certa medida como igualdade de respeito). Isso implicou uma visão muito mais ativista do governo. Proporcionar liberdade de desejo significava serviços sociais. Fornecendo a igualdade de oportunidades para todos significava escolas e universidades locais para os pobres talentosos: Educação não como status social, mas que cada vez mais determinassem o estado social das pessoas” (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 69, tradução nossa).

¹⁵⁸ “In pre-Thatcher Britain nearly a third of the twenty-five million people in the labor force worked in the public sector. Nearly half the people in the manufacturing sector worked for nationalized industries – industries that produced less and less at the cost of bigger and bigger subsidies” (“Na Grã-Bretanha pré-Thatcher, aproximadamente um terço dos vinte e cinco milhões de trabalhadores trabalhavam no setor público. Aproximadamente metade das pessoas da indústria manufatureira trabalhavam para indústrias nacionais – indústrias que produziam cada vez menos a um custo cada vez maior”) (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 89, tradução nossa).

¹⁵⁹ “Yet in the 1970s the gap between Britain’s upper and lower social classes in terms of age-adjusted mortality was more than twice as large as it had been in the 1930s. The upper class continued to be fitter and taller than the lower classes – 3.2 centimeters taller, to be exact – as well as richer” (Ainda nos anos 70, a diferença entre as classes alta e baixa da Grã-Bretanha em termos de mortalidade ajustada pela idade era duas vezes maior do que nos anos 30. A classe alta continuou a ser mais magra e alta do que a classe baixa – 3.2 centímetros mais alta, para ser exato – bem como mais rica”) (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 88, tradução nossa).

¹⁶⁰ “Too much of the Money that did reach the poor had proved counterproductive: For instance, welfare payments had created perverse incentives, undermining individual responsibility and trapping people in poverty. Across the West a hard core of people in even the richest societies dropped out of school, had illegitimate children, and lived as wards of the state. [...] Far from knowing best what the poor needed, bureaucrats and experts often

empregadas em nome do Estado de Bem-Estar Social. Os resultados práticos levaram à constituição dos governos Reagan¹⁶¹ e Thatcher, alicerçados no ideal econômico de Milton Friedman¹⁶².

got it spectacularly wrong. [...] In America they shoved poor blacks into “the projects”, vertical ghettos. Across Europe the planners tore down working-class neighborhoods [...] and drove poor people, like cattle, into tower blocks that soon became bywords for crime and degradation” (“Muito do dinheiro que chegava aos pobres provou ser contraproducente: por exemplo, os pagamentos de assistência social criaram incentivos perversos, minando a responsabilidade individual e prendendo as pessoas em situação de pobreza. Em todo o Ocidente, um núcleo de pessoas das sociedades mais ricas largou a escola, teve filhos ilegítimos, e viveu às custas do estado. [...] Longe de saber do que os pobres necessitam, burocratas e estudiosos, muitas vezes entenderam tudo errado. [...] Na América, eles empurraram negros pobres em “projetos”, guetos verticais. Em toda a Europa, os planejadores derrubaram bairros operários [...] e levaram as pessoas pobres, como gado, blocos de torres que logo se tornaram provérbios para o crime e a degradação”) (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 89, tradução nossa)

¹⁶¹ A respeito da desregulação promovida no Governo de Ronald Reagan, comenta Susan Rose-Ackerman: “Deregulation was an article of faith for many policymakers in the Reagan administration. They saw their political mandate as a crusade to get the government “off the backs” of people so that the benefits of free enterprise could flourish. The Ford and the Carter administrations and the Congress provided the momentum with legislation that moved toward the deregulation of air travel, intercity trucking railroads, and banking and financial services. The Reagan rhetoric was, however, more sweeping and less nuanced than that of its predecessors. Earlier officials had sought regulatory *reform* – revising regulation and statutes to improve their effectiveness and removing those which lacked a strong policy justification. Reagan policymakers, in contrast, favored regulatory *relief* – reducing the “burden” of both economic and “social” regulation on consumers and business. Without a careful assessment of the causes of ineffective regulation, they began with a presumption that government was lumbering, cumbersome, and even corrupt so that the burden of proof on anyone making a proposal for government intervention was very high”. (“A desregulamentação foi um artigo de fé para muitos formuladores de políticas na administração Reagan. Eles viram o seu mandato político como uma cruzada para que o governo saísse das costas das pessoas para que os benefícios da livre iniciativa pudessem florescer. As administrações de Ford e Carter e o Congresso deram condições com a legislação que se movia em direção à desregulamentação das viagens aéreas, ferrovias de transporte intermunicipais e serviços bancários e financeiros. A retórica Reagan foi, no entanto, mais abrangentes e menos sutil do que a de seus antecessores. Funcionários anteriores tinham procurado reforma regulatória - revisão da regulação e dos estatutos para melhorar a sua eficácia e remover aquelas que

O ideal liberalizante – o Neoliberalismo ganhava predomínios mundiais¹⁶³-, traduzido nas tendências de privatização, diminuição da

não tinham uma forte justificação política. Formuladores de políticas de Reagan, em contrapartida, favoreceram o ‘alívio’ regulatório - reduziram o fardo da regulação econômica e social sobre os consumidores e as empresas. Sem uma avaliação cuidadosa das causas de regulação ineficaz, eles começaram com uma presunção de que o governo estava pesado, desajeitado, e até mesmo corrupto, para que o desafio de defender intervenção estatal tornou-se muito grande” (ROSE-ACKERMAN, 1992, p. 149, tradução nossa)

¹⁶² “Milton Friedman was the twentieth century’s most prominent advocate of free markets. Born in 1912 to Jewish immigrants in New York City, he attended Rutgers University, where he earned his B.A. at the age of twenty. He went on to earn his M.A. from the University of Chicago in 1933 and his Ph.D. from Columbia University in 1946. In 1951 Friedman received the John Bates Clark Medal honoring economists under age forty for outstanding achievement. In 1976 he was awarded the Nobel Prize in economics for “his achievements in the field of consumption analysis, monetary history and theory, and for his demonstration of the complexity of stabilization policy.” Before that time he had served as an adviser to President Richard Nixon and was president of the American Economic Association in 1967. After retiring from the University of Chicago in 1977, Friedman became a senior research fellow at the Hoover Institution at Stanford University”. (“Milton Friedman foi o defensor mais proeminente do mercado livre no século XX. Nascido em 1912 de imigrantes judeus em Nova York, ele frequentou a Universidade de Rutgers, onde obteve seu bacharelado aos vinte anos. Ele concluiu seu mestrado pela Universidade de Chicago em 1933 e seu Ph.D. na Universidade de Columbia em 1946. Em 1951, Friedman recebeu a medalha John Bates Clark Medal, que honra os economistas com menos de quarenta anos de idade por suas realizações proeminentes. Em 1976, ele foi premiado com o Prêmio Nobel de Economia por "suas realizações no campo da análise de consumo, história e teoria monetária e por sua demonstração da complexidade da política de estabilização." Antes disso, ele tinha servido como conselheiro do presidente Richard Nixon e foi presidente da American Economic Association, em 1967. Depois de se aposentar da Universidade de Chicago, em 1977, Friedman se tornou um pesquisador sênior da Instituição Hoover da Universidade de Stanford " (Library of Economics and Liberty. The Concise Encyclopedia of Economics: Milton Frieman. Disponível em <<http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Friedman.html>>. Acesso em 17 de março de 2015, tradução nossa).

¹⁶³ “The post communist countries embraced the Washington consensus especially heartily. Russia privatized thousands of industrial enterprises. Leszek Balcerowicz, Poland’s finance minister after the fall of communism, declared that Thatcher was his “hero”. In Brazil, Fernando Henrique Cardoso introduced a Thatcher-inspired privatization program that, measured by the value of the assets sold, was twice as big as Britain’s. Even in India, the bastion of

máquina pública, apoio do livre-mercado, corte aos subsídios e combate aos sindicatos mudaram a face dos Estados, em especial nos Estados Unidos e na Inglaterra. Mas também atraíram oposição, o que levou às eleições das candidaturas de Tony Blair e Bill Clinton, ambos com posicionamento político à centro-esquerda. Esses presidentes, bem como os que os sucederam (Gordon Brown e George W. Bush) voltaram a expandir o tamanho e as atividades do Estado. Em síntese, os autores assim ilustram o período de mudanças pelo qual passou o Estado¹⁶⁴:

The night watchman standing guard at the gate has become the nanny inside the home and the office, hanging over your shoulder in the kitchen,

Fabianism, Manmohan Singh tried to tear up the License Raj to get “government off the backs of the people of India, particularly off the backs of India’s entrepreneurs” (“Os países pós-comunistas abraçaram o consenso de Washington com devoção. A Rússia privatizou milhares de indústrias. O Ministro das Finanças da Polónia após o comunismo, Leszek Balcerowicz, declarou que Thatcher era sua heroína. No Brasil, Fernando Henrique Cardoso introduziu um programa de privatizações inspirado em Thatcher e que, pelo valor dos ativos vendidos, foi duas vezes maior do que o da Grã-Bretanha. Até na Índia, no bastião do Fabianismo, Manmohan Singh tentou rasgar as licenças para ‘tirar o governo das costas das pessoas da Índia, especialmente dos empresários indianos’”) (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 96, tradução nossa)

¹⁶⁴ Richard Posner ensina que a desregulação ocorrida nos mercados financeiros contribuiu para a ocorrência da crise financeira de 2008, a qual motivou a regulação econômica e o aprofundamento da intervenção estatal: “The critical role of government in the crisis was one of permission rather than encouragement. By having over a period of decades largely deregulated banking, and credit generally, the government inadvertently allowed the rational self interested decisions of private actors – bankers, mortgage brokers, real state salesmen, homeowners, and others – to bring on a financial crisis that the government was unable to prevent from molting into a depression. A profound failure of the market was abetted by governmental inaction. That inaction was the result in part of political pressures (to keep rates down, to maintain the illusion of prosperity, and to conciliate powerful political interest that are – not incidentally – large contributions to political campaigns). But it was also a complacency on the part of government officials and the natural assumption that those officials had acquired effective tools for preventing a depression; seventy-five years after the Great Depression reached bottom in March 1933, no one expected a repetition – depressions were “history”. (POSNER, 2009, p. 242/243). Para explicações acerca das causas da crise de 2008, ver POSNER, Richard A. *The Crisis of Capitalism Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

sitting room, boardroom, and even bedroom. But it is not a very good nanny. The state has accumulated ever more responsibilities and imposed ever more hidden costs on everybody else. But its ability to meet those responsibilities has declined. The only hope is that frustration is beginning to engender hope of change.¹⁶⁵ (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 101)

A “quarta revolução”, a qual se apresenta no momento presente, busca no pragmatismo uma solução para o grande conflito pelo qual passa o Estado: como aliar as demandas populares com o funcionamento eficiente¹⁶⁶?

Para escapar da espiral “o Estado fica cada vez maior porque os cidadãos querem mais dele, mas os cidadãos perdem a confiança no Estado a partir do momento em que o peso estatal começa a prejudicá-los, e assim eles passam a exigir ainda mais” (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p.230) – problema também verificado em solo nacional - há que se repensar o que se quer do Estado.

¹⁶⁵ “O vigia noturno montando guarda no portão se tornou a babá dentro da casa e do escritório, que paira sobre seu ombro na cozinha, sala de estar, sala de reuniões, e até mesmo no quarto. Mas não é uma boa babá. O estado tem acumulado cada vez mais responsabilidades e impôs custos cada vez mais escondidos em todo mundo. Mas sua capacidade para cumprir essas responsabilidades diminuiu. A única esperança é que a frustração está começando a gerar esperança de mudança” (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 101, tradução nossa)

¹⁶⁶ Na obra, os autores demonstram, através de estudos baseados na *Public Choice*, como os cidadãos mantêm expectativas irreais e contraditórias. Por exemplo, indica que os cidadãos ocidentais apóiam os ideais de Friedman quando se trata de diminuir a carga tributária, mas não quando se fala em diminuição dos serviços públicos (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 128). Daí decorre o paradigma enfrentado pelos políticos: por dependerem do voto, não podem tomar medidas impopulares, que poderiam apresentar resultados proveitosos ao Estado em médio ou longo prazo. “*When you have popular democracy, to win votes you have to give more. And to bet your opponent in the next election, you have to promise to give more away. So it is a never-ending process of auctions – and the cost, the debt being paid for by the next generation*” (“Quando se tem democracia popular, para obter votos tem-se que dar mais. E para vencer o oponente na próxima eleição, tem-se que dar ainda mais. Então é um processo de leilão sem fim – e o custo e os débitos sendo pagos pelas futuras gerações”) (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 141, tradução nossa).

Na obra citada, os autores propõem uma retomada da liberdade, aquela pensada pelos autores liberais dos séculos XVIII e XIX. Liberdade de opinião (e de religião), liberdade à vida privada, liberdade de expressão e liberdade de propriedade, deixando o Estado menor e os cidadãos mais livres. E, nesta solução, a regulação é o meio de ação estatal.

Em suma:

So government can be an instrument of civilization. But we don't accept the progressive idea that there is nothing wrong with the state that yet "more state" cannot solve. There may be a pragmatic case for using public spending in the short term to prevent an economy from sinking into recession. But there is no escaping the need to tame Leviathan on the medium term. The modern overloaded state is a threat to democracy: The more responsibilities Leviathan assumes, the worse it performs them and the angrier people get – which only makes them demand still more help. That is the vicious circle of progressive politics. More fundamentally, the modern state is also a threat to liberty: When the state takes half of everything that you produce, when it prevents people from earning a living braiding hair without an expensive license, when it dictates the race and gender of people whom you can employ, when it summons draconian powers to fight "wars" on terror, speeding motorists, and marijuana, then it has begun to become a master rather than a servant. Leviathan has to be tamed. It has to be brought under control.¹⁶⁷ (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 22)

¹⁶⁷ “Assim, o governo pode ser um instrumento de civilização. Mas nós não aceitamos a idéia progressista que não há nada de errado com o estado que ainda "mais Estado" não possa resolver. Pode haver um caso pragmático para a utilização de gastos públicos a curto prazo para evitar uma economia de afundar na recessão. Mas não há como escapar a necessidade de domar o Leviatã no médio prazo. O estado sobrecarregado moderno é uma ameaça para a democracia: quanto mais responsabilidades Leviatã assume, pior as executa e mais insatisfeitas as pessoas ficam - o que só torna ainda a exigir mais ajuda. Esse é o círculo vicioso da política progressista. Mais fundamentalmente, o Estado moderno é também uma ameaça para a liberdade: Quando o Estado toma metade de tudo que você produz, quando se impede as pessoas de ganhar a vida

A obra citada revela a indissociabilidade entre as mudanças pelas quais passou o Estado e o contexto político e econômico. Serve a demonstrar como a discussão acerca do tamanho do Estado e do que dele podem esperar os cidadãos tem impacto em diferentes países. E, mais do que isso, como as escolhas do modo de atuação estatal terão impacto econômico e modularão o modo de intervenção, o que refletirá, necessariamente, na configuração do Direito Administrativo.

4.2 O NEOADMINISTRATIVISMO

O presente trabalho utiliza-se de classificação própria para denominar “Neoadministrativismo” os institutos surgidos a partir da Reforma Administrativa inaugurada na década de 1990, que aproximaram o Direito Administrativo da lógica econômica do mercado privado. O Estado passou a valer-se da dinâmica e da disponibilidade financeira dos parceiros privados, selecionados mediante procedimentos previamente estabelecidos e sujeitos aos ditames do Direito Público e a eles delegar a execução de atividades ou obras que por si só não deteria condições de realizar.

Ainda que submetido à legalidade e à finalidade máxima de atendimento ao interesse público, o Direito Administrativo transformou-se, durante o período analisado, a fim de acompanhar as mudanças surgidas nas demandas da economia e dos cidadãos. Conforme assinalado anteriormente, não se trata de um movimento nacional, mas de transformações ocorridas em âmbito global que trataram de influenciar o modelo de intervenção dos Estados na economia.

No atual estágio ocorre a consciência, por parte do Estado, de suas limitações e da profunda lacuna que separa suas condições de atuação dos compromissos que a Constituição Federal o delegou. Afora algumas exceções, o Estado conta com circunstâncias precárias de atuação, que se traduzem em servidores mal qualificados, pouco estimulados, sem a especialização necessária e sujeitos a normas de

cortando cabelos sem uma licença cara, quando se determina a raça e gênero de pessoas para quem pode empregar, quando se convoca poderes draconianos para lutar "guerras" contra o terrorismo, acelerando os motoristas, e maconha, em seguida, ele começa a se tornar um mestre em vez de um servo. Leviatã tem que ser domado. Tem que ser trazido sob controle”. (MICKLETHWAIT, WOOLDRIDGE, 2014, p. 22, tradução nossa)

controle desproporcionais às condições dadas ao exercício de seus cargos.

Impõe-se ao Estado cada vez mais deveres, sem se ter em conta que o exercício minimamente eficiente de suas funções depende de conjunturas econômicas, orçamentárias e fiscais, que possibilitarão ou limitarão o atingimento de suas metas e/ou obrigações. Tal qual não existe almoço grátis¹⁶⁸ para o cidadão comum, não o há para o Estado¹⁶⁹. Embora detenha o monopólio da ação fiscal, o Estado não pode vilipendiar os contribuintes toda vez que lhe faltam recursos para fazer frente às obrigações que lhe são próprias¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Frase comumente atribuída a Milton Friedman, que a utilizou como título de seu livro *“There’s No Such Thing as a Free Lunch”*.

¹⁶⁹ Alberto Carlos Almeida aponta a contradição manifestada pelos cidadãos brasileiros em suas opiniões sobre os tributos pagos no país. O autor cita pesquisas de opinião que revelaram o seguinte: “a grande maioria da população acha que não recebe em troca do governo de acordo com o que paga de impostos, acha que o governo aplica mal o dinheiro dos impostos, mas mesmo assim está disposta a pagar mais impostos para ter mais serviços públicos. Denota-se que, embora estejam cientes da carga tributária que lhes é imposta e que reclamem da qualidade dos serviços públicos, os cidadãos brasileiros ainda contam com o Estado para lhes servir, ao preço necessário. Se for preciso aumentar impostos, que seja”. (ALMEIDA, 2010, p. 146)

¹⁷⁰ Luciano Benetti Timm defende, com base nos estudos da Análise Econômica do Direito, que a tributação é o meio mais eficiente de promoção dos direitos sociais inscritos na Constituição. E justifica sua afirmativa em três razões: “Em primeiro lugar, a tributação (especialmente a de renda e não impostos indiretos que podem ser perversos) atinge a desigualdade com precisão e a todos, ao passo que a redistribuição via Direito Privado recai numa média grosseira. Nesse diapasão, pode ser que o mais rico nunca seja desapropriado, nem processado em juízo. Pode ser que os tribunais, tratem por acaso, uma ação contra uma pessoa mais rica com maior condescendência que de outra menos rica (por que os juízes foram diferentes em cada um dos casos). Ao passo que na tributação de renda, todos aqueles que ganham x reais, pagarão y% de imposto de renda. Em segundo lugar, porque a tentativa de redistribuição pode não trazer os efeitos sociais desejados, já que as partes sempre poderão renegociar os termos do contrato ou da desapropriação (como se teve notícia em alguns dos assentamentos rurais no Brasil inclusive) e despejar o custo da redistribuição na sociedade (como via aumento de juros no cheque especial, no prêmio do seguro, etc). Em terceiro lugar, a redistribuição de riquezas no âmbito do Direito Privado (via intervenção nos contratos, na propriedade) não ocorre sem custos de transação (custos de informação, de negociação, de monitoramento, de fazer cumprir promessas). Como diz o Prof. Cooter, para cada real que se transfere de

Além das limitações orçamentárias e financeiras, já anteriormente abordadas no presente trabalho, o Estado necessitou buscar agilidade na execução de obras e serviços públicos. A burocracia que rege as contratações e execuções diretas de obras e serviços pelo Estado contrapõe-se ao ritmo que a sociedade exige, o que tornou imperativo ao Estado valer-se da iniciativa privada para adequar seus investimentos às técnicas atuais.

Já no contexto do Estado Regulador, passou-se a buscar alternativas de ação em prol do recém inaugurado princípio regente da Administração Pública brasileira: a eficiência. Assim, permeado pelo contexto econômico, começaram a surgir mecanismos de ação que conferiam nova face ao Direito Administrativo nacional.

O Neoadministrativismo é marcado pela implantação prática do Estado Regulador. A privatização de serviços públicos e sua submissão às agências reguladoras setoriais e o disciplinamento das Parcerias Público-Privadas são os institutos focados na presente obra como exemplificativos dessa nova fase. Mas o Neoadministrativismo não se limita a eles. Abrange o regramento aplicável às licitações, as concessões comuns (da Lei Federal n. 8.987/95) e as parcerias com entidades de Terceiro Setor.

Por meio dessas medidas, o Direito Administrativo tornou possível ao Estado modernizar sua atuação. E essa tendência tem sido aprofundada ao longo dos anos. É o que demonstra um rápido olhar sobre a evolução cronológica daquelas figuras.

A normatização das regras aplicáveis às licitações públicas tem sido desenvolvida de modo a dar agilidade aos certames. As licitações públicas foram previstas como princípio constitucional pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, no inciso XXI, do art. 37, e disciplinadas posteriormente pela Lei Federal n. 8.666/93¹⁷¹. Apesar de toda a sistemática proposta na Lei n. 8.666/93, detectou-se a necessidade de conferir agilidade ao sistema de aquisições de bens e serviços

alguém para outra pessoa, outro real é gasto nesse custoso processo de transferência”. (TIMM, 2010, p.58)

¹⁷¹ O Decreto nº 2.926/1862 foi o primeiro instituto a regulamentar as compras e alienações no âmbito federal. Após sucessivas leis, o sistema foi reorganizado com o Decreto nº 4.536/1922. Foi também objeto da reorganização administrativa de que tratou o Decreto-Lei nº 200/1962, com posterior alteração pela Lei Federal n. 5.456/1968 Foi regulamentado pelo Decreto-Lei nº 2.300/86, sendo atualizada em 1987, com os Decretos-lei nº 2.348 e 2.360, em etapa anterior ao atual sistema de organização das Licitações e Contratos Administrativos.

comuns, o que foi possível por meio do Pregão. Esta modalidade foi instituída pela Medida Provisória n. 2.026/2000, que restou transformada na Medida Provisória n.º 2.182, reeditada sucessivamente por 18 vezes. Foi por meio da Lei Federal n. 10.520/2002, que o Pregão ganhou vida permanente e passou a ser aplicável também aos Estados e Municípios.

Cabe destacar que a primeira previsão do uso do Pregão ocorreu na Lei Federal n. 9.742/1997, a Lei Geral das Telecomunicações, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Em seus arts. 54 a 59, a lei previu o uso dessa modalidade para contratações, com exceção de obras e serviços de engenharia.

Percebe-se que a agilidade necessária ao funcionamento de uma agência reguladora – no caso, ANATEL – deu ensejo à criação de uma nova modalidade licitatória, mais adequada à dinâmica da atividade regulatória.

O Pregão permitiu a obtenção de maior celeridade em razão da inversão de fases entre o julgamento da proposta de preços e a posterior análise da habilitação dos licitantes, ou somente do licitante vencedor. E tornou possível maior economia, através dos lances de preços apresentados pelos licitantes¹⁷² e da possibilidade de realização do procedimento na forma eletrônica. Suas regras indicam o aperfeiçoamento do regime de licitações e a ampliação da economicidade, competitividade e transparência do certame.

A mais recente inovação na seara das contratações públicas ocorreu com o Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Surgido na Medida Provisória n.º 527 de 2011, posteriormente convertida na Lei 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratações inicialmente se destinou às contratações necessárias à realização da Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Em nova busca por eficiência e celeridade, o RDC tinha como escopo principal as obras de infraestrutura nas cidades-sede dos eventos supracitados. Dentre as inovações trazidas, denota-se a preocupação com a economicidade. Tal fato pode ser percebido na determinação de sigilo no orçamento da obra¹⁷³, até o encerramento da licitação, de

¹⁷² Não se adentrará as regras específicas aplicáveis ao Pregão, por não se tratar de objeto do presente estudo.

¹⁷³ Art. 6.º Observado o disposto no § 3.º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos

modo a não vincular a proposta dos licitantes e a incentivar o oferecimento de preços mais vantajosos à Administração, e na possibilidade de contratação integrada por uma única empresa, composta do desenvolvimento dos projetos básico e executivo, execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, realização de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto¹⁷⁴. Não obstante, o RDC manteve as inovações do Pregão – inversão de fases¹⁷⁵ e processamento eletrônico¹⁷⁶. E

quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. (BRASIL, 2011)

¹⁷⁴ Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: [...] V - contratação integrada. Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. (BRASIL, 2011)

¹⁷⁵ Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

instituiu nas contratações públicas mecanismos eminentemente econômicos, como a possibilidade de remuneração variável, de acordo com o desempenho do contratado¹⁷⁷ e o chamado “contrato de eficiência”¹⁷⁸, o qual corresponde ao adicional pecuniário de remuneração baseada na economia gerada para o erário.

A contextualização da nova face do Direito Administrativo no bojo do Estado Regulador toma forma prática através das Agências Reguladoras. A sucessiva criação de agências setoriais em nível federal e a sedimentação de sua atuação conferem legitimidade ao modelo, embora, na prática, ainda enfrente dificuldades na execução de suas funções¹⁷⁹.

Em outro instituto, as concessões públicas, também se vislumbrou evolução recente. Embora a Lei Federal n. 8.987/95 já tenha nascido sob a égide do novo paradigma, e que suas legislações subsequentes (Leis Federais n. 9.648/98 e n. 11.196/05) tenham seguido essa tendência, a instituição das Parcerias Público-Privadas, por meio da Lei Federal n. 11.079/2004, moldou uma nova forma de acordo entre a Administração e os parceiros privados.

I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V - habilitação; VI - recurso; e VII - encerramento. (BRASIL, 2011)

¹⁷⁶ Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial. (BRASIL, 2011)

¹⁷⁷ Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. (BRASIL, 2011)

¹⁷⁸ Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada. (BRASIL, 2011)

¹⁷⁹ As agências reguladoras enfrentam atualmente problemas advindos de dificuldades políticas, como a já mencionada constante vacância de cargos de direção, o que prejudica seu quórum deliberativo. Mas, apesar disso, a atuação desses institutos está delineada e não se vê atualmente grande controvérsia quanto à legalidade de seu exercício ou de sua existência.

Por fim, o quadro exemplificativo dos institutos que traduzem o Neoadministrativismo se completa com as entidades de Terceiro Setor que firmam parcerias com o Poder Público. Esse modo de atuação, firmemente calcado no princípio da subsidiariedade, visa conferir eficiência na aplicação de recursos e nos resultados das ações estatais, em especial, naquelas de cunho social.

As parcerias por meio de Organização Sociais (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) foram disciplinadas pelas Leis Federais n. 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente. As parcerias poderão tomar forma de Contrato de Gestão ou Termo de Parceria. Em ambos os casos, haverá atuação direta da entidade, com subsídio total ou parcial do Estado, para a execução de atividades e objetivos predefinidos, e submetida à constante fiscalização e acompanhamento do Poder Público.

As parcerias ganharam estatuto próprio, com o advento da Lei Federal n. 13.019, de 31 de julho de 2014, o chamado “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”. Esta disciplinou os repasses de recursos às entidades, suas formas de aplicação e prestação de contas¹⁸⁰. Circunscreveu os instrumentos a finalidades específicas: os convênios às relações entre entes federados¹⁸¹, Termo de Colaboração às parcerias propostas pela Administração Pública¹⁸² e Termo de Fomento¹⁸³ para as parcerias de iniciativa das entidades da

¹⁸⁰ O contexto de debate e aprovação da Lei Federal n. 13.019/14 decorrer de uma série de escândalos envolvendo a aplicação de recursos públicos em entidades não-governamentais que, aparentemente, não se destinavam aos fins declarados. Juntamente com a Lei de Acesso à Informação e a Lei Anticorrupção, formou o conjunto normativo editado nos últimos anos com vistas a combater atos de corrupção.

¹⁸¹ Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados. (BRASIL, 2014)

¹⁸² Art. 2.º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VII - termo de colaboração: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pela administração pública, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis n.ºs 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999. (BRASIL, 2014)

¹⁸³ Art. 2.º Para os fins desta Lei, considera-se:

sociedade civil. E impôs medidas de transparência e critérios objetivos para a escolha da entidade que receberá aporte de recursos públicos¹⁸⁴.

[...]

VIII - termo de fomento: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pelas organizações da sociedade civil, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis n^{os} 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999. (BRASIL, 2014)

¹⁸⁴ Art. 23. A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos, simplificados e, sempre que possível, padronizados, que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos órgãos da administração pública, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei.

Parágrafo único. Sempre que possível, a administração pública estabelecerá critérios e indicadores padronizados a serem seguidos, especialmente quanto às seguintes características: I - objetos; II - metas; III - métodos; IV - custos; V - plano de trabalho; VI - indicadores, quantitativos e qualitativos, de avaliação de resultados.

Art. 24. Para a celebração das parcerias previstas nesta Lei, a administração pública deverá realizar chamamento público para selecionar organizações da sociedade civil que torne mais eficaz a execução do objeto.

§ 1^o O edital do chamamento público especificará, no mínimo: I - a programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria; II - o tipo de parceria a ser celebrada; III - o objeto da parceria; IV - as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; V - as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso; VI - o valor previsto para a realização do objeto; VII - a exigência de que a organização da sociedade civil possua: a) no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ; b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; c) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.

§ 2^o É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos concorrentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria. (BRASIL, 2014)

Em todos os elementos mencionados, encontram-se atualizações legislativas recentes, que guardam em comum a busca pela eficiência, pela celeridade e pela preocupação com a melhor alocação de recursos públicos.

Ainda que o olhar jurídico indique a inscrição dos escopos do Estado na Constituição Federal, sabe-se que não há como distanciar-lo da realidade na qual se encontra imerso. A economia e as flutuações econômicas influenciam mercados, empresas, pessoas, enfim, influenciam todos os agentes que compõem o conjunto social da qual se origina o Estado. Entretanto, essa interconexão não indica a sobreposição de uma ciência sobre a outra, mas a contínua interação entre elas. Ao se assimilar e identificar os elementos econômicos que influenciaram, direta ou indiretamente, as transformações ocorridas no Direito Administrativo, passa-se a melhor compreendê-lo e, necessariamente, a utilizá-lo como meio de atingimento da finalidade maior, o interesse público.

Demonstrar-se-á, adiante, exemplificativamente, como a Economia influenciou a conjuração dessas políticas e como sua influência já se faz presente no Direito Administrativo.

4.3 A INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA NOS INSTITUTOS DO NEOADMINISTRATIVISMO

Na evolução do Direito Administrativo, hodiernamente marcada por seu aspecto regulatório, são identificados diversos elementos que acusam a presença da Economia em seus elementos fundamentais.

A presente e constante interação entre o Direito Administrativo e a Economia é perceptível a partir da leitura de alguns de seus instrumentos, notadamente, aqueles inaugurados a partir da década de 90 do século passado. Poder-se-ia dizer que os instrumentos de administração pública instituídos a contar daquela década utilizaram-se de conceitos econômicos na formulação de suas políticas. Não coincidentemente, foi nesse período que se passou a caracterizar o Estado pela função que se lhe tornou premente: a regulatória.

Importa, ainda, ressaltar que mesmo diante da instituição de mecanismos que evidenciam a aproximação entre o “público” e o “privado”, é o Estado o agente propulsor das mudanças. O protagonismo exercido pelo Estado não autoriza o discurso de preponderância do mercado, ou de interesses privados quaisquer, nesta nova fase do Direito Administrativo.

Em suma, as instituições são importantes para o desenvolvimento econômico em primeiro lugar porque o Estado, enquanto agente fundamental da ação coletiva, é uma instituição capaz de promover uma estratégia de desenvolvimento. Ora, o desenvolvimento econômico é quase invariavelmente fruto de uma estratégia nacional. Em segundo lugar, porque o Estado é a matriz das demais instituições, que poderão ser favoráveis ou um impedimento ao desenvolvimento. Em terceiro Lugar, porque o mercado competitivo é uma construção sócia, é a principal instituição e a principal estratégia que uma sociedade usa para promover seu desenvolvimento. Em quarto porque, para que o mercado funcione e os investimentos se realizem, é preciso que as instituições assegurem a propriedade e o contrato. Mais do que isto, porém, é preciso, em quinto lugar, que se assegurem boas oportunidade de investimento para os empresários. Por isso, além de defender a concorrência no mercado, as instituições e as políticas econômicas (instituições de prazo mais curto) devem buscar corrigir suas falhas de mercado. Em sexto lugar, as instituições precisam garantir a estabilidade macroeconômica que não se limita ao controle da inflação, mas inclui o equilíbrio das contas externas, das contas públicas, e um razoável pleno emprego. Desenvolvimento sem o uso mais completo e o mais eficiente possível dos fatores de produção não faz sentido. (BRESSER-PEREIRA, 2005, p.8)

Nesse sentido, cabe averiguar a regulação do ponto de vista econômico, a fim de que seja possível identificar suas similitudes e dissociações com a perspectiva jurídica. Posteriormente, analisar-se-ão exemplos de normas de Direito Administrativo, abrangidas sob o que se denomina Neoadministrativismo, que acusam a presença de preocupações econômicas em sua formulação ou execução.

4.3.1 A má utilização dos incentivos econômicos nas licitações e contratos administrativos

As licitações públicas e os contratos administrativos, na forma como concebidos na Lei Federal n. 8.666/93, exemplificam a norma administrativista que privilegia a forma e o controle em detrimento dos fins a que se destina. Por isso, no presente tópico, demonstrar-se-á exemplificativamente como a lógica econômica poderia contribuir para o seu incremento e melhor funcionamento.

Os pressupostos regentes dos certames licitatórios acabam por desvirtuar o objetivo da melhor contratação para a Administração, pois são majoritariamente focados no processo, e não na busca pelo melhor resultado. As amarras do procedimento acabam por gerar custos e não atingem o objetivo de garantia de isenção de ilicitudes. E, neste contexto, percebe-se a presença de elementos econômicos que explicam as disfunções do processo¹⁸⁵.

A começar pela assimetria informacional existente entre o contratante (Administração Pública) e os licitantes. Quando o licitante possui muito mais informações sobre o objeto licitado do que a administração já na fase pré-contratual, estar-se-á diante de uma situação de “seleção adversa”¹⁸⁶. Dessa forma, o licitante possui uma

¹⁸⁵ Sundfeld critica os resultados da aplicação da Lei 8.666/93: “A primeira é que muita burocracia e dirigismo legal inibem mais a gestão que a corrupção, como provam os 20 anos da lei 8.666/93, a famosa lei de licitações, que burocratizou muito e não teve tanto efeito sobre os corruptos. A lei impôs licitação aberta para quase tudo e exigiu que os julgamentos fossem hiper objetivos (pelo menor preço). Mas esse sistema não faz sentido, por exemplo, na contratação de serviços de consultoria, em que a apreciação subjetiva do gestor público (quanto à confiabilidade do consultor, entre outros elementos) é decisiva para uma boa contratação. Só que a lei e as interpretações dos órgãos de controle, sempre limitadoras, não aceitam esse tipo de apreciação. O resultado da rigidez é que o estado sofre com serviços de consultoria muito ruins ou precários - ou recorre a alguma manobra, fugindo das regras”. (SUNDFELD, 2017, p. 1).

¹⁸⁶ Browning e Zupan ilustram o conceito de seleção adversa através do seguinte exemplo: “Menos de 4% de todos os doadores de sangue recebem dinheiro pela doação. A principal explicação para o chamado *comércio do sangue* não ser mais comum é a seleção adversa. Os críticos da doação em troca de dinheiro argumentam que, quando as pessoas estão motivadas a doar sangue por motivação financeira, é maior a probabilidade de os bancos de sangue atraírem doadores que estão desesperados por dinheiro por serem viciados em drogas ou em álcool, ou por terem alguma doença infecciosa séria. Com efeito, numerosos

vantagem em relação ao contratante, o qual normalmente está ciente disso. O contratante determina os critérios de qualificação técnica e econômica (além da qualificação fiscal, já especificada na Lei 8.666/93) para tentar aferir a capacidade de o licitante executar o objeto. Mas acaba por ficar à mercê de definições mais objetivas a respeito da técnica e especificidades do objeto, o que normalmente ocorre quando se tratam de itens muito específicos, como produtos químicos destinados ao tratamento de água ou equipamentos médicos.

Marcos Nóbrega alerta para o risco que advém da seleção adversa:

[...] por conta da seleção adversa, muitos problemas surgem em licitações. Em obras, por exemplo, não é incomum o licitante assinar o contrato já de antemão sabendo que não irá cumpri-lo, executar uma parte da obra e interromper a execução alegando desequilíbrio econômico-financeiro diante da existência de caso fortuito e força maior. Assim, a administração fica diante de um impasse, que poderá, muitas vezes, levar à paralisação da obra. Se isso ocorrer, poderá, com base no art. 24, da Lei n. 8.666/93, contratar o segundo colocado com dispensa de licitação com base no remanescente da obra. Ocorre que o segundo colocado será chamado para executar o contrato pelo preço ofertado pelo primeiro, o que resta certamente inviável. (NÓBREGA, 2012, p.409)

O mesmo autor destaca que a empresas comumente tornam-se vencedoras dos certames e firmam contratos com a administração com base em jogo de planilha, ou seja, apresentam propostas integradas por planilhas que descrevem seus custos de forma irreal, subestimando ou até omitindo custos inerentes à execução do objeto (NÓBREGA, 2012, p. 409). Após firmado o contrato, buscam restabelecer seus custos e seu ganho via reequilíbrio econômico-financeiro, pelo permissivo legal. E, desta forma, a Administração fica entre duas hipóteses: a paralisação da obra (e possivelmente, sua inexecução, com todos os percalços administrativos e políticos dela decorrentes) ou a concessão do

estudos observaram que a hepatite, doença que pode ser transmitida por meio da transfusão de sangue e que inflama o fígado e pode ser fatal, tem maior probabilidade de estar presente em sangue coletado comercialmente do que no sangue doado por pessoas desprovidas de interesse financeiro” (BROWNING; ZUPAN, 2004, p. 293).

reequilíbrio econômico-financeiro, muitas vezes em ciente ofensa legal, pois não há caso fortuito ou força maior que o justifique.

Percebe-se que o arcabouço normativo que rege as licitações movimenta-se por uma lógica que vai de encontro aos objetivos da melhor e mais eficiente contratação. E, passados mais de vinte anos da vigência da Lei 8.666/93, os atores por ela regidos já aprenderam a lidar com as suas brechas e incongruências para atender aos próprios interesses.

Há outro conceito econômico que interessa às licitações: o moral hazard (risco moral). Nesta hipótese de assimetria informacional, a vantagem do licitante, agora contratado, surge após a assinatura do contrato. É o caso da empresa que começa a executar um contrato e, aos poucos, vai baixando a qualidade dos produtos empregados, a fim de reduzir seus custos. Isso ocorre com frequência, dada a incompletude dos contratos, que não contêm a descrição precisa dos materiais e qualidade a ser empregada na execução do objeto. E, dessa forma, a vantagem informacional retida pela contratada mantém-se ao longo do contrato, por ignorância da administração ou omissão quanto à qualidade dos materiais empregados.

São todos exemplos de incongruências do sistema licitatório que levam a um sem-fim de tradeoffs entre legalidade e eficiência (NÓBREGA, 2012, p. 415).

Ademais, não se tem notícia de estudos econômicos que analisem o custo efetivo das licitações, o quantum de recursos financeiros e de força de trabalho empregada em processos que comumente não se revelam vantajosos à Administração, seja pelo preço final ou pela qualidade do bem adquirido ou do serviço contratado. Sob argumento de se conferir ao sistema a maior austeridade e legalidade possível, abrem-se brechas e, principalmente, criam-se ineficiências que poderão custar mais caro ao sistema do que eventualmente os potenciais danos que pretensamente foram evitados.

Nos contratos administrativos, a análise econômica aponta a presença de “custos de transação” que influenciarão os itens que integrarão as regras a que a execução do objeto estará vinculada. Denominam-se custos de transação¹⁸⁷ os custos que envolvem itens

¹⁸⁷ Sem querer esgotar a teoria, importa dizer que os *custos de transação* foram objeto de estudo de Ronald Coase em seu artigo “The Problem of Social Cost” (O Problema do Custo Social), de 1960, publicado no *Journal of Law and Economics*. Segundo o autor, a regulação extrafiscal exercida pelo Estado pode gerar mais custos do que a externalidade¹⁸⁷ que combate. Ao analisar um

além do custo da produção de um bem, sejam custos de adquirir um equipamento, de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato¹⁸⁸.

Os contratos administrativos¹⁸⁹ são os instrumentos de acordo de vontade destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, conforme facultado legislativamente e em que uma das partes esteja no exercício de função administrativa (JUSTEN FILHO, 2014, p.918). Em acepção simplificada, formalizam e condicionam a existência de uma relação negocial entre a Administração Pública e, neste caso, um parceiro privado. Sejam derivados de um procedimento licitatório que

hipotético impasse entre uma fábrica poluidora e o condomínio vizinho incomodado pela poluição, Coase defende que o caso não deve ser analisado do ponto de vista da externalidade negativa gerada ao condomínio, uma vez que caso os custos da mudança desse forem inferiores aos custos de redução da poluição, a externalidade passa a ser suportada pela fábrica. A questão, para o autor, centrava-se na maximização do benefício geral. “Partindo dessa observação, Coase conclui pela irrelevância do conceito de externalidades e assim cristaliza seu teorema fundamental de que na ausência de custos de transação, a atribuição dos direitos de propriedade em nada altera a alocação final dos bens entre as partes. [...] Coase demonstra que por mais que se fixasse legalmente o direito de o condomínio exigir medidas ambientalistas da fábrica, se os custos de remoção do condomínio forem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica irá pagar aos condôminos para que se mudem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição” (COELHO, 2015, p. 8). Por isso, defende que a atuação estatal no domínio econômico deveria ser substituída pela autorregulação do mercado, que resolveria de maneira mais eficiente o problema das externalidades.

¹⁸⁸ Timm e Guarisse alertam para o seguinte fato: “Na presença de custos de transação, os mercados, sozinhos, não atingirão resultados eficientes sempre que o excedente econômico da transação seja menor que os custos de transação, de forma que não seja vantajoso para as partes concluírem o contrato”. (TIMM; GUARISSE, 2012, p.168)

¹⁸⁹ No presente enfoque, não serão abordadas as variedades de espécies dos contratos administrativos, tampouco as diferenças entre elas, por não constituírem o objeto da investigação. Sejam derivados de um procedimento licitatório que tenha por objeto uma contratação de obra ou serviço público, hipótese em que o contrato administrativo se assemelha a *contrato de adesão*, pois suas cláusulas são estabelecidas quando da publicação do edital, ou no caso de contratos de Parcerias Público-Privadas, onde há margem de negociação e compartilhamento de riscos (abordados em item posterior deste estudo), todos os contratos administrativos estão sujeitos à influência dos custos de transação.

tenha por objeto uma contratação de obra ou serviço público¹⁹⁰, ou contratos de Parcerias Público-Privadas, onde há margem de negociação e compartilhamento de riscos (abordados em item posterior deste estudo), todos os contratos administrativos estão sujeitos à influência dos custos de transação.

Nos contratos administrativos, a identificação dos custos de transação presentes permite compreender sua influência sobre a execução e o custo¹⁹¹, que abará os reflexos financeiros decorrentes dos itens apontados a seguir¹⁹²:

¹⁹⁰ Nesta hipótese, o contrato administrativo se assemelha a *contrato de adesão*, eis que suas cláusulas são estabelecidas quando da publicação do edital e integram o rol de regramentos aplicáveis ao certame, impedindo a negociação posterior e restando ao adjudicante a contratação nos moldes preestabelecidos pela Administração.

¹⁹¹ Marcos Nóbrega comenta a contribuição da abordagem juseconômica à análise dos contratos administrativos: “Percebe-se que essa abordagem multidisciplinar em muito contribuirá para mudar os paradigmas com os quais estão fincados (*sic*) as bases do nosso modelo contratual clássico. Em assim fazendo novas avenças estarão certamente muito mais aptas para atender aos interesses nos contratantes (*sic*), diminuindo as ineficiências do sistema e os custos dos litígios judiciais. Dessa forma, a análise dos custos de transação, rompendo a análise tradicional dos contratos, deverá ser microanalítica e mais consciente das hipóteses sobre o comportamento e incentivos dos agentes contratantes”. (NOBREGA, 2009, p.5)

¹⁹² Não obstante os exemplos citados de custos de transação presentes nos contratos administrativos, Marçal Justen Filho indica outro, derivado dos infortúnios que acarretam pedido de reequilíbrio econômico-financeiro pelos particulares: “A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inoressessem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública”. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1103)

A busca pelo consenso legislativo – para o alcance de uma ação estatal, seja um programa social, um serviço ou uma obra pública – aqui abrigados sob o termo política pública – há que se estabelecer o regramento aplicável. O processo político, do Executivo e do Legislativo, de busca de acordo em torno de uma política pública representa um custo de transação. Além do tempo e esforço gastos na busca por consenso e aprovação em uma política pública, ainda podem decorrer concessões não previstas, custos não estimados e demoras que comprometerão os resultados almejados. Ademais, “a existência de conflito e incerteza aumenta o custo de definição de regras claras e precisas e tende a promover leis e políticas públicas vagas” (PERES, 2007, p.21).

A falta de continuidade de políticas públicas - uma vez ultrapassada a primeira dificuldade de criá-la e formalizá-la, haverá risco de uma determinada política pública ser descontinuada em decorrência de alteração legislativa, da mudança de política de governo (inclusive por alterações político-partidárias) ou do contexto econômico.

A hipótese de prejuízo à política pública por mudanças no comando político é comum em especial quando há alternância entre partidos opositores. Mas, de qualquer forma, ainda que haja coalisão ou continuidade de governo, comumente os programas já implantados sofrem alguma alteração, mudam de nome, são ampliados ou desfocados, a fim de se conferir “nova paternidade” àquela política. Quanto às alterações derivadas do contexto econômico, decorrem de contingenciamento orçamentário resultante de maus resultados ou más projeções econômicas e fiscais. Veja-se que nenhum desses fatores é determinado pela negociação, tampouco pelos fatores que objetivamente influenciariam o contrato administrativo.

Falta de clareza sobre a política pública – verifica-se quando não há, por parte da sociedade civil, conhecimento ou clareza acerca dos benefícios privados ou custos associados à determinada política pública. Ocorre especialmente quando o financiamento de uma política se dá totalmente em função do pagamento de impostos, cujo ônus recai sobre boa parte da sociedade de forma não individualizada (PERES, 2007, p. 23).

Falta de consenso entre os atores - há, ainda, de se considerar o custo de transação advindo do fato de que os Poderes Executivo e Legislativo, a sociedade civil e a burocracia não têm necessariamente o

mesmo entendimento acerca das políticas públicas (PERES, 2007, p. 22), o que pode comprometer o resultado e a continuidade de suas execuções.

Diferentes razões justificam a presença dos custos de transação referidos. Os custos derivados da busca pelo consenso legislativo e da falta de consenso entre os atores envolvidos são próprios do debate democrático, que permite aos Poderes e à sociedade manifestar-se, seja por meio de seus representantes, ou de forma direta, acerca de seu juízo quanto à legalidade ou pertinência de uma política pública. Todavia, embora se origine do exercício democrático, essas características imporão, necessariamente, um custo adicional, a ser suportado pelas partes.

De outra feita, os custos de transação advindos da falta de continuidade de políticas públicas e falta de clareza sobre a política pública revelam uma conseqüência dos vícios que maculam a atuação administrativa. À falta de um projeto político suprapartidário, que venha ao encontro do interesse público, as políticas públicas oscilam entre inícios e descontinuidades, que comprometem seu resultado. E, quando não evitadas desse mal, a falta de transparência na exposição à sociedade dos reais objetivos das políticas públicas e, especialmente, dos custos que lhe serão imputados em sua execução transformam-se em um custo de transação quase inato às políticas públicas nacionais.

O rol de custos de transação influentes sobre o contrato administrativo não se limita aos exemplos citados. Há também o custo da incompletude contratual, abordado a seguir.

Ainda na seara dos aspectos econômicos dos contratos administrativos, a sua usual padronização nos órgãos estatais acaba por resultar no problema dos contratos incompletos.

Segundo a teoria econômica, são completos os contratos em que não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes ao longo de seu curso de execução, já que o instrumento delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação. E incompletos são os contratos que carecem de informações disponíveis para sua ampla realização, necessitando de pronunciamento judicial para que se determine a forma de sua execução.

A incompletude dos contratos é o seu padrão, visto que deriva da impossibilidade de previsão exaustiva dos fatores externos (externalidades) que podem influir na sua execução e da racionalidade limitada e comportamento oportunista dos agentes.

A Teoria dos Contratos Incompletos: com base no fato de que o desenho de contratos que considerem todas as contingências possíveis é custoso, a teoria considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas a posteriori. Tais teorias são fundamentadas pelo pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos e consideram que existe uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais. (...) Na área da Análise Econômica do Direito, a teoria concebe o contrato como uma forma de comunicar os objetivos destinados a obter a performance acordada. Reconhece a impossibilidade de definir contratos completos, entretanto assume que as cortes são capazes de resolver os conflitos pós-contratuais a custo zero e de modo não tendencioso. Portanto, os tribunais são os agentes capazes de implementar as modificações a que levam a otimizar o valor da relação, em substituição aos agentes privados. É mais importante a definição de regras para garantir a performance dos contratos e menos importante a lógica da transação que originou o contrato. (SZTAJN, ZYLBERSZTJAN, AZEVEDO, 2005, p. 109-110)

A Lei Federal n. 8.666/93 estabelece normas gerais dos contratos administrativos¹⁹³. Porém, a observância das exigências legais não garante o exaurimento das previsões completas de um contrato administrativo, como aquelas relativas à definição da qualidade da obra e indicativos de avaliação de seu cumprimento.

Lamarão afirma que

um contrato mais completo seria aquele capaz de prever estas e outras contingências, que afetam a sua onerosidade. Contudo, a busca do contrato mais completo pode esbarrar numa ponderação de custo-benefício, pois quanto mais completo for o contrato, menor a margem de negociação das partes. (2011, p. 17)

A afirmativa do autor não se aplica, ao contrário do que pretende, aos contratos administrativos. Isso porque, no âmbito dos contratos

¹⁹³ Em especial, nos artigos 54 a 80, da Lei n. 8.666/93.

administrativos comuns, derivados de procedimentos licitatórios, não há espaço para negociação entre as partes.

Em uma licitação, a minuta do contrato administrativo integra o edital e, com ele, estabelece as regras aplicáveis àquele processo de contratação pública. É de praxe que o teor do contrato siga inteiramente o que dispôs sua minuta, cabendo somente adaptá-lo às informações do licitante vencedor.

No curso do processo licitatório, sagrar-se-á vencedor o licitante que melhor atender aos requisitos da contratação, definidos pelo tipo de licitação, objeto licitado, além dos requisitos de habilitação técnica, jurídica e demais exigências legais. A estreita vinculação que guarda o edital e seus integrantes (dentre eles o contrato) e o procedimento licitatório vincula a contratação e a execução do objeto, inclusive para fins de aferição de descumprimento que pode ensejar a rescisão contratual. Por isso, uma vez definido o objeto, as regras editalícias, realizado o procedimento licitatório e homologada a licitação, não há margem de negociação entre a Administração Pública (contratante) e o ente privado (contratado). O contrato será firmado nas condições vigentes na licitação, que foram previamente estabelecidas.

Por isso, não há que se falar em vantagem financeira, ou ponderação custo-benefício, da incompletude das previsões do contrato administrativo. O contrato será, efetivamente, incompleto ante a impossibilidade de se prever todas as externalidades passíveis de influir sobre o mesmo e da racionalidade limitada e a assimetria informacional, que são características inescapáveis da relação entre Administração e o ente contratado. Afora as razões indissociáveis que justificam a incompletude, o contrato administrativo deverá ser tão completo quanto possível, a fim de que sejam resolvíveis, pela Administração Pública, todos os entraves possíveis à sua execução.

A extensão das previsões do contrato configurará efetivamente um custo de transação, mas será um custo que atenderá à legalidade e conferirá à Administração maior grau de segurança jurídica.

4.3.2 Os incentivos econômicos presentes nas Parcerias Público-Privadas

As Parcerias Público-Privadas (PPP), já anteriormente expostas, exemplificam típico caso de legislação abrigada pelo o que ora se denominou Neoadministrativismo. Isso porque tratou de aliar conceitos econômicos em sua normatização, a fim de criar incentivos aos entes privados em investimento necessários ao país.

Da mensagem do Projeto de Lei n. 2546/2003, que continha o conteúdo posteriormente transformado na Lei Federal n. 11.079/2004, encaminhada pelos Ministros da Fazenda e do Planejamento à época ao então Presidente da República, extrai-se trecho que destaca a necessidade do firmamento de parcerias junto aos entes privados para desonerar o Estado do capital necessário ao cumprimento dessas obrigações:

As Parcerias Público-Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infra-estrutura viária ou elétrica. Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e uma vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto – PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização. (BRASIL, PL 2546/2003)

O principal escopo que dirige as PPPs é a eficiência econômica¹⁹⁴. Em diversos pontos, a Lei Federal n. 11.069/2004 determina o alcance dessa finalidade por meio do compartilhamento de ganhos entre o contratado e a Administração Pública, o que faz com que ambos busquem melhor atingir as finalidades contratadas, a fim de que aumentem seu ganho.

A começar pelo fato de que, nas PPPs, o parceiro privado só recebe pagamentos do Estado na medida em que os serviços contratados forem sendo prestados¹⁹⁵. Isso o torna verdadeiro financiador da

¹⁹⁴ Pedro de Menezes Niebuhr, ao rebater os argumentos que justificariam a adoção das PPPs, encontra na eficiência seu único fundamento: “A única justificativa plausível remete ao princípio da eficiência, na medida em que as parcerias público-privadas devem ser a solução mais adequada para a prestação de certas atividades ou para a execução de determinadas obras de infra-estrutura”. (NIEBUHR, 2008, p. 177)

¹⁹⁵ “Art. 7º: A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada”. (BRASIL, 2004).

obra¹⁹⁶, cuja amortização do capital investido se dará ao longo do contrato¹⁹⁷.

Dessa forma, quanto mais ágil for a execução dos serviços, ou o quão antecipado puder ser seu início, melhor ao contratado, que poderá iniciar a cobrança pelo serviço, ou parte dele, quando entregue à Administração.

Ademais, é possível nas PPPs que o projeto também seja executado pelo parceiro contratado¹⁹⁸. À Administração cabe determinar as metas e objetivos advindos da contratação. Ao ente privado, elucidar a melhor e mais eficiente forma de atingimento da finalidade estabelecida¹⁹⁹.

Porém, a própria opção pela adoção de alguma modalidade de PPP será necessariamente averiguada ante as características dos serviços

¹⁹⁶ A esse respeito, comenta Alexandre Santos de Aragão: “Dessa forma, o Estado lança mão também de uma criativa – e não muito explícita – nova forma de financiamento do custos de infra-estruturas que não possam ser amortizadas apenas com tarifas. Ao invés de realizar uma operação de empréstimo direta com uma instituição financeira para obter esses recursos, contrata uma empresa privada que, via de regra, vai por sua conta realizar uma similar operação de crédito para efetuar as obras e prestar os serviços contratados. Mas como a tarifa não é suficiente (concessões patrocinadas) ou é até mesmo inexistente (concessões administrativas), o Estado irá aos poucos – ao longo do prazo de vigência do contrato e apenas depois de disponibilizado o serviço – pagando pelo montante despendido previamente pela empresa privada” (ARAGÃO, 2005, p. 3).

¹⁹⁷ Embora os financiamentos privados sejam notadamente mais caros do que os títulos de mercado que poderiam ser emitidos pelo Estado, há que se pontuar, nesse caso, a vantajosidade advinda do não cômputo do financiamento para execução da PPP como dívida pública, eis que será contraído pelo ente privado. Dessa forma, o Estado não fica sujeito aos limites de endividamento impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). Cabe ainda pontuar que existe a possibilidade de financiamento via BNDES às empresas firmadoras de contratos de PPP, o que tende a diminuir os custos do financiamento, benefício que, pela natureza das PPPs, também alcançará a Administração, conforme determina o inciso IX, do art. 5º, da Lei 11.079/2004.

¹⁹⁸ Barbosa esclarece que o art. 11 da Lei 11.079/2004, que exigia projeto básico para a contratação de PPP sofreu veto do Presidente da República, passando a prevalecer então a “referência geral da Lei de PPPs à Lei n. 8.789, de 23 de fevereiro de 1995, que permite a contratação de concessões com meros elementos do projeto básico”. (BARBOSA, 2005, p.6)

¹⁹⁹ As metas e padrões de qualidade também servirão na hipótese de pagamento de remuneração variável ao contratado, que estará vinculado ao seu desempenho, conforme determinar o contrato (art. 6º, §1º, da Lei 11.079/2004).

envolvidos, em especial no que toca aos seus aspectos econômicos, conforme elucidada Floriano Azevedo Marques Neto²⁰⁰:

As PPP não são nem o apanágio para todas as necessidades da Administração Pública. Também não são a manifestação última da destruição do interesse público (seja lá o que se entenda por isso). São um mecanismo a mais para permitir a oferta de utilidades públicas aos cidadãos. A opção por um modelo de PPP deverá ser sempre analisada pelo poder público a partir de testes de custo-benefício. Primeiramente, deve-se avaliar os ganhos em termos de eficiência entre implantar o operar tal utilidade pública diretamente pela Administração, pelos mecanismos contratuais tradicionais (contrato administrativo típico) ou por uma das modalidades de concessão (comum administrativa ou patrocinada). Este estudo deve ser feito com isenção e responsabilidade. Decidido por um modelo de delegação por concessão, deve-se tentar verificar o ponto ótimo de envolvimento de recursos públicos e privados e as modalidades de remuneração mais aderentes à capacidade de pagamento dos usuários, objetivos de universalização (de acesso e fruição) à utilidade e capacidade de pagamento do poder público. Após isso se deve buscar a melhor alocação dos riscos e obrigações para cada partem adotando um critério de avaliação econômica objetivo e fundamentado (a chamada matriz de risco). Por fim, será fundamental recorrer a um

²⁰⁰ Sidney Bittencourt, por sua vez, defende a PPP como modelo para solução ampla dos problemas enfrentados pelo Estado: “De nossa parte, como já acentuamos, diante do cenário que propiciou o surgimento das PPPs, navegamos nas águas dos que consideram a nova solução para resolução dos problemas de toda a ordem que o Estado se depara, notadamente de infraestrutura, um trunfo importante, ou seja, mais uma útil ferramenta para o crescimento e o desenvolvimento. Sem a menor sombra de dúvida, sem recursos suficientes para os investimentos necessários, o Estado cada vez mais necessita da colaboração dos entes privados. Entendemos, por conseguinte, que a situação constitui uma via de mão dupla: com a colaboração dos parceiros privados o Estado se fortalece, o País se desenvolve, a sociedade se beneficia, cresce, progride, e, com isso, evidentemente, o setor privado auferirá benefícios, com possibilidades sempre maiores de lucro, seu intuito principal”. (BITTENCOURT, 2011, p.32).

processo de licitação aberto e apto a selecionar efetivamente a melhor proposta, conseguindo assim assenhorear para o erário ou para o usuário as vantagens da eficiência dos particulares na gestão dos serviços. (MARQUES NETO, 2011, p. 29).

E deverá estar presente a demonstração que justifique a conveniência e a oportunidade da contratação e opção pelas formas de parceria público-privada²⁰¹. Dentre os motivos expostos para justificar a adoção de uma modalidade de PPP, em especial, deve constar a explicitação da sua economicidade em detrimento das demais opções contratuais de que dispõe o Estado.

Está pressuposto nesse critério que a PPP é uma alternativa no universo das opções que a Administração possui para contratar a mesma utilidade. Mas o dispositivo dá a entender que a adoção da PPP necessita de uma espécie de motivação qualificada. [...] a tarefa do administrador, ao se valer de uma PPP, é justificar o complemento da remuneração do concessionário (caso da concessão patrocinada) ou da contratação de um serviço acompanhado de investimentos em infraestrutura, instalações ou equipamentos (caso da concessão administrativa). (SILVA, 2011, p. 78)

²⁰¹ “Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1o do art. 4o da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato”. (BRASIL. 2004)

Em especial, importará na adoção da PPP o resultado advindo da averiguação de seu *Value for Money*, ou seja, da avaliação da melhor utilização dos recursos públicos²⁰². A apuração dos custos encontra previsão na Lei 11.079/2004, nos incisos I, II e IV, todos do art. 10203.

O dimensionamento do Value for Money durante a fase da tomada de decisão de contratar define se a configuração de um certo projeto deve ser submetida ou não a um contrato de PPP. Para tanto, adota-se um padrão de desempenho ótimo, excluída a PPP, que servirá como termo de

²⁰² Fernão Justen de Oliveira informa que “A apuração do *Value for Money* é obrigatória porque a busca pelo *Best Value for Money* [o objetivo que a Administração persegue durante o processo de elaboração e contratação da PPP] consiste em diretriz do art. 4º, inc. VII, da Lei de PPP. Sua aplicação estabelece que a parceria público-privada será avaliada como necessária diante da baixa atratividade natural de determinada prestação de serviço, seja pela virtual impossibilidade ou dificuldade extrema de cobrança de tarifa (como em parte dos serviços de limpeza urbana), seja pela inviabilidade econômica do produto da cobrança de tarifa, por exemplo, quando não houver usuários em quantidade suficiente para conferir rentabilidade à exploração do serviço apenas por meio da tarifa deles recolhida” (OLIVEIRA, 2007, p. 156).

²⁰³ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

- a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
- b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e
- c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública. (BRASIL, 2004)

comparação, denominado *Public Sector Comparator* (PSC). (OLIVEIRA, 2007, p. 155)

De acordo com este entendimento, a Administração deverá investigar se, como, e quanto custaria caso promovesse a execução do objeto sem a participação da iniciativa privada, a fim de que tenha melhores condições de avaliar os custos envolvidos na operação.

Em objeção a esse entendimento, Lucas Navarro Prado, ao analisar a aplicabilidade do *Public Sector Comparator* (PSC), aponta dificuldades operacionais que impedem sua execução no Brasil:

A análise quantitativa por trás desse modelo pode ser bastante sofisticada. O problema de sua aplicabilidade no Brasil está justamente na dificuldade de encontrar dados seguros sobre os custos de implementação de um projeto pela Administração Direta ou Indireta, por meio de contratos tradicionais sob o regime da Lei n. 8.666/93. Na prática, isso significa dizer que é muito difícil saber quanto custa efetivamente uma obra ou um serviço para o Poder Público. Além disso, uma comparação desse tipo implica quantificar os riscos assumidos pelo Poder Público quando opta pela via tradicional de investimento público, o que torna o exercício ainda mais desafiador. (PRADO, 2011, p. 57)

Diante da escassa base de dados, o autor sugere a adoção de critérios qualitativos que possam orientar a averiguação da conveniência na adoção da PPP, quais sejam:

1. Estabilidade das especificações contratuais;
 2. Objetividade e mensurabilidade das especificações contratuais;
 3. Investimentos relevantes em termos de dimensão e risco;
 4. Despesas de operação e manutenção relevantes em relação ao total de despesas do projeto.
- (PRADO, 2011, p. 57)

Qualquer seja a forma de análise da viabilidade econômica da PPP, fato é que a lei determina sua apuração como elemento condicional e vinculante do ato administrativo²⁰⁴ que a instituir.

²⁰⁴ Como conceito de ato administrativo, adota-se a lição de Luiz Henrique Cademartori, que os compreende como “uma manifestação de poder-dever da autoridade pública ou de seu representante frente aos administrados ou no âmbito interno da organização estatal, a qual é vinculada por meio de uma

Além dos incentivos econômicos citados anteriormente, há de se destacar a previsão, no art. 8º da Lei 11.079/2004²⁰⁵, de garantias a serem prestadas pelo Poder Público em favor do ente privado no contrato de parceria público-privada.

Essa previsão ilustra a lógica imposta pelas Parcerias Público-Privadas, ao instituir o compartilhamento de riscos entre o ente público e o parceiro privado. Ao se instituir deveres de garantia entre ambas as partes, busca-se mitigar os ônus e, conseqüentemente, o custo do empreendimento.

Os mecanismos de garantia criados pela Lei n. 11.079/04 apenas referem-se à necessidade de mitigação do risco de crédito do Poder Público brasileiro, contribuindo para a viabilidade econômica do empreendimento a ser realizado por meio de PPP, na medida em que possibilitam uma redução do valor exigido pelos parceiros privados para participação em uma PPP. (SCHIRATO, 2011, p. 147)

Impende destacar que os requisitos de uma parceria público-privada, como investimentos superiores a 20 milhões de reais²⁰⁶ e com prazo de amortização de até 35 (trinta e cinco) anos²⁰⁷ fazem com que seja necessário oferecer maiores garantias ao parceiro. Ademais, os serviços que são objeto de PPP em geral são deficitários por não serem suficientes, por si só (por suas tarifas), a amortizar os investimentos e gerar lucro ao particular. Afinal, “o que pretende o particular que investe em alguma infraestrutura pública? Pretende ganhar dinheiro e ter um

declaração complementar da lei, a título de lhe dar cumprimento” (CADEMARTORI, 1999, p. 270).

²⁰⁵ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei. (BRASIL, 2004)

²⁰⁶ Art. 1º, §4º, I, da Lei 11.079/2004. (BRASIL, 2004)

²⁰⁷ Art. 5º, I, da Lei 11.079/2004. (BRASIL, 2004)

lucro deveras superior àquele que teria caso deixasse seu capital parado em qualquer investimento bancário que envolve pouco ou, às vezes, nenhum risco” (MIGUEL, 2011, p. 45). Desta forma, “em um ambiente de insegurança, e sem garantias capazes de minimizar os riscos, o capital se esconde” (idem, *ibidem*).

As características que diferenciam as PPPs do regramento comumente aplicável aos contratos administrativos têm em comum o abandono da desigualdade e da imperatividade que rege os contratos administrativos advindos das contratações comuns, via Lei n. 8.666/93, e das concessões previstas na Lei n. 8.987/98. A flexibilidade outorgada às PPPs visa diminuir seus custos de transação possivelmente advindos de falta de planejamento, alterações de projetos, insuficiência de recursos públicos no andamento das obras, inadimplência ou atrasos nos pagamentos aos contratados, problemas comumente verificados na execução de obras públicas.

Conforme anteriormente exposto, os itens retrocitados exemplificam a preocupação do legislador em tornar a PPP um instrumento economicamente atrativo ao capital privado.

4.3.3 O Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI

O presente exemplo de interação econômica nos institutos do denominado Neoadministrativismo traduz a iniciativa de unir sociedade e o Estado na busca pela melhor solução para atender a uma necessidade pública. Conhecido por Procedimento de Manifestação de Interesse²⁰⁸ (PMI), este mecanismo

É o instrumento pelo qual os particulares formalizam seu interesse em propor estudos, projetos e soluções para a Administração Pública, com vistas à estruturação futura de um projeto de concessão ou de PPP. Trata-se de uma hipótese de interlocução transparente entre os setores público e privado, harmonizada com o ambiente

²⁰⁸ Embora ora focado em sua aplicação nas Parcerias Público-Privadas (Lei Federal n. 11.079/2004), o PMI também está presente nos estados, que regulamentaram seu funcionamento por meio de decretos. Tem-se, por exemplo, o Decreto n. 57.289/2011, do Estado de São Paulo; Decreto n. 43.277/2011, do Rio de Janeiro; Decreto n. 12.653/2011, da Bahia e Decreto n. 2.889-R/2011, do Espírito Santo. No Estado de Santa Catarina, o PMI foi regulamentado pelo Decreto n. 962/2012.

institucional e legal vivenciado no presente.
(SCHIEFLER, 2014, p. 123)

O PMI abre a Administração à sugestão de particulares - solicitada ou espontânea - de estudos e projetos em processos de concessão comum ou parceria público-privada. Dessa forma, buscam-se informações técnicas que proporcionem ao Estado a modelagem da solução mais adequada aos fins propostos.

Quando proposto pela Administração, o PMI funciona como um “concurso de idéias”, através do qual se requer aos entes privados que proponham soluções para uma determinada necessidade pública da qual os agentes públicos não detenham pleno domínio, ante as novas técnicas e tecnologias desenvolvidas pelo setor pertinente.

Essa é a principal diretriz do PMI: diminuir a assimetria informacional que distancia as empresas e os estudiosos que atuam em determinado mercado e a Administração Pública. O procedimento propicia legitimidade e legalidade à coleta de informações pela Administração, as quais fomentarão o futuro certame de contratação do ente privado para a prestação do serviço.

Diante do diagnóstico da existência de um problema - a assimetria informacional - que resulta em contratações públicas piores, mais caras e defasadas, oportunizou-se a conjunção de esforços em favor da melhor solução a uma determinada questão de interesse público.

No caso do PMI destinado à execução de obra pública, a assimetria faz-se presente dos dois lados. Isso porque a Administração deterá conhecimento sobre o objetivo buscado, o orçamento disponível, além de dados inerentes do objeto (número de pessoas a serem atendidas, estimativa de veículos que transitarão na rodovia, etc.). O particular, por sua vez, conhecerá a técnica a ser aplicada para a consecução do objeto e saberá aplicá-la no empreendimento.

Bruno Pereira indica que, caso não sejam tomadas algumas precauções, o PMI poderia não solucionar o problema da assimetria informacional, ou ainda agravá-lo. O agravamento se daria pela assimetria decorrente das informações retidas pela empresa que atuou junto à Administração na formulação dos estudos em relação a seus concorrentes em uma licitação. Mas o próprio autor indica meios de suprimir esse risco, antes do lançamento do PMI. O primeiro deles diz respeito à definição do escopo do PMI, eis que

Quanto mais bem construído, detalhado e com sinalizações claras a respeito das expectativas, métodos de avaliação dos estudos e resultados que

a autoridade pública espera alcançar com os estudos, menor será o espaço para que o setor privado reforce a superioridade de informações que detém ou deterá em relação ao setor público. (PEREIRA, 2011, p.11)

Segundo, o Poder Público deverá definir, objetivamente, o perfil das pessoas (físicas ou jurídicas) que podem requerer autorização para participar do PMI, por meio do estudo do mercado e da análise da complexidade do objeto. Terceiro, deverá analisar o grau de interdependência dos projetos e estudos, e indicar se há viabilidade de ampliar a concorrência e permitir o estudo fracionado, ou se existe necessidade de uma só empresa realizar todos os estudos de forma integrada. Quarto, a Administração deverá definir as estratégias de divulgação dos projetos que pretende oportunizar o PMI, primando pela maior transparência, de modo a permitir que todos os interessados participem - inclusive universidades. Por fim, o quinto meio apontado pelo autor para diminuir as assimetrias informacionais corresponde à averiguação, pelo Poder Público, de situações que possam gerar conflitos de interesse e prejudicar o atingimento do escopo pretendido, as quais deverão ser previstas e vetadas (PEREIRA, 2011, p. 16)

Uma vez que sejam observadas as medidas tendentes a diminuir as assimetrias, a conjugação de interesses e troca de informações na fase de formulação das medidas administrativas tem o potencial de diminuir os desníveis de informação entre o mercado privado e a Administração Pública, e assim permitir às partes a obtenção da melhor solução.

Outrossim, a concertação entre as partes possibilita minorar os custos de transação, conforme aponta Gustavo Henrique Carvalho Schiefler:

Aproximando-se os principais interlocutores do futuro contrato, para que juntos possam planejá-lo, há uma potencial diminuição dos riscos que comumente emergem em ambiente de desinformação, afinando-se a harmonia dos interesses envolvidos e reduzindo-se os custos de transação. E, caso se logre êxito com a maior participação social – o que representa um dos maiores desafios para o instituto –, a formação dessas decisões administrativas, cujos efeitos se estendem por décadas e por gerações, se dará em consentâneo com uma democracia mais efetiva. (SCHIEFLER, 2014, p. 124)

O Procedimento de Manifestação de Interesse institucionaliza o diálogo público-privado e evidencia a interação jurídico-econômica, características próprias do Neoadministrativismo.

4.4 A INTERDISCIPLINARIEDADE NECESSÁRIA AO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Nesta nova fase regulatória, o Estado aprofunda a busca pelo consenso como meio de congregar os interesses do Estado com os desejos da sociedade. E, no mesmo sentido, procura alinhar as ações políticas e privadas com as ações governamentais, de modo a sintonizar o viés público do Estado com os anseios da população.

É inegável que o reforço do **consenso**, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, já que, como já se disse, incorpora muitos valores, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e, por isso, mais facilmente obedecidos (ordem). (MOREIRA NETO, 2005, p.19, grifo no original)

Ao voltar as ações estatais para o atendimento efetivo dos reclames populares e, especialmente, buscar na sociedade as melhores soluções para as dificuldades enfrentadas cotidianamente pelos agentes do Estado, acaba-se por privilegiar as conseqüências das ações estatais, em detrimento ao formalismo e aos requintes dos meios de consecução da atividade estatal. Esse é o modelo vigente, ao qual os institutos do Neoadministrativismo buscam ultrapassar.

Se fosse forçado a uma confissão sincera, o Brasil retrataria a si mesmo não pelas pessoas ou grupos que nele vivem, não ainda por identidades ou heranças culturais, mas como uma imensa máquina estatal. Quando o País se olha no espelho, quem aparece refletido é o Estado Brasileiro. Nossa sociedade, que pouco confia em si, e menos ainda no valor da liberdade, vem

sempre dirigindo essa máquina às máximas de sua expectativa. (SUNDFELD, 2014A, p. 153)

O modo de atuação do Estado não é um meio, ou um conjunto de procedimentos – e de burocracias²⁰⁹ – destinado a orientar os atos dos cidadãos administrados. A lógica da burocracia excessiva que conduz o funcionamento da máquina pública ainda produz efeitos no dia-a-dia da administração pública²¹⁰. E seus agentes, comumente, a obedecem sem que haja qualquer juízo de valor ou de oportunidade acerca do formalismo que dita a regra dos atos e procedimentos administrativos²¹¹.

Apesar da gama de desafios com os quais se deparam os gestores públicos na condução do Estado, denota-se paralisia e pouca busca por soluções e novas interpretações do Direito Administrativo²¹².

²⁰⁹ Aqui entendidas na acepção dita por Raymundo Faoro: “Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo — o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência” (FAORO, 2001, p. 101)

²¹⁰ “A dúvida, a insegurança e o completo desconhecimento das técnicas administrativas são os principais motivos da lentidão dos processos e da gestão incorreta e ineficaz do orçamento. O corpo burocrático, inclusive, cria uma nova forma de greve (jamais estudada antes nos meios trabalhistas): prejudicar a produção, produzindo; prejudicar o trabalho, trabalhando. O desinteresse e descaso da burocracia com a cidadania prejudicam mais o governo em sua atividade política do que todos os regulamentos do ato administrativo” (MORAES, 2007, p. 207)

²¹¹ “O direito administrativo deveria tornar-se mais preocupado com o modo como políticas públicas substantivas são feitas e com a revisão dos paradoxos e inconsistências dos processos de escolha coletiva. [...] O foco deveria estar menos em se todos os interesses afetados foram ouvidos ou se o Estado está prejudicando indivíduos específicos, e mais nas características estruturais do processo político e de política públicas e na avaliação de resultados substantivos em termos de equidade e eficiência”. (ROSE-ACKERMAN, 2004, p. 249)

²¹² Neste sentido, comentam Micklethwait e Wooldridge: “The final assumption is that change is always for the worse. If the public sector has a motto, it is ‘Never do anything for the first time’. You get ahead by following rules, keeping your head down, and keeping the show on the road. In the public sector innovation is what gets you into trouble – often the only thing that will get you the boot” (“A conclusão final é de que a mudança é Sempre para pior. Se o setor público tem um mandamento, é ‘nunca faça nada pela primeira vez’. Você vai à frente seguindo as regras, mantendo a cabeça baixa, e mantendo seu trabalho na linha. No setor público, inovação leva a problemas – frequentemente é o que pode fazer você ser demitido”) (MICKELETHWAIT; WOOLDRIDGE, 2014, p. 194, tradução nossa)

O certo é que, tanto por razões políticas como pelas preferências doutrinárias, ainda se mantém viva uma tendência mais estadista, pouco liberal, dos primeiros tempos de nosso direito administrativo. E isso apesar da abertura a modelos privados (caso das empresas estatais, por exemplo) e das reformas regulatórias (introduzindo flexibilidade e competição em serviços públicos, por exemplo). Boa parte da ação do Estado tem sido sustentada por exclusividades, privilégios, superioridades e especialidades, e isso está refletido no campo administrativo também nessa nova fase. (SUNDFELD, 2014A, p.65)

O cenário atual de crise institucional, que escancara o distanciamento da gestão pública com os deveres estatais assinalados pela Constituição Federal (e no qual se assentam os anseios populares), impõe a busca por soluções ao malfadado modelo vigente.

No contexto dessa doutrina, o Direito Administrativo nacional “acabou sendo visto como um direito público contra o privado” (SUNDFELD, 2014A, p. 140), assumindo o pressuposto da contínua oposição entre ambos os lados²¹³. Essa tendência é verificada em dois sentidos: (1) um direito muito forte para que o Estado pudesse combater o generalizado mal privado; e (2) “sustentou-se que o direito para o funcionamento do Estado não podia se parecer com as práticas privadas, egoísticas ou até maliciosas” (SUNDFELD, 2014A, p. 141)²¹⁴.

²¹³ A esse respeito, comenta Egon Bockmann Moreira: “Contudo, o tempo revelou quão imprópria é tal perspectiva, pois traz consigo uma simplificação com arrimo na concepção liberal-oitocentista do papel do Estado nas relações socioeconômicas. Talvez adequada ao seu tempo e espaço (o século XIX da Europa Continental e respectivas Colônias), a lógica idealizada era a da oposição-exclusão, a do “ou-ou”: *ou* Estado *ou* domínio econômico privado, sem qualquer meio-termo entre os opostos [...]. Este era o Estado paternalista, que apenas sabia prestar benefícios materiais ou punir seus súditos, excepcionalmente era gentil com sua crianças, mas não conseguia participar da vida delas nem, muito menos, receber críticas e colaborações. Por isso, também, não se fazia substituir: ainda que mal cumprisse suas tarefas, excluía qualquer participação privada em seus domínios”.(MOREIRA, 2014, p. 108)

²¹⁴ Os resultados dessas acepções foram a noção por vezes exacerbada de supremacia do Estado sobre os particulares e antítese do Direito Administrativo às práticas do direito privado (SUNDFELD, 2014A, p.140).

A visão eminentemente “purista” do Direito Administrativo, que o distanciava até mesmo de institutos correlatos - como o direito privado²¹⁵ -, contribuiu para seu isolamento em relação às demais ciências.

Mas o Direito Administrativo da prática cotidiana, em que soluções têm de ser apresentadas ante a realidade de carência financeira, limitação orçamentária e cobranças populares, clama pelo desenvolvimento de soluções. E essas soluções passam, necessariamente, por aliá-lo a aspectos econômicos advindos das práticas privadas, da realidade dos mercados, com alocação de incentivos eficientes, que considerem as finalidades públicas exigíveis da Administração.

Do contrário, corre-se o risco de isolá-lo da realidade na qual está inserido. As questões administrativas são, eminentemente, questões de governo, do qual dependem e ao qual estão indissociavelmente ligadas. A falta de condições de implantação de uma determina política estatal que atenda a um chamado constitucional e que esteja perfeitamente regrada no âmbito do Direito Administrativo pode decorrer do contexto econômico, político ou social. A todos eles estará a norma, e sua aplicação, diretamente ligada. E deles não poderá se afastar.

A verificação da conveniência dos meios para atingimento das finalidades a que se destinam pode ser orientada por estudos econômicos, que em muito podem contribuir para desvendar a falta de lógica do arcabouço legislativo abrigado sob o codinome Direito Administrativo. E o contexto regulatório é a moldura que permite ao Estado a reformulação de seu exercício, através da adoção de mecanismos interventivos eficientes.

A regulação no Brasil inspirou-se no modelo adotado nos Estados Unidos. E esse modelo traz consigo características próprias:

Não significa apenas uma opção catalográfica, oriunda de conceitos normativos neutros. A defesa de uma *American-style regulation* não implica somente um enfoque privilegiado da atividade normativa. Mais do que isso, traz consigo uma específica concepção de todo o relacionamento do Estado com a economia. Não envolve apenas a atenuação da intervenção direta e o favorecimento à intervenção regulatória, numa

²¹⁵ Muito embora o direito privado esteja presente no Direito Administrativo, como no caso das sociedades de economia mista regidas como sociedades anônimas (S.A.).

singela alteração dos modos de intervir, mas sim uma diferente concepção estrutural da própria economia, do papel do Estado e dos agentes econômicos. Altera-se toda a *rationale* do sistema. (MOREIRA, 2005, p.10)

Egon Bockmann Moreira propõe o estudo das modalidades de intervenção estatal na economia privada sob dois prismas: (a) intervenção *strictu sensu* – correspondente à “atuação material direta do interventor estatal no espaço econômico reservado às pessoas privadas” (MOREIRA, 2005, p.3) - e (b) regulação²¹⁶. Em ambos os casos “haverá a inserção de um terceiro no mercado (o Estado), institucionalmente a ele estranho – de molde a alterar as condutas e/ou perspectivas dos agentes econômicos privados” (MOREIRA, 2005, p. 3)²¹⁷.

O exercício da regulação, por meio do estabelecimento de normas e/ou regulamentos que dirijam a atividade econômica para um fim predeterminado pelo Estado, condicionará os agentes econômicos ao seguimento desse escopo. Em exemplo análogo aos incentivos de que trata a Economia, os agentes serão compelidos à obediência dos ditames estatais, sob pena de terem contra si aplicadas as sanções estabelecidas.

Em um primeiro momento, o âmbito de incidência da norma regulatória será eminentemente jurídico, pois que estará estabelecida em ato normativo e condicionará a sua desobediência às sanções legais. Entretanto, o cumprimento do disposto no ato condicionará o efeito no respectivo mercado, passando-se a vislumbrar o impacto econômico da medida estatal.

Devido à indissociabilidade da instituição da norma regulamentar e os impactos econômicos no mercado – seja ele qual for – é elementar que os aspectos jurídicos e econômicos sejam considerados e estudados no momento de elaboração normativa, sob pena de se infringir a

²¹⁶ “Toda regulação é interventiva *lato sensu* (pois envolve a intromissão através de normas que disciplinam o comportamento de terceiros), apesar de nem toda intervenção ser regulatória (pois a intervenção pode dar-se diretamente, através do exercício *in concreto* da atividade econômica) – o que autoriza uma proposta conceitual” (MOREIRA, 2005, p.4).

²¹⁷ O autor oferece um conceito restrito de regulação, nominando-o o estabelecimento de normas (gerais e abstratas e atos concretos) que sujeitem terceiros ao seu cumprimento e às respectivas sanções. Será econômica, a regulação que tenha por objeto a positivação de normas para atingimento de alguma finalidade econômica (MOREIRA, 2005. p.3)

finalidade perseguida. É nesse sentido que se expressa Gaspar Ariño Ortiz:

A regulação assenta no Direito, mas não é só Direito. As normas jurídicas delimitarão o que se pode fazer e o que não, o que é um direito subjetivo (acesso a redes, gás, de telecomunicações - ...) e o que é uma obrigação (de dar, fazer ou suportar), mas não transformação a regulação em “coisa de advogados” e a metodologia não será a dialética seguida tradicionalmente junto aos tribunais de Justiça. (2005, p.3)

Segundo Ortiz, “a regulação tem uma base técnica adequada ao ‘estado da arte’ do setor de que se trate” (ORTIZ, 2005, p.3). Ou seja, regulação deverá, necessariamente, abranger e se adaptar aos conhecimentos e requerimentos técnicos do setor a que esteja vinculada. De igual forma, os aspectos econômicos variarão conforme a natureza do serviço/setor regulado – ex: petróleo, energia, etc.²¹⁸

O Direito Administrativo regulador, que deixa ao encargo de iniciativas particulares a prestação de serviços públicos; parceiro, que firma, junto ao Terceiro Setor e às empresas, parcerias que visam eficiência e agilidade na busca pela consecução de uma finalidade pública; consequencialista, que planeja a atividade do Estado, especialmente aquela de caráter e impacto econômico, conforme os resultados passíveis de serem atingidos; e aberto aos conhecimentos que não detém, mas que compõem elemento essencial do regramento do Estado e que, por isso, devem integrar a sua análise normativa e regulatória. Todos esses são aspectos que caracterizam o Direito Administrativo atual – o Neoadministrativismo – em que as tendências formalistas e excessivamente isoladas e burocráticas são substituídas pela permeabilidade e busca por soluções para dirimir o déficit democrático.

Verificam-se, como demonstrado em tópico anterior, influências econômicas nos novos institutos do Direito Administrativo. No presente estudo, além de se verificar a existência presente dessa inter-relação, defende-se o incremento da utilização interdisciplinar da Economia

²¹⁸ Ademais, “A política regulatória tem como objetivo único e exclusivo a defesa e boa ordenação do sistema de prestações de que se trata, nas melhores condições possíveis de segurança, qualidade e preços; com a maior eficiência que o estado da arte permita, tanto para hoje quanto para amanhã. Isso exige empresas solventes, estáveis, dinâmicas e rentáveis”. (ORTIZ, 2005, p.9)

como forma de auxiliar a melhor aplicação e interpretação do Direito Administrativo. É nesse sentido que a Análise Econômica do Direito, com seus métodos e teorias, serve ao Direito, em justaposição ao ordenamento jurídico²¹⁹.

Pode parecer estranho e até contraditório que a Análise Econômica do Direito seja baseada em um paradigma que tem por princípio a idéia de que o Estado (leia-se: o direito) não deve intervir na economia. Ora, uma leitura superficial poderia levar a crer que uma análise econômica do direito concluiria que o direito não deve reger a economia, uma vez que se entende que o mercado deve ser deixado as suas próprias forças (lei da oferta e da procura, etc.) .

Contudo, esta conclusão só seria correta se o mundo real fosse tal qual o universo teórico ideal dos economistas onde todos os pressupostos se verificam e onde a teorias fariam sentido. Sendo realista e pragmático é possível aproveitar várias idéias dos economistas, mas – como vimos acima – não é plausível descartar o papel do Estado e do direito. Até porque, o mercado sempre é regulado de várias maneiras: contratos, relações de trabalho, moeda, empresas, impostos, solução de conflitos, propriedade, enfim, o direito permeia tudo isso e não é mais possível pensar a civilização sem este tipo de organização jurídica. Não se pode seriamente cogitar a exclusão do Estado ou do direito. No máximo podemos discutir os limites do papel do Estado e do direito na estruturação dos sistemas econômicos. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 23)

A própria lógica de funcionamento do Estado Regulador impõe que, embora suas ações possam deter razões econômicas, sempre se

²¹⁹ Vanice Lírio do Valle comenta a mudança de olhar que a AED proporciona aos operadores do Direito: “Sob a inspiração da *law and economics*, tem-se a visão das normas jurídicas como estrutura de incentivo – e o despertar para o papel que elas possam ter no fomento a atividades específicas; sob o pálio do “constitucionalismo da diferença” preconizado por uma teoria constitucional da solidariedade, cogita-se de normas que oportunizem à sociedade civil a condição de elementos ativos da normalidade constitucional” (VALLE, 2012, p. 248)

darão por intermédio do sistema jurídico e a ele haverão de estar conformadas.

Finalmente, a abertura a outras áreas do conhecimento – que é uma característica essencial do exercício da atividade regulatória – se apresenta hoje como algo inevitável, superado o momento de clausura intelectual que viveu o direito, sob a falsa impressão de que esse isolamento cognitivo pudesse significar, de alguma maneira, a preservação de uma pureza técnica que, no passado, reputou-se importante. (VALLE, 2012, p.248)

A sinergia entre as especificidades técnicas dos setores regulados, com as normas gerais do Direito Administrativo, acrescida da análise econômica das conseqüências possíveis e finalidades buscadas, resumem as razões por que o Estado regulatório impôs a coesão do Direito com outras áreas do conhecimento.

O Estado que clama para si a missão de ordenar e aperfeiçoar a sociedade — em síntese, o Estado regulatório — é a encarnação institucional da ideologia progressista. Seus impactos sobre o direito são de duas naturezas. Primeiro, o Estado regulatório trouxe para a esfera propriamente jurídica uma série de atividades que não estavam previamente disciplinadas juridicamente de modo específico. Exemplos vão da discriminação no trabalho à proteção do meio ambiente, passando por regras de segurança e saúde pública, entre muitas outras. A juridificação — isto é, o disciplinamento em lei de regras nessas áreas — obrigou os profissionais do direito, inclusive os docentes e pesquisadores, a conhecer temas da biologia, política e economia originalmente tidos como irrelevantes do ponto de vista jurídico, e a integrar saberes desses campos à formulação do direito.

Segundo, e para além desses temas específicos, o progressivismo do Estado regulatório também afetou a prática e a teoria jurídica de uma forma mais ampla. (PARGENDLER; SALAMA; 2013, p. 112)

É esta a proposta do presente estudo. Demonstrar como o Direito Administrativo já se encontra permeado pela Economia – fenômeno a

que se denominou Noadministrativismo – e como poderia se desenvolver caso ampliasse esta análise interdisciplinar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo empreendido buscou demonstrar a interação presente entre o Direito e a Economia no campo do Direito Administrativo, notadamente nos institutos criados no corpo do Estado regulador. Para esse fim, buscou-se demonstrar exemplos que ilustram a presença dessa interface nas licitações e contratos administrativos, nas Parcerias Público-Privadas e no Procedimento de Manifestação de Interesse.

Por meio dos exemplos supracitados, pretendeu-se demonstrar como a interdisciplinariedade já se faz presente no Direito Administrativo nacional, e a necessidade de seu desenvolvimento para a melhor formulação de políticas públicas.

Como base teórica, utilizou-se da doutrina administrativista nacional para caracterizar a evolução do Estado até seu modelo regulador e doutrinas estrangeiras especialmente vinculadas ao olhar econômico sobre o Direito, como aquela que analisa o custo dos direitos (*The Cost of Rights*, de Stephen Holmes e Cass Sunstein) e as escolhas trágicas advindas da alocação de recursos públicos (*Tragic Choices*, de Guido Calabresi e Phillip Bobbit), além de estudos atuais, como *The Fourth Revolution: the global race to reinvent the state*, de John Micklethwait e Adrian Wooldridge. Foram também utilizados autores nacionais e diversos autores estrangeiros para a apresentação da teoria da Análise Econômica do Direito, tendo em vista o desenvolvimento dessa corrente em solo alienígena.

Na pesquisa empreendida, apurou-se que as reformas ocorridas na Administração Pública trouxeram o Estado à execução primordial de sua função regulatória. No exercício dessa função, coube ao Estado equilibrar a prestação e exploração de serviços públicos com o alcance dos objetivos e finalidades inscritos na Constituição Federal. Cotidianamente, isso se traduz em análises técnicas, de apuração jurídica, econômica, ambiental, contábil, de engenharia, dentre outras, que evidenciam o bojo de diferentes ramos de conhecimento aplicáveis ao exercício da regulação.

A aproximação entre o Direito e a Economia é traduzida nos estudos da Análise Econômica do Direito. Essa doutrina serve a fornecer uma perspectiva distinta de compreensão jurídica e a ampliar a compreensão da influência mutuamente exercida pelo Direito e pela Economia. A indissociabilidade presente em ambas as ciências é notada no cotidiano da Administração Pública, onde o custo dos direitos resta evidente e desafia os gestores a realizarem escolhas trágicas diuturnamente.

É a partir do contexto de precariedade de investimentos e ações diretas do Estado que surgem elementos pensados como alternativas, tais quais as Parcerias Público-Privadas e o Procedimento de Manifestação de Interesse. Além disso, notou-se preocupação com aspectos econômicos em outros institutos, como as licitações e contratos administrativos e agências reguladoras.

A verificação da uníssona influência econômica sobre os institutos nascidos nas últimas décadas do Direito Administrativo brasileiro fez com que fosse conferida, de forma inédita, a nomenclatura de “Neoadministrativismo” a esse conjunto de medidas. Ainda que sem pretensões epistemológicas, essa expressão foi cunhada no presente trabalho de modo a destacar a forma como a Administração Pública brasileira foi profundamente alterada. A formulação dos institutos do Neoadministrativismo partiu da consciência do contexto de escassez e insuficiência de recursos públicos e resultou na transformação do modo de atuação da Administração Pública, a qual reforçou seu caráter regulatório e aproximou sua atuação da lógica privada.

Nesse sentido, confirma-se a hipótese delineada, já que a influência econômica demonstrada no Direito Administrativo serviu a inaugurar um novo marco de atuação deste ramo de estudo jurídico, aqui denominado Neoadministrativismo.

Embora se tenha apresentado a Análise Econômica do Direito como marco teórico que fornece os fundamentos da interação entre o Direito e a Economia, optou-se por não se filiar a nenhuma de suas diversas correntes, a fim de não limitar a aplicação de nenhuma delas ao Direito Administrativo. Entende-se haver contribuições válidas por parte da *Public Choice*, na investigação da influência de empresas doadoras de recursos para a campanha de parlamentares na formulação de regras para a concessão de serviços públicos; da Teoria Neoinstitucionalista, poder-se-ia extrair o entendimento dos tribunais a respeito dos custos de fornecimento liminar de medicamentos e seu impacto nos orçamentos estaduais e municipais; da Escola de Chicago, o cálculo da eficiência econômica de modelos de reformas tributárias; da Escola de *New Haven*, a averiguação da relação existente entre a noção de justiça social, presente na Constituição de 1988, e as limitações advindas do que se entende por justiça na acepção economicista da AED. Todas constituem investigações baseadas em marcos diversos, mas que, em comum, têm como fundamento a interação juseconômica. E cada uma delas pode fornecer contribuições específicas, baseadas em seus campos de investigação.

No presente estudo, optou-se por apresentar os pressupostos da Análise Econômica do Direito, de modo a permitir a possibilidade de identificar os elementos orientadores dessa nova ótica que se propôs a olhar o Direito Administrativo.

De igual forma, não se pretendeu realizar uma digressão a respeito da teoria econômica, mas sim utilizar-se da Análise Econômica do Direito, a qual corresponde a uma teoria jurídica que tem como base elementos da Economia, para, através de seus pressupostos, lançar olhar sobre as mudanças ocorridas no Direito Administrativo.

Ao se enxergar as políticas públicas a partir da perspectiva de que elas contêm normas jurídicas dotadas de incentivos, tem-se, necessariamente, que aprofundar a investigação das suas possíveis consequências. O prisma consequencialista aplicado à interpretação das normas jurídicas, aqui especificamente destacadas aquelas situadas no Direito Administrativo, toma como base também a realidade de escassez de recursos públicos. A alocação de recursos públicos, nesse viés, é dotada de custos de oportunidade derivados do sem-número de demandas sociais. Na análise ora apresentada, partiu-se dessa premissa e, a partir dela, objetivou-se demonstrar como a realidade de insuficiência de recursos obrigou a Administração Pública a buscar alternativas ao seu melhor funcionamento.

Embora a criação dos componentes do Neoadministrativismo tenha sido motivada pela busca pela eficiência, eles não devem se prestar a produzir ganhos financeiros ao mercado, mas à consecução do interesse público. Nesse sentido, não se advogou a sobreposição de postulados econômicos sobre normas jurídicas, mas a integração de ambas as disciplinas na análise e formulação de políticas públicas, já que terão, necessariamente, consequências econômicas e jurídicas.

A congregação de postulados econômicos fornece elementos comumente ignorados pelo Direito, que influenciam o alcance e os resultados das normas jurídicas e das políticas públicas. Por isso, diante das conclusões presentes neste trabalho, postula-se a necessária averiguação da racionalidade econômica na atuação da Administração Pública, a fim de que o Direito Administrativo possa servir ampla e eficientemente ao alcance do interesse público.

REFERÊNCIAS

ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito**. 2006. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf>. Acesso em 10/09/2014.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALMEIDA, Alberto Carlos. **O dedo na ferida: menos imposto, mais consumo**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2010.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Análise Jurídica da Economia. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, vol. 1, n. 1, 2007, p. 49-101. Disponível em <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/issue/view/165>>. Acesso em 28 de janeiro de 2015.

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As PPPs e as concessões Administrativas**. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Estudos sobre a lei das parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BAGGENSTOSS, Grazielly A. A contemporaneidade das teorias reducionistas a partir da teoria jurídica bobbiiana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, n. 6(2):167-175, julho-setembro 2014.

BALBINOTTO NETO, Giacomo. Gary Becker: Prêmio Nobel de Economia de 1992. **Análise Econômica**. Ano 11, n. 19. Março, 1993.

BAPTISTA, Patrícia. **A evolução do Estado regulador no Brasil: desenvolvimento, globalização, paternalismo e judicialização.** In: **FREITAS**, Daniela Bandeira de; **VALLE**, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BARATIERI, Noel Antônio. **Serviço público na Constituição Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BATTESTINI, Eugênio. **Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil.** São Paulo: LTr, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. Constituição e ordem econômica e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fevereiro, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 15 de agosto de 2014.

BECKER, Gary. Crime and Punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, v.6, n.2, p. 169-217, 1966

BINEBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005, p. 2. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de junho de 2014.

_____. As parcerias público-privadas (PPPs) e a constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 14 de julho de 2014.

BITTENCOURT, Sidney. **Parceria público-privada passo a passo: comentários à Lei n. 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de PPP na Administração Pública.** 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados**, Ano LVIII, n. 203, 28 de novembro de 2003, p.74.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 14 de abril de 2014.

BRASIL. Lei Federal n. 11079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/11079.htm>. Acesso em 21 de novembro de 2014.

BRASIL. Lei Federal nº 12462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL. Lei Federal n. 13019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma Administrativa do Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Ficha-síntese sobre as Contas do Governo da República do Exercício de 2013**. Disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2013/fichas/FAA19A4F7554B5B5E040010A89003B80. Acesso em 08 de agosto de 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Instituições, bom Estado, e reforma da gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 27 de fevereiro de 2015.

_____. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível na Internet: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 03 de maio de 2014.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. **Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro**. Revista do Serviço Público, Brasília, n. 56, p. 8, jan./mar. 2005.

BROWNING, Edgar K; ZUPAN, Mark A. **Microeconomia: teoria e aplicações**. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 2004.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Direito Administrativo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO, Cristiano; JOBIM, Eduardo. **O Direito tributário e a interpretação econômica do Direito: deveres instrumentais, custos de conformidade e custos de transação**. In: Direito e Economia. Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **A superação de regras por princípios jurídicos na atividade jurisdicional: um enfoque pela análise econômica do Direito**. Cadernos de Direito Tributário. 109/110

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Phillip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CALDAS, Roberto. **Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011

CALIENDO, Paulo. **Direito internacional privado e Análise Econômica do Direito**. In: TIMM, Luciano Benetti (org). Direito e Economia. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 175-188.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, C. R. ; NEUBARTH TRINDADE, M. G. . A superação de regras por princípios jurídicos na atividade jurisdicional: um enfoque pela análise econômica do Direito. **Revista de Direito Tributário** , v. 109, p. 211-231, 2010.

CHRISTOPOULUS, Basile G.C. Orçamento e efetivação dos direitos sociais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em 05 de janeiro de 2014.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico**. Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>> Acesso em: 06/09/2014).

COELHO, Jaime César. **A regulação econômica no Brasil e no MS**. Organização de Jaime César Coelho e Márcio Canedo. Campo Grande: Editora UNIDERP, 2005

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 3ed. Addison Welsey Longman. 2000.

COOTER, Robert. **Law and the imperialism of economics**: an introduction to the Economic Analysis of Law and a review of the major books. *UCLA Law Review*, v. 29, 1982.

CORRÊA, Izabela Moreira. Planejamento estratégico e gestão pública por resultados no processo de reforma administrativa no estado de Minas Gerais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, mai/jun, 2007.

COULON, Fabiano Koff. **Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos tribunais brasileiros e análise econômica do Direito**. In: Direito e Economia. Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e Economia Política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRUZ, Veronica. **Estado e regulação: fundamentos teóricos**. In: **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise do Impacto Regulatório**. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). Brasília: Anvisa, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Alterações dos contratos administrativos – economicidade, razoabilidade e eficiência. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 40.

DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, 1980, vol.9, n. 2. p.191-226. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/724129>>. Acesso em 12 de janeiro de 2014.

DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique U.; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. **Governança sustentável: nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. **John Maynard Keynes**. Disponível em <

<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/315921/John-Maynard-Keynes>>. Acesso em 19 de março de 2015

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out_2012.pdf>. Acesso em 05 de janeiro de 2015.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.

FRANÇA, Vladimir Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 14 de novembro de 2014.

FREITAS, Daniela Bandeira de. **A fragmentação administrativa do Estado** – fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Direito e a Law and Economics – possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional. **JURIS**, Rio Grande, 11: 199-222, 2005.

_____. Efeitos econômicos de políticas licitatórias e empreendedorismo socialmente responsável. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, V. 4, nº 1, p. 56-78, Jan-Jun, 2013.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. **Dilemas do direito público contemporâneo: riscos e possibilidades da intervenção estatal na**

economia a partir do modelo de órgãos reguladores independentes. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o público e o privado em debate**. Vol.2. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Introdução ao Direito e Economia**. In: **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012

_____. Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review** 1.1 (2010): 7-32. Disponível em <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/44>. Acesso em 17 de novembro de 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 10 de junho de 2014.

HOBBES, Thomas. **Leviatã: ou matéria, formas e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Claret, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LAMARÃO, Ronaldo Coelho. Os custos de transação do contrato administrativo derivado de licitação. **Revista Direito em (Dis)Curso, Londrina**, v. 4, n. 2, p. 11-21, ago./dez. 2011.

LIBRARY OF ECONOMICS AND LIBERTY. **The concise encyclopedia of Economics: Milton Frieman**. Disponível em <<http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Friedman.html>>. Acesso em 17 de março de 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo a origem, extensão e objetivo do Governo Civil. São Paulo: Martins Claret, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da “reserva do possível”**. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 155-173.

MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. In: Encyclopedia of Law and Economics vol. I (Bouckaert and de Gheest, eds.) 65 (2000).

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2001

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Fundamentos e Conceituação das PPP**. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 13-30.

MARINI, Caio. Aspectos contemporâneos do debate sobre reforma da Administração Pública no Brasil: a agenda herdada e as novas perspectivas. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/abril/maio, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 25 de maio de 2014.

MARTINS, Fernando Barbalho. **O Princípio da subsidiariedade e a atuação estatal no esporte**. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). Direito Administrativo e Democracia Econômica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Introdução à filosofia política de Thomas Hobbes**. 2ª ed. Florianópolis: OAB Editora, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDONÇA, Eduardo. **Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas**. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 373-412.

MERCURO, Nicholas. MEDEMA, Steve G. **Economics and the Law: from Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. **The fourth revolution: the global race to reinvent the state**. New York: The Penguin Press, 2014.

MIGUEL, Luiz Felipe. **As garantias nas parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

MILL, John Stuart, **Utilitarianism** - and the 1868 speech on capital punishment. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2001.

MOCHÓN, Francisco; TROSTER, Robert. **Introdução à economia**. São Paulo: Makron Books, 2002.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009

MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo v. 3, n. 33, set, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. **Revista Eletrônica de**

Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 01 de março de 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil?** *In*: Direito da Regulação e Políticas Públicas. SUNDFELD, Carlos Ary; ROSILHO, André (org.). São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulamentação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Princípios de regulação econômica**. *In*: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise do Impacto Regulatório. 1 ed. Brasília: ANVISA, 2009, p.87-104.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias público-privadas: perspectiva constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviços públicos e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/junho/julho, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 03 de março de 2015.

NÓBREGA, Marcos. **Análise Econômica do Direito Administrativo**. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 404-416.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. **Relatório sobre a reforma regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o desenvolvimento**. Paris/Brasília, 2008.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Parceria público-privada: aspectos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Experiências de reformas administrativas no Brasil**. O processo de modernização da Administração Pública. Evolução dos modelos/paradigmas de gestão: a nova gestão pública. 201?. IESDE Brasil. Disponível em <http://uol.iesde.com.br/aprovaconcursos/demo_aprova_concursos/administracao_publica_03.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2014.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sucessos e fracassos na regulação. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2015.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. RDA – **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.

PARREIRA, L.; BENACCHIO, M. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.

PECI, Alketa et al. Governança e New Public Managment: convergências e contradições no contexto brasileiro. **Organização e Sociedade – O&S**, v.15, n. 46, p. 48, jul./set.2008

PETZMAN, S. **A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação**. In: MATTOS, Paulo et al (coord.). Regulação

Econômica e Democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 81-127.

PEREIRA, Bruno. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e assimetria de informação entre o setor público e o setor privado: monólogo ou diálogo público-privado?** Disponível em <<http://pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-procedimento-de-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-interesse-pmi-e-assimetria-de-informa%C3%A7%C3%A3o-entre-o-seto>>. 2011. Acesso em 12 de março de 2015.

PERES, Ursula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. **RBGN**, São Paulo, v. 9 n. 24, maio/ago. 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria, público-privada e outras formas.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011

PINDYCK, Robert S; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia.** 5a ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

Portal do Orçamento Público. **Lei orçamentária anual.** Disponível em <<http://www.orcamento.org>>. Acesso em 10 de janeiro de 2014.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression.** Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. **Economic Analysis of Law.** 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____. **Teorias da regulação econômica.** In: MATTOS, Paulo (coord) et al. Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

PRADO, Lucas Navarro. **Condições prévias para a licitação de uma PPP.** In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord). Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo de Oliveira. **Economia Institucional e a Nova Economia Institucional.** *In: O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução.* RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Política e Economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004). **Revista Direito GV**, São Paulo, n.8, p. 087-108, jan.-jun. 2012.

RODRIGUEZ, Rodrigo Ricardo. **Keynes: doutrina e crítica.** São Paulo: Massao Ohno Editor, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Análise Econômica Progressista do Direito:** e o novo Direito Administrativo. *In: Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano.* Mattos, Paulo (coord.). São Paulo: Editora 34, 2004, p. 243-280.

_____. **Rethinking the progressive agenda:** the reform of the American regulatory state. New York: The Free Press, 1992

ROSILHO, Andre. **A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos.** *In: SUNDFELD, Carlos Ary; ROSILHO, Andre (org.).* Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2014.

SADDI, Jairo. **É possível a Análise Econômica da Constituição?** *In: Direito da Regulação e Políticas Públicas.* SUNDFELD, Carlos Ary; ROSILHO, André. São Paulo: Malheiros, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner.** In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?** Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Direito GV, São Paulo. Oct. 2009. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/40>. Acesso em 15 de novembro de 2014.

_____. **Direito, justiça e eficiência:** a perspectiva de Richard Posner. Fundação Getúlio Vargas. Direito GV, São Paulo. Aug. 2008. Disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30>. Acesso em 18 de novembro de 2014.

_____. **Discurso de abertura da II Conferência Anual da ABDE.** Direito GV, São Paulo, 23 de outubro de 2009.

_____. **O que é Direito e Economia?** In: Direito e Economia. TIMM, Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BRAGA, Vicente. **As consequências indesejáveis do PL nº 36 de 2014.** Disponível em <<http://www.institutomillennium.org.br/artigos/consequencias-indesejveis-pl-36-de-2014>>. Acesso em 31 de julho de 2014.

SANCHES, Marcelo Elias. O conceito do princípio da eficiência. **Revista Tributária e de Finanças Públicas.** São Paulo, n. 55, ano 12, março/abril 2004.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Desafios da governança regulatória no Brasil.** In: Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise do Impacto Regulatório. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). Brasília: Anvisa, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.13-50.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível.** *In:* Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 133-154

SCHANZE, Erich. **What is Law and Economics today?** A european view. *In:* NOBEL, Peter (org.). New Frontiers of Law and Economics, Zürich: Schulthess, 2006.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):** solicitação e apresentação de Estudos e Projetos para a estruturação de Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas, 2013, 500p. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Os sistemas de garantia nas parcerias público-privadas.** *In:* MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 143-193.

SEGURA, José V. Sevilla. **Manual de políticas y tecnicas tributárias del CIAT.** Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT. Ciudad de Panamá: CIAT, 2006

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law.** Cambridge: The Belknap Press of Havard University Press, 2004.

SILVA, Danilo Tavares. **Licitação na lei n. 11.079/04.** *In:* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 71-96.

SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798 (2002): 23-50.

SOUSA, Francisco Hélio de. O caráter impositivo da lei orçamentária anual e seus efeitos no sistema de planejamento orçamentário. **Finanças Públicas** – XIII Prêmio Tesouro Nacional – 2008

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Função regulatória. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** (REDAE) , Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº . 13, fevereiro/março/ abril, 2008. Disponível na Internet: < <http://www.direito do estado.com.br/redae. asp>>. Acesso em 02 de junho de 2014.

ZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). *Direito & economia*. Rio de janeiro: Campus, 2005.

STIEGLER, George J. **A Teoria da Regulação Econômica**. *In*: MATTOS, Paulo (coord.). *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Chega de axé no Direito Administrativo**. 20? Disponível em <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=100>. Acesso em 04 de março de 2015.

_____. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. *In*: SUNDFELD, Carlos Ary (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros: 2005.

SUNDFELD, Carlos Ary; ROSILHO, Andre. **Direito e políticas públicas: dois mundos?** *In*: SUNDFELD, Carlos Ary; ROSILHO, Andre (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Introduction**. *In*: SUNSTEIN, Cass R (ed). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

_____. **O constitucionalismo após o New Deal**. *In*: *Regulação Econômica e Democracia: o debate norte-americano*. MATTOS, Paulo (coord.) et al, São Paulo: Editora 34, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** *In*:

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.51-62.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. **Análise Econômica dos Contratos**. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012

VALLE, Vanilce Regina Lírio do. **Governança** – nova fronteira do Direito Regulatório. *In*: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

VALERIO, Alexandre Scigliano. **Privatização**: Direito e Economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. *In*: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 349-371.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**: esbozo de sociologia comprensiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 1944.

WEBER, Max. **O que é a burocracia**. Conselho Federal de Administração. Disponível em [http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia_livro_burocracia_diagramacao_final .pdf](http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia_livro_burocracia_diagramacao_final.pdf)>, Acesso em 15 de março de 2015.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **Desmistificando a Law and Economics**: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. 2011. Disponível em <http://www.academia.edu/956869/Desmistificando_a_Law_and_Economics_a_receptividade_da_disciplina_direito_e_economia_no_Brasil>. Acesso em 09/09/2014

ZANITELLI, Leandro Martins. **Custos ou competências?** Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang;

TIMM, Luciano Benetti. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.