



Leandro Zannoni Apolinário de Alencar

# GUIDANCE NO CONTEXTO DO ESTADO REGULADOR

subsídios para uma nova compreensão da função administrativa (reguladora) nas  
sociedades complexas

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/  
Direito Administrativo, sob orientação da Professora  
Doutora Suzana Tavares da Silva.

Coimbra - 2014





**Leandro Zannoni Apolinário de Alencar**

*GUIDANCE* NO CONTEXTO DO ESTADO REGULADOR:  
subsídios para uma nova compreensão da função administrativa (reguladora) nas  
sociedades complexas.

Dissertação de Mestrado em Direito,  
especialidade Direito Administrativo,  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra, sob orientação da  
Professora Doutora Suzana Tavares da Silva.

Coimbra - 2014

**Leandro Zannoni Apolinário de Alencar**

***GUIDANCE NO CONTEXTO DO ESTADO REGULADOR:***  
subsídios para uma nova compreensão da função administrativa (reguladora) nas  
sociedades complexas

Dissertação de Mestrado em Direito,  
especialidade Direito Administrativo,  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra.

Aprovada em: \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_.

**Banca Examinadora**

---

1º Membro (Presidente)

---

2º Membro

---

3º Membro

---

4º Membro

---

5º Membro

## **AGRADECIMENTOS**

Especialmente, à minha orientadora, Professora Doutora Suzana Tavares da Silva, pelo acompanhamento, supervisão, sugestões, paciência e simpatia.

Aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutores José Carlos Vieira de Andrade, Pedro Costa Gonçalves e Maria Benedita Urbano, pelos ensinamentos e cultura repassados.

À minha esposa, Lília Carlia F. de Melo, pela paciência e ajuda diária.

À amiga e colega de mestrado Natália Moreno pelo inestimável auxílio.

## RESUMO

A sociedade globalizada está em constante transformação. Há interligação em rede dos atores, especialmente com o avanço da TIC, que facilita a disseminação de bens e capitais. O conhecimento foi alastrado e exige aprofundamento na pós-modernidade, pois não há limites para sua penetração. O Estado perde a centralidade com a difusão de atores, designadamente em face dos agentes econômicos transnacionais. As tarefas de interesse público, em função das limitações de recursos (econômicos, sociais e naturais) não podem mais ser executadas por um único ator e a legitimidade estatal é questionada. Logo, o estudo teórico foca-se em novos instrumentos que permitem à AP atuar de forma especializada em conjunto com redes de atores horizontalizadas, ao invés das tradicionais estruturas hierárquicas. O novo direito administrativo procura mecanismos de otimização do uso dos recursos públicos, a fim de garantir bem-estar social, a espalhar-se por diversas perspectivas no plano organizacional, funcional e de controle: exige o cumprimento de metas; inquirir parcerias; incentiva, orienta e controla as atuações privadas de interesse geral. A legitimidade pública no campo da regulação funda-se, essencialmente, na qualidade dos serviços. O NPM trouxe maior agilidade e flexibilidade à gestão pública, por meio do Estado reduzido e economicamente racional. A regulação econômica, ao absorver a racionalidade do mercado por meio de sistemas especializados, tem o fito de garantir a confiança dos cidadãos e a segurança jurídica dos empresários. Hodiernamente, a governança aponta para a promoção de qualidade na atividade pública com transparência, abertura, responsabilidade, coerência e eficiência. Com a cogovernança, propagam-se mecanismos de interação horizontalizada entre atores públicos e privados. Surgem novos instrumentos jurídicos, formais e informais, que buscam o cumprimento de metas de interesse público de forma transparente e flexível, a permitir que o Estado cumpra o seu papel em conjunto com os atores sociais. O *soft law* é um direito não impositivo construído entre os atores públicos e privados que, de forma branda, traz recomendação ou aconselhamento. A *guidance* ocasiona a regulação colaborativa, com o diálogo entre atores, a editar atos maleáveis dirigidos aos agentes econômicos para conformar comportamentos ou “descomplexificar” tarefas; permite que os sistemas econômicos mantenham sua atualização tecnológica especializada e ainda incrementa a atividade pública com conhecimento e experiência extraídos da conversa com os atores privados. O Brasil é um país em desenvolvimento de dimensão continental, com graves problemas de desigualdades sociais, que não admite o abandono do poder estatal. Mas a globalização tende a disseminar conhecimento e comporta a observação dos melhores exemplos de outros Estados, cuja aplicabilidade e adaptação locais devem ser analisadas. Na forma de paternalismo libertário, arranjos estatais flexíveis, baratos e pouco intrusivos têm obtido bons resultados.

Palavras-chaves: globalização; sociedade em rede; governança; *soft law*; *guidance*; paternalismo libertário.

## ABSTRACT

The global society is changing. There are networking of actors, especially with the advancement of ICT that facilitates the dissemination of goods and capital. The knowledge was widespread and requires action for further in postmodernity. The state is no longer the central component with the diffusion of actors, particularly in the light of transnational economic agents. The tasks of public interest can no longer be performed by a single actor because the limitations of the resources (economic, social and natural) and the legitimacy is questioned. Thus, the theoretical study focuses on new tools that allow the Public Administration to act in a specialized way in conjunction with networks of actors, rather than traditional hierarchical structures. The new law seeks administrative mechanisms for optimizing the use of public resources, to ensure social welfare, spreading through several perspectives in the organizational, functional and control plane: requires the achievement of goals; inquires partnerships; encourages, guides and controls the private performances of general interest. The public legitimacy in the field of regulation is based essentially on the quality of services. The NPM has brought greater flexibility and agility to public management, through reduced state and economic rationality. The economic regulation, which absorbs the rationality of the market through specialized systems, has the aim of ensuring public confidence and legal certainty for entrepreneurs. Now, governance aims to promote quality in public activity with transparency, accountability, consistency and efficiency. Mechanisms of interaction between public and private actors are spread out with cogovernance. There are new legal, formal and informal, instruments that seek the targets of public interest in a transparent and flexible manner, allowing the State to fulfill its role with social actors. The soft law is a not prescriptive right built with public and private actors, that brings recommendation or advice. The guidance brings collaborative setting, the dialogue between actors, editing malleable acts directed to economic agents to conform behavior or remove the complexities tasks; allows economic systems to maintain their technological upgrading and specialized activity and also increases public activity with knowledge and experience with the dialogue. Brazil is a developing country with big dimensions, serious problems of social inequality, that does not allow the end of state power. But globalization tends to spread knowledge and requires the observation of the best examples in other states, so that local adaptation should be considered. With libertarian paternalism, flexible, cheap and little bit intrusive, state arrangements have obtained positive results.

Keywords: globalization; network society; governance; soft law; guidance; libertarian paternalism.

*Não existem países subdesenvolvidos. Existem países subadministrados.*

Peter Drucker

*Não consigo evitar o receio de que os homens cheguem ao ponto de ver em toda a teoria nova um perigo, em toda a inovação um problema penoso, em todo o progresso social um primeiro passo para a revolução, e se recusem terminantemente a mexer-se.*

Alexis de Tocqueville

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>14</b>
<b>2. A SOCIEDADE E OS ESTADOS INTERLIGADOS .....</b>	<b>17</b>
2.2.1. <i>Breve Histórico da Evolução do Estado .....</i>	20
2.2.2. <i>O Avanço da Globalização .....</i>	23
2.4.1. <i>As Mudanças Sociais .....</i>	29
<b>3. DA RECOMPREENSÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA COMO (BOA) GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO REGULADOR.....</b>	<b>32</b>
3.1.1. <i>A Organização Weberiana.....</i>	32
3.1.2. <i>O Novo Direito Administrativo .....</i>	34
3.1.3. <i>New Public Management .....</i>	37
3.1.4. <i>Racionalidade, Eficiência e Interdisciplinaridade .....</i>	40
3.2.1. <i>A Crise do Estado Centralizador e a Regulação .....</i>	45
3.2.2. <i>Breve exposição sobre a Regulação Econômica Americana e a Europeia .....</i>	47
3.2.3. <i>A Gestão do Risco e o Sistema de Peritos .....</i>	49
3.2.4. <i>As Entidades Reguladoras Independentes .....</i>	52
3.3.1. <i>Os Sistemas, a Interdisciplinaridade e o Direito .....</i>	54
3.3.2. <i>O Estado Regulador e a Administração Pública Interdisciplinar .....</i>	57
3.3.3. <i>Governo, Legalidade e Regulação.....</i>	59
3.4.1. <i>Democracia, Accountability e Legitimidade.....</i>	63
3.4.2. <i>Transparência, Informação Qualitativa e Controle Eletrônico .....</i>	67
3.4.3. <i>Metas e Performance .....</i>	71
<b>4. A GOVERNANÇA EM REDE .....</b>	<b>74</b>
4.2.1. <i>Modelos de Gestão.....</i>	76
4.2.2. <i>Conceito de Governança.....</i>	78
4.3.1. <i>Diversidade, Complexidade e Dinamismo.....</i>	81
4.3.2. <i>Subsidiariedade, Participação e Consenso .....</i>	84
4.4.1. <i>Conceito de Cogovernança.....</i>	88
4.4.2. <i>A Nova Organização.....</i>	91
4.4.3. <i>A Estruturação da Rede na Regulação .....</i>	94
<b>5. GUIDANCE.....</b>	<b>98</b>
5.1.1. <i>Norma na Pós-modernidade .....</i>	98
5.1.2. <i>Inovação, Flexibilidade e o Sistema Jurídico .....</i>	101
5.1.3. <i>Conceito de Soft Law .....</i>	103
5.2.1. <i>A Regulação Negociada.....</i>	107
5.2.2. <i>A Procedimentalização .....</i>	109
5.3.1. <i>Introdução.....</i>	113
5.3.2. <i>Conceito da Guidance.....</i>	115
5.4.1. <i>Abertura Racional.....</i>	120
5.4.2. <i>Cautelas na Guidance.....</i>	122



5.4.3. <i>A Simbiose entre o Novo e o Tradicional em matéria de Accountability</i> .....	124
<b>6. BRASIL: PAÍS EM DESENVOLVIMENTO E SOCIEDADES COMPLEXAS</b>	<b>128</b>
6.1.1. <i>Panorama Histórico-Cultural da Administração Pública no Brasil</i> .....	128
6.1.2. <i>Problemas da Globalização e Desigualdade</i> .....	131
6.1.3. <i>O Progresso nos Países em Desenvolvimento em Rede</i> .....	135
6.2.1. <i>A Liberdade</i> .....	139
6.2.2. <i>Os Arranjos Governamentais Libertários</i> .....	141
6.2.3. <i>Equilíbrio entre Público e Privado</i> .....	146
<b>7. CONCLUSÃO</b> .....	<b>151</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>156</b>

## SIGLAS E ACRÔNIMOS

AP – Administração Pública

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

ER – Entidade Reguladora

EUA – Estados Unidos da América

FMI – Fundo Monetário Internacional

LBCE – Livro Branco da Comissão Europeia

NPM – *New Public Managment*

OCDE – Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico

TIC – Tecnologia de Informação e Comunicação

UE – União Europeia

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade mundial passa por inúmeras transformações. Crescem as redes transnacionais de comunicação e o relacionamento entre atores públicos e privados. Há notáveis desenvolvimentos tecnológicos a incrementar a ligação entre as pessoas e a complexidade das informações transportadas e processadas, situação que, em certos momentos, põe em dúvida a validade do conhecimento e a necessidade do Estado.

O Estado sofreu profundas metamorfoses no século passado. No último quarto do século, sobrevieram ideias para a redução da estrutura estatal e sua abertura ao mercado transnacional, a acelerar a integração transnacional. Surgem, pois, muitas dúvidas sobre o melhor caminho a se seguir: abertura ou fechamento; mais ou menos poder; concentração ou desconcentração; flexibilidade ou rigidez. Tais assuntos serão o suporte teórico inicial da pesquisa, que também sopesará sobre o que é (e se existe) pós-modernidade, globalização e sociedade em rede.

Com a difusão do poder na globalização, o trabalho tem o intuito de explorar os novos horizontes do direito administrativo em face da abertura das funções estatais na complexa sociedade. Será feita uma análise da estrutura administrativa burocrática, seus avanços e retrocessos, benefícios trazidos e críticas lançadas, a tentar-se obter um prognóstico a respeito da melhor forma de se edificar a gestão pública. Inclusive, na esteira do alargamento das funções estatais, será questionada a rígida estrutura hierárquica delineada por Weber e cultivada no Estado social. A legitimidade estatal (e dos governos) será avaliada num contexto de contestação pelos cidadãos, cada vez mais informados, a exigir resultados materiais concretos e a prestação de serviços de qualidade.

Destarte, serão averiguadas a ascensão do Estado regulador e as perspectivas oferecidas pelos novos mecanismos de governo e gestão pública, sob crescente domínio da técnica e da economia. Também será avaliada a legitimidade em função de atores diversificados e fragmentados, especialmente diante da transferência de atividades de interesse público a agentes privados. Há muitos dilemas, pois abertura e complexidade podem gerar incoerência e desestruturação, mas o trabalho buscará uma abordagem

interdisciplinar que permita alargar os horizontes de análises e interpretações do Estado, além da mera alocação hierárquica de pessoas sob o ilusório comando e controle.

A exposição teórica é voltada a situações que ofereçam mais flexibilidade e dinamicidade à gestão pública dentro da conjuntura de necessidade de redução de custos, mais eficiência, especialização científica, diversidade social e o imperativo de coerência entre os sistemas. Desse modo, a aproximação e o diálogo entre atores públicos e privados são essenciais. Será ponderado, pois, o instituto do *soft law*, como direito não impositivo; inclusive, se é “direito”, suas vantagens e dificuldades encontradas. Especificamente, em face do Estado regulador, será ventilado o papel da *guidance* no contexto de regulação colaborativa, por meio da conversa entre empresários e o poder público. Portanto, são enfocados novos institutos testados em locais economicamente desenvolvidos, designadamente no âmbito transnacional e na Europa.

O Brasil é um país com acentuada desigualdade econômica, industrialização tecnológica em construção, sujeito a vícios de clientelismo e patrimonialismo, que demanda investigação sobre possibilidade de introdução de novos mecanismos em sua realidade histórico-cultural. Assim, serão sopesadas a viabilidade e a razoabilidade de importação de modelos projetados em outros locais. Espera-se oferecer uma contribuição ao direito administrativo desse país que seja compatível com suas condições socioculturais, econômicas e políticas.

Há pessoas que celebram o fim da história e da razão. Contudo, inspirado por Manuel Castells (2011b), este trabalho acadêmico nada contra correntes de destruição e contesta as formas de niilismo intelectual, ceticismo social e descrença política. Discute-se se as mudanças são boas ou ruins, mas uma coisa é certa: é impossível o retorno ao passado, muitas vezes nostálgico.

Por conseguinte, objetiva-se debater a interpretação jurídica deste momento e levantar possibilidades de melhora do aparelho estatal em benefício da coletividade. Acredita-se no poder de transformação da sociedade. Os sujeitos – embora tenham limitações e fraquezas – ainda devem ser vistos como racionais, capazes de gerar transformações e assumir responsabilidades. E o conhecimento científico, ainda que relativizado, não deve ser abandonado, pois esse aspecto é fundamental para se manter a

confiança quanto ao seu apuro. Não é possível retornar ao mito, à fé ou à aceitação de consequências inevitáveis.

## **2. A SOCIEDADE E OS ESTADOS INTERLIGADOS**

### **2.1. A Pós-modernidade**

Desde a filosofia grega até pensamento medieval, a natureza e o homem relacionavam-se como decorrência da criação divina. Com a ciência moderna, esta cumplicidade é rompida: desnaturaliza-se o homem e desumaniza-se a natureza (Santos, 1990, p. 19). Na Europa, a partir do século XVII, emergem ideias de uma sociedade em busca da unidade fundada na racionalidade. As pessoas querem assumir o controle de suas vidas. O iluminismo esforçou-se em construir, a partir da razão, relações humanas libertas de vínculos de tradição e preconceito (Luhmann, 2005a, p. 20). Tais atitudes revelam a obsessão pela confiança na razão: “a deusa da modernidade chama-se razão” (Cunha, 1991, p. 26).

Os filósofos iluministas rejeitaram o dogma: pregavam que, se fôssemos capazes de usar a razão para entendermos o mundo e a nós próprios, estaríamos aptos a moldar a história segundo nossos propósitos (Giddens, 2010, p. 15). O papel antes desempenhado pela divindade é substituído pela filosofia do progresso e a fé secularizada das ciências (Menezes, 2010, p. 32).

A ciência moderna nasce da ambição de conquista da natureza e sua subordinação às necessidades humanas (Bauman, 2007, p. 50). Diante da racionalidade, desenvolveram-se novas formas sociais: o sistema político do Estado-nação, o trabalho assalariado, a dependência coletiva de fontes de energia inanimadas e a completa transformação de produtos em mercadoria (Giddens, 1990, p. 12).

O aumento do conhecimento sobre o mundo trouxe confiança para a condução da sociedade pelos homens. Os modos de vida existentes na modernidade nos desvencilharam dos tipos tradicionais de ordem social de uma maneira sem precedentes e as transformações foram profundas. Todavia, as conexões entre o desenvolvimento e o autoentendimento humano provaram ser hipercomplexas.

O progresso gerou incertezas e expôs riscos. A partir do século XIX, o entendimento científico e tecnológico passou por um desencantamento. Muitos aspectos de

nossas vidas tornaram-se organizados apenas em termos de “suposição de cenários” (Giddens, 2012b, p. 274).

O desenvolvimento tecnológico segue indiscutível, imanente. Mas, enquanto no estágio inicial da modernidade as ameaças advinham da natureza, atualmente a humanidade se vê confrontada consigo mesma para lidar com os riscos produzidos. A dúvida metódica era limitada à dimensão exterior, aos objetos investigados, enquanto os fundamentos e resultados do trabalho científico ficavam protegidos; agora, a ciência está universalizada e desmistificada, e a dúvida é estendida aos fundamentos e riscos do trabalho científico (Beck, 2010).

Desmoronou-se o mito de que a sociedade industrial desenvolvida – com a articulação esquemática de trabalho e vida, a compreensão científica e tecnológica e os aspectos democráticos – constituiria o ápice da modernidade. Surgem problemas da modernização autorreferencial, em que a lógica da produção de riscos passa a dominar a lógica da produção de riqueza. As fontes de perigos já não são mais o desconhecido, e sim o conhecimento: estamos diante de uma modernização reflexiva, que converte a si mesma em tema e problema, fundada numa racionalização de segundo grau (Beck, 2010).

Embora alguns Estados, etnocêntrica e historicamente, reivindicuem o poder de moldar a evolução humana, não há um sentido predeterminado. A história é um processo aberto e conflitivo, interpretado por sujeitos com interesses e valores próprios. Mas se deve reconhecer a tendência para o desenvolvimento tecnológico que tem incrementado o poder da humanidade (Castells, 2006, p. 40). Essas transformações afetam o fundamento estrutural das relações sociais e políticas.

Quanto mais as sociedades avançam, mais os sujeitos adquirem a capacidade de refletir sobre as condições de sua existência e agir para modificá-las. As instituições tradicionais (como partidos políticos, sindicatos e família) tendem a perder a base de sua legitimação histórica. As pessoas se tornam cada vez mais livres da estrutura social e política, que devem ser redefinidas ou até mesmo reinventadas (Beck, 2012b).

A sociedade globalizada é essencialmente plural. Está marcada por democratização, diversidade cultural e avanço do individualismo. As tradições perdem

força e as relações sociais são mais voláteis. Predominam as ocupações relativas ao conhecimento ou aos serviços. Estamos nos deslocando de um sistema baseado na manufatura para um mais centrado na informação (Giddens, 2007). Podemos chamar, pois, esse estágio de “pós-modernidade”.

“Pós-modernidade” é um termo polêmico, tanto em relação ao rompimento ou não da modernidade como em relação à adequada terminologia. Além de “pós-modernidade”, há variadas nomenclaturas para descrever o momento: “ultramodernidade”, “transmodernidade”, “tardo-modernidade”, “modernidade tardia”, “alta modernidade”, “modernidade líquida”, “modernidade reflexiva”, “sociedade pós-industrial” etc. “Modernidade tardia”, por exemplo, é usada por quem acha que “modernidade” é um termo atemporal, pois não haveria um curso natural e sequencial da história, a evitar uma análise determinista ou historicista (Menezes, 2010). “Modernidade líquida” realça o caráter fluído e maleável do conhecimento, uma vez que os líquidos “fluem”, “escorrem”, “esvaem-se”, “respingam”, “transbordam”, “vazam”, “inundam”, “borrifam”, “pingam”; são “filtrados”, “destilados”; não são facilmente contidos e contornam obstáculos, dissolvem outros e inundam seu caminho (Bauman, 2001). A “modernidade reflexiva” foca na força motriz da mudança social em categorias de efeito colateral: a reflexividade é a autoconfrontação da sociedade com os efeitos imprevisíveis da sociedade de risco (Beck, 2012b).

A mera discussão sobre o conceito é cansativa e pouco produtiva (Beck *et al.*, 2012). Assim, apresentaremos o conteúdo das novas transformações por que passa o nosso mundo por intermédio do termo “pós-modernidade”. Ele se originou de um movimento artístico de meados do século XX que buscava analisar essas transformações: o pós-modernismo. A partir daí, “pós-modernidade” passou a ser um conceito cultural, filosófico e sociológico (Cunha, 1991).

Estamos em um período no qual as consequências da modernidade tornam-se radicalizadas e universalizadas (Giddens, 1990). Na pós-modernidade crescem exponencialmente o pluralismo, a fragmentação, a indeterminação e a necessidade de tolerância. Não estamos mais inseridos em um enredo histórico predominantemente cartesiano.



Por outro lado, a tentativa de fixar fronteiras entre as épocas não passa de projeções da nossa inexorável ânsia de separar o inseparável e de ordenar o fluxo (Bauman, 2007, p. 280). Não se negam os benefícios da modernidade. Apenas se recusa aquela pretensiosa e utópica visão, o que não deixa de ser uma ruptura suave. Deve-se aproveitar o que o passado tinha de bom e superar falsas dicotomias: velho e novo; aceitação do progresso e da técnica e sua integração com a natureza (Cunha, 1991). Enfim, a pós-modernidade é a modernidade que atinge a maioria, a olhar-se à distância e não de dentro (Bauman, 2007, p. 281).

A modernidade atinge um novo estágio quando é capaz de perceber que o aumento de conhecimento expande o campo da ignorância, que, a cada passo rumo ao horizonte, terras desconhecidas aparecem para serem desbravadas (Bauman, 2007, p. 253). O domínio racional do conhecimento não é tão simples como se bradou. É, pois, um momento de aprofundamento do conhecimento e de sua análise reflexiva. Assume-se, assim, que a o conhecimento exposto pode não ser a única versão possível, nem a melhor.

Os riscos também parecem aumentar. Dessa forma, os teóricos preocupados com as perspectivas do mundo tecnológico liderado por especialistas podem ser divididos em quatro grupos, segundo os humores clássicos: os felizes tecnófilos; os tecnófilos ansiosos; os tecnófobos esperançosos; os tecnófobos desesperados (Bauman, 2007). Visamos à adoção de uma visão equilibrada, que não seja tão medrosa a ponto de rejeitar o novo, muitas vezes melhor, mas que também não acolha irrefletida e cegamente as inovações: talvez sejamos tecnófilos ansiosos.

## **2.2. A Globalização**

### ***2.2.1. Breve Histórico da Evolução do Estado***

Especialmente a partir do século XV, as nações foram fortalecidas na pessoa do monarca. Desenvolveu-se a concepção de Estado-nação. É o momento conhecido como Absolutismo, com o reforço da segurança interna e a defesa externa, que visou à estruturação de uma entidade coletiva sob a ideia de soberania.

Nos séculos seguintes, com o Iluminismo, há o gradual abandono dos suportes políticos em dogmas religiosos. Na modernidade, emerge um modelo de sistema em que o chefe político do Estado assume o comando racional da sociedade. O Estado reúne o aparelho político de governo (instituições, como parlamento e servidores públicos) sobre determinado território, cuja autoridade de usar a força é apoiada pelo sistema legal unificado.

As atividades comerciais floresceram no século XVIII. A burguesia, fortalecida, exigiu participação no poder, tendo em vista que o Estado deveria garantir o livre exercício das atividades comerciais; ela queria preservar a separação entre o espaço público e o privado. Desenvolve-se, assim, a democracia. O ápice da concepção iluminista de soberania popular ocorreu com as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789).

Os burgueses puderam se desenvolver e acumular riqueza. Mas eram minoria em face dos trabalhadores. As injustiças sociais foram realçadas e os movimentos sociais insurgiram-se no século XIX.

O Estado de bem-estar social aporta no século XX para solucionar as discrepâncias do Capitalismo, com o intuito de oferecer níveis mínimos de qualidade de vida aos cidadãos. Houve avanços, pois o Estado interveio fortemente nas relações sociais. A melhoria das condições de vida transformou o acesso a certos bens e serviços em necessidades básicas das pessoas, como educação, saúde, seguro social, energia elétrica, gás, água, saneamento, correios e telecomunicações (Avelãs Nunes, 2007). A legitimação do Estado passa a se sustentar em prestações sociais prometidas por meio do conteúdo programático definido na Constituição, em constante dilatação.

O modelo social exigiu a centralização da burocracia estatal num grupo dirigente. A sociedade civil tornar-se, pois, dependente do poder estatal. Elevam-se as exigências sobre o Estado, mas sua capacidade foi superestimada diante da dinâmica social.

O Estado social conduziu à criação de uma enorme burocracia ineficiente, que absorveu a quase totalidade dos recursos para sua própria manutenção (Gordillo, 2003, p. 32). Não pôde ampliar a oferta e a qualidade dos serviços prestados, passou a ser visto com

ceticismo e foi acusado de gestor ineficiente e perdulário de recursos públicos (Aguillar, 2011, p. 22).

A partir da metade do século XX, o modelo parece esgotado, pois a Administração Pública (AP) altamente dilatada para a prestação de serviços sociais não conseguiu alcançar os efeitos prometidos aos cidadãos. Os sinais de fadiga do Estado social podem ser assim resumidos: gasto crescente de recursos públicos e acumulação de défices, além da falta de condições políticas para aumentar a carga tributária; maximização da burocracia, que se tornou incontrolável; necessidade de redução de custos em função da competição global; perda do controle do processo produtivo para grupos privados transnacionais; resistência dos investidores privados em face dos crescentes custos infligidos pelo Estado.

Também se pode dizer que o antigo modelo de desenvolvimento alcançou seu limite para incrementar a produtividade quando foi incapaz de manejar a transição para a sociedade do conhecimento em face do potencial liberado pela Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) (Castells, 2006, p. 41). A atividade pública é lenta e sentida a longo prazo. Assim, a decisão sobre o desenvolvimento científico-tecnológico e a competitividade econômica não são dominados pela política.

O Estado não conseguiu satisfazer suas próprias exigências programáticas, previstas na Constituição, e sente o déficit de legitimação com a perda de confiança dos cidadãos. O aumento dos gastos públicos e o crescente endividamento dos Estados chegou ao auge com a crise do petróleo na década de 1970. A partir daí, as crises econômicas, impulsionadas pela ideologia liberal dominante e o avanço da TIC, forçaram um processo de reorganização do papel do Estado.

Uma nova geração de agentes públicos se sentiu encorajada a desafiar o estatismo e apresentar receitas radicais de transformação em função da “esclerose” de Estados ambiciosos e seu efeito paralisante sobre a iniciativa privada. Os governos britânico e norte-americano foram assumidos por políticos conservadores, respectivamente, Margareth Thatcher, em 1979, e Ronald Reagan, em 1980. Defendiam que o Estado deveria promover apenas tarefas indiretas, como a absorção dos efeitos sociais do progresso e o controle dos riscos. Foram buscadas formas de gestão mais flexíveis e eficientes; houve

desregulamentação e liberalização dos mercados; sindicatos foram achatados. Terminou, pois, o período de expansão do Estado social (Santos, 1990, p. 23).

Houve forte influência ideológica, mas não foi esse o único fator. O crescimento da atividade econômica, cujos poderes transpassaram os limites estatais, em conjunto com uma sociedade globalizada mais informada, exigiu mais qualidade na prestação dos serviços.

### **2.2.2. O Avanço da Globalização**

Especialmente após o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em 1991, começou a se alastrar o capitalismo global sem travas. A bancarrota do estatismo, o pragmatismo míope da socialdemocracia, a ideologia dos Estados Unidos da América (EUA) e a ascensão da União Europeia (UE) ajudaram em tal propósito. O movimento obteve a liberalização de mercados financeiros e a promoção da globalização assimétrica do comércio, representada pela Organização Mundial do Comércio. Nos países em desenvolvimento, esses preceitos foram cultivados por imposição do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Desenvolveram-se, no âmbito internacional, organizações intergovernamentais e não governamentais, e incrementaram-se mecanismos transnacionais e regionais de governo.<sup>1</sup> É inegável a crescente integração entre os países, que acelera o movimento transnacional de bens e serviços. O fato também é notável no movimento de capitais: alimentada pelo dinheiro eletrônico, a atual economia do mundo não encontra paralelo em outras épocas (Giddens, 2010).

---

<sup>1</sup> Uma organização intergovernamental é um organismo estabelecido pelos governos que dele participam e ao qual é atribuída responsabilidade para regular um determinado campo de atividades de âmbito transnacional; a organização não governamental é um organismo independente, que opera a par de organismos governamentais na tomada de decisões políticas e na definição de posições quanto a questões internacionais (Giddens, 2009, p. 55).

O desenvolvimento tecnológico permitiu a globalização e uma maior concorrência em atividades econômicas antes vistas como monopólios naturais ou estratégicas para o Estado.<sup>2</sup> Proporcionou maior poder aos agentes do mercado.

O desenvolvimento das técnicas de comunicação enfraquece a articulação territorial (Spada, 2009, p. 4). O mundo dos Estados, regido pela hierarquia, tende a ser substituído pelo mundo das redes transestatais, regidas pela interdependência: prevalecem interferências, sobreposições e complementariedades (Cassese, 2010, p. 44).

Vivemos sob a globalização, um processo mundial de incremento da interdependência social. As pessoas estão conectadas e a economia passa a depender de gigantescas operações transfronteiriças. As empresas transnacionais são o eixo da economia: respondem pela maioria do comércio mundial, são cruciais para o desenvolvimento de novas tecnologias e são decisivas nos mercados financeiros internacionais (Giddens, 2009, p. 52). Assim, todo mundo discute a globalização: *globalization* em países de língua inglesa; na França diz-se *mondialisation*; na Espanha e na América Latina (exceto Brasil) *globalización*; na Itália *globalizzazione*; na Alemanha *globalisierung*.

A maioria dos países ocidentais contava com a soberania sob instituições democráticas. Mas o poder econômico tornou-se fluido e exigiu mobilidade das empresas e indivíduos sob nova uma relação. A sociedade global caiu dentro de um jogo: passamos de um mundo de superpoderes estatais àquele cada vez mais dominado pelos supermercados (Friedman, 1996). Houve condescendência (às vezes exagerada) quanto à perda do poder estatal em favor do multilateralismo. Sob essas condições, o Estado não é mais retratado como uma unidade isolada: está cada vez mais aberto a influências alienígenas e dependente de atores difusos e diversificados.

Atinge-se o poder soberano do Estado, a comprometer as políticas interna e externa, bem como sua capacidade em promover valores, compromissos e responsabilidades constitucionais (Rijgersberg, 2010, p. 66). Questiona-se ainda a

---

<sup>2</sup> Ainda há atividades com monopólios, como infraestrutura de redes de energia elétrica, mas são reduzidas. Inclusive, cumpre ao regulador identificar os monopólios genuínos e impedir que subam os preços inadequadamente (Baldwin *et al.*, 2012, p. 24).

atualização do Estado nacional, organizado e pensado sob a unidade da identidade cultural de um povo, território e Estado (Beck, 1999, p. 23). Mas o sistema de governança global não se pauta necessariamente por princípios democráticos (Canotilho, 2006, p. 292).

Resumidamente, há três formas de se analisar a globalização: os hiperglobalistas, os céticos e os transformacionalistas (Rijgersberg, 2010). Os hiperglobalistas (ou liberais) anotam a emergência de uma rede econômica transnacional que domina a produção, o comércio e as finanças em face da inevitável erosão do poder estatal: defendem o estímulo à iniciativa privada e a difusão do Capitalismo. Os céticos (ou estatistas) negam a novidade da globalização, duvidam de seus benefícios e sustentam que a economia global não está totalmente integrada: entendem que o Estado deve ser o principal impulsionador da sociedade. Os transformacionalistas, por sua vez, buscam uma concepção intermediária livre de preconceitos ideológicos: creem que as atuais interconexões transnacionais afetaram os poderes estatais, que devem ser reconfigurados.

A posição transformacionista, intermediária, parece-nos razoável. São evidentes as alterações, mas não é possível largar tudo nas mãos privadas. Os governos nacionais devem agir, mas veem-se incapazes de atuar sozinhos (como foi confirmado na crise econômica de 2008). Perderam parte da capacidade de monitorar e controlar os fluxos de informações, capitais e mercadorias (Bochenek, 2008).

A expansão do capitalismo tornou-o mais abrangente e descentralizado, a promover a interdependência entre os atores públicos e privados. Nota-se uma tendência ao dinamismo e escopo globalizante nas instituições. As atividades locais são influenciadas (às vezes até determinadas) por acontecimentos distantes.

Os cidadãos perdem a confiança nos seus representantes; acham que a política nacional tem pouco impacto em suas vidas (Giddens, 2009, p. 434). Os governos nacionais são muito pequenos para os problemas transnacionais e, ao mesmo tempo, muito grandes e distantes dos problemas locais. Assim, outras autoridades tornam-se legitimadas para participar da regulação econômica e social. É imperiosa a reformulação estatal.

### 2.3. A Era da Informação

A globalização não possui uma única fonte, mas podemos destacar o desenvolvimento da comunicação, os multidirecionais fluxos culturais, o avanço da economia transnacional e a conseqüente reconfiguração estatal. Cresce a interdependência entre as pessoas e as organizações, a implicar numa ligação acelerada e universal.

Em outros períodos da história, houve liame transnacional em termos econômicos, sociais e políticos. Mas, com o desenvolvimento da internet, o salto foi significativo. Conforme diferentes áreas são interconectadas, ondas de transformação penetram na superfície da Terra (Giddens, 1990).

A explosão da comunicação foi essencial para a globalização, especialmente com o incremento dos sistemas de processamento de dados e da *internet* após a segunda metade do século XX.<sup>3</sup> Agora, a baixos custos, as pessoas se conectam em alta qualidade. Com o avanço da TIC, disseminou-se a geração de conhecimento, o processamento de informação e a comunicação de símbolos (Castells, 2011b, p. 53).<sup>4</sup>

A *internet* conecta bilhões de pessoas em todo o mundo, que podem se interessar mais por fatos e pessoas de outros países do que pela luta por melhores condições de vida em sua cidade. O fenômeno de “encaixes” e “desencaixes” com nova dimensão espaço-temporal nas relações sociais oferece infinitas possibilidades, além das limitações por hábitos e práticas locais; afora econômica, a interligação é política, tecnológica e cultural (Giddens, 2010).

---

<sup>3</sup> A internet pode ser definida como uma arquitetura de comunicação fundada por três princípios: técnica de transmissão comutada de pacote (*packet transmission technique*), princípio de desenho de ponta a ponta (*end-to-end design principle*) e modelo de *design* em camadas (*layered design model*) (Rijgersberg, 2010, p. 49). É a rede mundial de computadores desenvolvida, inicialmente, pelos EUA em função de atividades militares de dispersão de informação na Guerra Fria (uma disputa pelo domínio ideológico, econômico, político e cultural travada com a URSS após o fim da Segunda Guerra Mundial). O resultado foi uma arquitetura em rede que não pode ser controlada a partir de nenhum centro, composta por inúmeros de computadores autônomos, com vastas maneiras de conexão contornando barreiras eletrônicas (Castells, 2011b, p. 44).

<sup>4</sup> Tecnologia pode ser definida como o uso do conhecimento científico para estabelecer procedimentos operacionais de forma reproduzível (Castells, 2006, p. 33).

Os meios de comunicação estão em franca expansão, a possibilitar a difusão autônoma e o intercâmbio de informações, ideias e iniciativas. Há quatro elementos cruciais na nova dimensão espaço-temporal: a extensão, a se referir ao grau em que as atividades sociais, políticas e econômicas espalham-se mundialmente; a intensidade, a indicar a magnitude das interconexões e fluxos de negócios, finanças, culturas etc., a refletir a interdependência estabelecida entre os atores e atividades por meio das redes; a velocidade, a expressar a rapidez do fluxo global, ou seja, interação e incremento de processos como sistemas de rede globais de transporte e comunicação na aceleração de ideias, bens, informações e dispersão de capital no mundo; a propensão ao impacto, a apontar o grau em que o global e o local estão entrelaçados, isto é, como atores e ações não locais afetam atores e ações locais e vice-versa (Rijgersberg, 2010).

Com efeito, a *internet* é o pivô catalizador da globalização, que acelera e reforça o processo através da disponibilização de comunicações e transações globais baratas e amigáveis (Rijgersberg, 2010, p. 64). A TIC, fundada no aumento da capacidade de processamento da informação e da comunicação humanas, é o paradigma tecnológico que constitui a base material da sociedade no início do século XXI, pois possui as seguintes capacidades: autoexpansiva de processamento e comunicação em termos de volume, complexidade e velocidade; de recombinação baseada na digitalização e na comunicação recorrente; de flexibilidade de distribuição por meio de redes interativas e digitalizadas (Castells, 2006).

Impulsionadas pelo alargamento do acesso à TIC, as grandes empresas subcontratam suas atividades globalmente, a intensificar a especialização e o comércio transnacionais. O desenvolvimento também serviu para automatizar processos e diminuir a necessidade de mão de obra.

#### **2.4. A Sociedade em Rede**

A estrutura social é composta por acordos organizativos humanos relacionados com produção, consumo, reprodução, experiência e poder, expressos por uma comunicação codificada pela cultura. As redes de relações sociais constituem uma estrutura fundamental da vida: integram a sociedade há milhares de anos, desde a saída do



*homo sapiens* da África rumo à Ásia, a passar pela rota da seda, interligando o Oriente à Europa nos últimos milênios, e as grandes navegações portuguesas a partir do século XV. Ou seja, há muito as sociedades dependiam de conexões em suas atividades, com redes que transcendiam os limites de sua localidade fonte de sustento, recursos e poder. Entretanto, antigamente, as redes perdiam eficiência quando superavam certo tamanho, complexidade e volume de intercâmbios (Castells, 2006, p. 29).

A redes são compostas de um conjunto de nós interconectados, que trabalham sob uma lógica binária: inclusão-exclusão. Cada rede possui objetivos e regras de funcionamento próprios. As redes de comunicação são padrões de contato criados pelos fluxos de mensagens entre distintos comunicadores no tempo e no espaço, a serem processados internamente (Castells, 2006).

Até o surgimento e desenvolvimento da *internet* e das redes de comunicação sem fio, normalmente, havia um único sentido no fluxo de informações e instruções em razão da demora para respostas. Assim, a tradicional estrutura de comando e controle era a melhor forma de se organizar as relações sociais.<sup>5</sup> As redes eram uma mera extensão do poder concentrado no alto das organizações verticais que fizeram a história da humanidade: Estado, burocracia civil, exército, entidades religiosas etc. (Castells, 2006, p. 29).

Contudo, a partir do desenvolvimento da TIC nas últimas décadas, as redes sociais assumiram nova dimensão. A capacidade humana para aproveitar o potencial das tecnologias e da reestruturação organizativa baseada em redes converteu-se na chave para assegurar produtividade, competitividade, inovação, criatividade e, finalmente, divisão do poder (Castells, 2006, p. 73).

A sociedade estruturada em redes potencializadas pela TIC adquire flexibilidade, adaptabilidade e capacidade de autorreconfiguração (Castells, 2006). Com essa estruturação, as práticas sociais são criadas em função dos interesses, valores e prioridades

---

<sup>5</sup> O termo “comando e controle” (“*command and control*” ou “C & C”) refere-se o exercício da atividade administrativa, designadamente no âmbito regulatório, mediante a imposição de normas legais que, se descumpridas, acarretarão em sanções. Com efeito, por meio de lei, são estabelecidos rígidos padrões a serem seguidos pelos administrados (ou pessoas reguladas), que proíbem ou exigem certas condutas (ações negativas ou positivas), a fim de satisfazer o interesse público (cf. Baldwin *et al.*, 2012, p. 106-134).

de cada um. Os indivíduos constroem seu próprio espaço, fazem sua própria rede e reconfiguram-na à medida que seus modos de vida se transformam. As redes sociais de interação tendem a ligar-se a organizações, instituições e normas, em decorrência de sua conveniência e adequação aos projetos individuais. Essa lógica da rede em cadeia, a partir de fontes identificáveis, aumenta a credibilidade das mensagens, a converter-se numa forma efetiva de disseminação de informação considerada fiável (Castells *et al.*, 2009).

São estruturas abertas capazes de expansão ilimitada, a integrar-se por novos nós, desde que consigam comunicar-se. Os nós são os pontos de intersecção numa sociedade sem centro. São pontos de encontro entre os atores interessados em determinado fato ou atividade, que compartilham os mesmos códigos de comunicação. Assim, os nós possuem maior relevância para a rede quando absorvem as informações relevantes e as processam de forma eficiente, a contribuir para seus objetivos; quando são redundantes ou perdem sua função, as redes reconfiguram-se, eliminando alguns nós e adicionando outros (Castells, 2006). A cooperação entre as redes está, pois, baseada em sua capacidade para comunicar-se, a depender da existência de códigos de tradução e interoperatividade comuns (protocolos de comunicação) e também ao acesso aos pontos de conexão (*links*) (Castells, 2011b).

As novas tecnologias têm a habilidade de recombinaar informações sobre as bases da comunicação recorrente e interativa, com a possibilidade de sempre promover inovação em face das infinitas possibilidades de reconfiguração. São maleáveis, pois as conexões permitem uma retroalimentação contínua de conhecimento: resultados originais surgem a cada momento e são novamente reprocessados na rede. É processo interminável de produção de informação, comunicação e retroalimentação. O conhecimento é cumulativo e permite a compreensão de processos que se encontram além da mera observação.

#### **2.4.1. As Mudanças Sociais**

As pessoas precisam de espaços nos quais possam se encontrar para discutir assuntos de seu interesse. Assim, trabalham bem no ambiente virtual escolhido, que lhe conforta com interações da vida real. São enclaves deliberativos com grupos de pessoas que pensam de modo semelhante de modo a promover aprendizado, criatividade e

inovação e, ao mesmo tempo, há alguma diversidade interna, a possibilitar novas ideias e teorias (Sunstein, 2010, p. 136).

A capacidade das redes para introduzir novos atores e novos conteúdos no processo de organização social, com relativa independência dos centros de poder, incrementa-se diariamente. Ao organizar esses elementos, as sociedades fundam-se em informação e conhecimento como fontes de poder e produção de riqueza.

Desenvolve-se uma economia que é global, informacional e em rede. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação estão conectados globalmente; é informacional porque a produtividade e a competitividade dependem da capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente o conhecimento; é em rede porque a produtividade e a concorrência são causadas pela teia global de interações (Castells, 2011b).

Porém, não basta a difusão da TIC para entrar na sociedade da informação (como já se percebeu com a simples introdução de computadores ou *tablets* em sala de aula). As novas tecnologias só dão frutos se houver transformações culturais, organizacionais e institucionais (Castells, 2006).

Deve haver maior descentralização das organizações, tanto internamente quanto nas relações com outras organizações. É imperiosa, pois, a reorganização do Estado em diferentes intensidades e orientações (Castells, 2011b, p. 40). Assim, uma proporção crescente das interações sociais e intercâmbios comunicativos acontecerá externamente às instituições. Essa atividade extrainstitucional faz parte da “desorganização” do Capitalismo contemporâneo, a nos afastar de expectativas normativas das organizações e permitir o reengajamento em grupos de mais afinidade.

Também há problemas a serem superados. A estrutura em redes maleáveis incrementa o individualismo e facilita a disseminação de rumores de todo o tipo, inclusive infundados e manipulados. Portanto, embora haja um reforço da autonomia individual perante as instituições dominantes, não há necessariamente uma direção de democratização da sociedade, uma vez que o poder da mobilização das bases está sujeito aos perigos da

demagogia (Castells *et al.*, 2009, p. 331). Todavia, ainda assim, há um autocontrole interno do sistema por meio de contrainformações, que igualmente se disseminam rapidamente

Outra questão é a vulnerabilidade a crises, especialmente diante da perda de magia da autoridade hierárquica. Os sistemas informatizados não são singelos instrumentos de processamento de informações. Oferecem conexões horizontalizadas que facilitam a interatividade e a cooperação entre as pessoas. Assim, as máquinas precisam de manutenção, e um minúsculo defeito pode desencadear uma catástrofe. Como numa fábrica, mais tecnologia torna mais complicada a possibilidade de substituição das partes e, portanto, maior é a criticidade do todo (Dunsire, 1993, p. 22).

Nesse contexto, a estrutura em rede deve ser estrategicamente concebida sob uma complexa teia de colaboradores. A formação de alianças, cultivo de parceiros e garantia de compatibilidade entre os sistemas são deliberações essenciais para a qualidade da rede.

### **3. DA RECOMPREENSÃO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA COMO (BOA) GESTÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO REGULADOR**

#### **3.1. A Nova Gestão Pública**

##### **3.1.1. A Organização Weberiana**

A partir do desenvolvimento do Estado de direito no século XVII e do conceito histórico-universal de Constituição, germinou o ideal de separação entre os sistemas político e jurídico. Então, foi estruturado o direito administrativo, a permitir uma AP sob o Estado de direito, fundada em governos nacionais regidos por leis. O direito administrativo é, pois, historicamente filho do Estado-nação (Cassese, 2006b, p. 72).

Em contraste com a antiga autoridade plantada em relações pessoais, a partir do final do século XIX, o alemão Max Weber (considerado um dos fundadores da sociologia moderna) desenvolveu o modelo de estruturação racional das organizações. Concebeu a sistemática organizacional no sentido de que, sob uma constante no tempo e no espaço, coordena atividades das pessoas. A lei existe para que a ordem seja mantida por um quadro de pessoas que podem usar a força (física ou psíquica) ou impor sanções diante da violação da norma (Weber, 1982).

Weber pensou no governo como um pequeno grupo que conduz a maioria. A relação entre os líderes políticos e a população seria baseada em autoridade ou dominação, através da comunicação unilateral de comandos. O poder de dar ordens, alçado pelo direito, apoiar-se-ia na crença da legalidade das normas. A legitimidade decorre, pois, do uso do poder constituído, sob a concepção de que o povo deu consentimento ou anuência à autoridade (Giddens, 2009, 2012a).

Na modernidade, floresceu uma AP burocrática, estruturada hierarquicamente e racionalizada.<sup>6</sup> Segundo Weber (1982), a burocracia rege áreas de competência específica, ordenadas por normas; as atividades são distribuídas de forma fixa, como deveres oficiais,

---

<sup>6</sup> A palavra “burocracia” foi utilizada pela primeira vez, de uma forma depreciativa, por Gournay em 1745, o qual juntou o prefixo “*bureau*”, que significava “escritório” ou “secretária” em francês, com a palavra “*cracia*”, derivada do verbo grego “governar” (Giddens, 2009, p. 350).

sendo tomadas medidas metódicas de forma regular e contínua; e a autoridade de dar ordens se distribui de forma estável, delimitada pelas normas.

A espelhar-se na hierarquia militar, Weber via a AP fortalecida pelo procedimento burocrático legalmente definido, em vez da estrutura fundada na lealdade pessoal e no patrimonialismo, que confundia o interesse público com os interesses privados do grupo dominante. Os servidores públicos tornam-se efetivos, sob as seguintes regras: seleção por qualificação profissional através de concurso; competências funcionais fixas; submissão a regulamento normativo, com direitos e deveres; dever de cumprir apenas as obrigações dos cargos (separados de sua vida privada); propriedade estatal dos recursos a serem operados; remuneração em dinheiro consoante a posição hierárquica; exercício do cargo como profissão única; plano de carreira e promoção baseada na capacidade e antiguidade; forte controle disciplinar. Assim, foi estruturado o modelo racional-legal de burocracia: a existência de uma hierarquia em forma de pirâmide, numa cadeia de comando em que a maior autoridade está no topo, e cada servidor de nível superior controla e supervisiona aqueles abaixo.

A modernidade objetivava eficiência por meio da técnica: precisão, disciplina, confiabilidade e continuidade mediante a aplicação de padrões universais (Guerra, 2012, p. 59). Nessa linha, a burocracia foi concebida como uma gestão que permitisse o registro da “memória” da informação, normalmente por meio escrito (Giddens, 2009, p. 350).

A burocracia tem um viés fortemente hierarquizado, fundado no comando da sociedade por atos unilaterais, em que predomina o ideal de “bem comum” sobre valores individuais. Cultivou a imagem de gestão pública de divisão entre cidadãos e agentes públicos, em que aqueles são chamados de “administrados” ou até mesmo de “súditos” (em alusão aos regimes monárquicos). Tais circunstâncias provam que o direito administrativo não surgiu de uma total ruptura com o passado após a Revolução Francesa (Medauar, 2003, p. 22).

### **3.1.2. *O Novo Direito Administrativo***

O direito administrativo clássico (de modelo europeu-continental) desenvolveu-se sob a lógica burocrática weberiana, de unidade de gestão, em que o titular máximo do Poder Executivo seria responsável por toda a AP. Contou com um plano fundado na atuação da AP e a estreita ligação entre atividade e controle. Pensava-se o direito administrativo como disciplina voltada à organização centralizada e uniforme, em posição acima do cidadão, a prevalecer decisões unilaterais de comando e controle; um conjunto de condições para a conformação fundada no ato formal decorrente da lei.

A AP controlada por rígidas normas, assegurada pelo topo do Executivo com responsabilidade política perante o parlamento, configurou o direito administrativo nos últimos séculos. O funcionário burocrata apenas realizaria funções definidas no regulamento, mas isso gerou dificuldades.

A modernidade pressupunha o domínio da razão humana. Weber (1982) acreditava que apenas a burocracia poderia organizar a coletividade e que inevitavelmente seria expandida. As pessoas seriam submetidas a uma disciplina técnica, maçante e repetitiva. Aliás, Weber previu a possibilidade de um mundo aprisionado na “jaula de ferro” da dominação burocrática (Giddens, 2012a, p. 130).

A ordem racional queria instalar-se e tornar-se universal num mundo sem contingência nem ambivalência, em que se mesclavam ordem política e conhecimento num projeto de certeza sob a autoilusão da modernidade (Bauman, 2007, p. 242). Todavia, atualmente, generaliza-se a visão de que os governos estão sobrecarregados, incapazes de responder às expectativas públicas e das instâncias não estatais (Pierre e Peters, 2005, p. 120). Em face da ineficiência do Estado social, perdem espaço concepções de maximização do poder, assim como a escassez de recursos econômicos adianta a necessidade de uma redefinição da gestão pública.

A ideia de que deveria haver um centro político de comando é um equívoco que permeou a modernidade (Beck, 2010, p. 335). Com o exponencial desenvolvimento da TIC e da sociedade hipercomplexa, a racionalidade não raiou com simplicidade.

A pós-modernidade expôs um mundo aberto, fragmentado e incerto. Os modelos de linearidade e crenças no controle, característicos da fé no progresso e na perpétua modernização, foram substituídos por imagens de múltiplas discussões de automodificação, autorrisco e autodissolução das bases da racionalidade e das formas de racionalização nos centros de poder (Beck, 2012b). O aprofundamento do conhecimento na pós-modernidade elevou a percepção de que sempre é possível uma nova escavação do saber, em nichos altamente especializados, que também não serão completamente desvendados.

Outrossim, os avanços tecnológicos são diários, a exigir flexibilidade e dinamicidade da AP. A globalização também exige o desenvolvimento de relações transversais entre diversos atores, locais e transnacionais, que dividem uma difusa extensão de poder. A tradicional compreensão da atividade administrativa não é mais adequada à crescente abertura estatal às “constelações jurídicas pós-nacionais” (Tavares da Silva, 2010b, p. 11). Destarte, foi posta em xeque a gestão fundada num único centro de autoridade, por meio do comando e do controle, com a AP assentada na rígida e lenta burocracia. É um modelo que também sofre críticas por focar em processos ao invés de em resultados (Cheema, 2005).

É impossível o fim das incertezas, e a busca por sua redução exige múltiplas análises especializadas, a tornar inviável a estruturação num núcleo. Alarga-se, até o incomensurável, o domínio da regulamentação possível do comportamento, e a validade jurídica já não pode mais ser fundada em normas concebidas como eternamente válidas (Luhmann, 2005a, p. 56).

A estruturação do direito não pode mais ser concebida como um sistema erigido sob hierarquia ditada pelo sistema político nacional. As relações políticas, sociais e econômicas desenvolvem-se em escala global, sob a força das leis do mercado e dos valores da eficiência, num quadro de policentralidade transestadual de poderes (Vieira de Andrade, 2011, p. 22). Portanto, a realidade atual, com propagação de assuntos locais, regionais, nacionais e transnacionais, reclama uma visão mais holística e profissional de interesse público, por meio de uma relação interdisciplinar especializada.



Com efeito, a crescente abertura da estadualidade na sociedade em rede contribui para modificar as características do direito administrativo geral (Tavares da Silva, 2010b, p. 11). Há uma nova dimensão da complexidade e a necessidade de regulações especializadas. É imprescindível, pois, a reorganização intraestadual nessa trama, como a pluralização das organizações e a reafirmação de atores privados.

O Estado está cada vez menos fundado em setores de tradicional autoridade (Vieira de Andrade, 2011, p. 23). Os novos problemas de gestão global de interesses públicos, em que convivem um *mix* de normas públicas e privadas, exigem que a AP seja eficiente em face de resultados específicos. Logo, se for melhor para se alcançar profissionalmente as metas desejadas, deve-se concessionar, contratar, subsidiar e delegar tarefas e, ao mesmo tempo, numa gestão por parcerias, cooperar, assegurar e controlar sistematicamente ações privadas de interesse geral.

Há uma profunda alteração de paradigma, pois se abandona o Estado-providência para a transformação no Estado garantidor, que regula, orienta e incentiva as atividades privadas (Vieira de Andrade, 2011, p. 22). Não se propõe, porém, a adoção do liberalismo ou neoliberalismo. Objetiva-se a melhor implementação de mecanismos de otimização do bem-estar social, que se espraia por diferentes perspectivas ou ângulos de análise: plano organizatório, plano funcional e plano do controle (Tavares da Silva, 2010a, p. 521).

O novo direito administrativo também não deve transformar o cidadão num mero consumidor. O consumidor, a quem a prestação oferecida não passe de um produto econômico e transitório a se gastar, é um anticidadão, e a coisa comum a serviço da coletividade não pode cair na tragédia do insaciável consumo (Canotilho, 2010, p. 37). A AP deve ser uma entidade estruturada que absorva os programas políticos fixados pelo legislador e pelo governo para concretizá-los segundo esquemas de composição de interesses da sociedade (cooperação), dentro dos limites impostos pelos princípios materiais e processuais de justiça (como eficiência, sustentabilidade, transparência e igualdade de oportunidades), sendo a sua *performance* controlada em diversas fases em função de resultados: *accountability*, monitorização e responsividade (Tavares da Silva, 2010b, p. 37).

### 3.1.3. *New Public Management*

A AP reflete mudanças históricas e ideológicas. Assim, a exigir mais qualidade no exercício das atividades, desenvolveram-se novas ideias de gestão que pregam a aplicação de princípios de gerência privada no setor público, como imposições de eficiência e flexibilidade. Deve haver foco na hábil utilização dos recursos por meio do gerenciamento da máquina pública com eficácia quanto aos resultados, em atenção ao cidadão e à construção da confiança com as forças de mercado.

Em mercados competitivos, as empresas são obrigadas a operar com tecnologia eficiente (Lane, 2000, p. 61). Os seguidores de Adam Smith creditam à natural competição dos negócios privados um fator de constante luta por eficiência que provoca redução de preços e inovação tecnológica. Assim, defendem a ampliação do papel dos atores privados em busca de clientes.

“*Management*” (ou “gestão”) refere-se ao adequado uso de meios para atingir certos fins. O resultado será satisfatório se objetivos são definidos e operações estruturadas para alcançá-los. Infere-se, pois, a necessidade de racionalização da atividade pública segundo preceitos técnicos e padrões econômicos com o fito de se alcançar eficiência, como proposto pelo *New Public Management* (NPM).

“NPM” é uma expressão de origem britânica associada à reforma da AP que ocorreu no Reino Unido durante o Governo Thatcher (Tavares da Silva, 2010a, p. 522). Mas vários países – entre eles o Brasil – também implementaram reformas que permitissem maior agilidade e flexibilidade à atividade estatal (Saravia, 2009, p. 22). O modelo foi conhecido por apontar para um Estado reduzido, mais próximo do mercado e “economizador”, segundo os paradigmas da racionalidade econômico-privada (Canotilho, 2006, p. 142-143).

Enquanto a burocracia tradicional fundava-se em atos de comando e controle, o NPM vê eficiência no exercício de atividades próximo da racionalidade da gestão privada (Lane, 2000). São absorvidas as seguintes concepções: gestão baseada no desempenho, flexibilidade para os gestores, fortalecimento dos cidadãos, promoção da ética profissional e introdução de princípios empresariais no âmbito público, como terceirização e

subcontratação (Cheema, 2005, p. 2). Assim, são expostos os seguintes princípios: racionalização das tarefas estatais, profissionalização do setor público, definição de planos estratégicos, dismantelamento das grandes burocracias, execução descentralizada, privatização das atividades que não integram o núcleo da função estatal, prestação de serviços públicos em regime de mercado, transformação dos cidadãos em “clientes”, organização por objetivos, controle estratégico de produtividade e instituição de padrões de desempenho (Tavares da Silva, 2010b, p. 36).<sup>7</sup>

Os meios utilizados para atingir a eficiência por meio do NPM são variados, como contratação e subcontratação, privatização, construção de mercados internos, separação entre compradores e fornecedores, formatação de contratos de massa, avaliação comparativa e reestruturação da AP (Lane, 2000). Evidentemente, há diferentes extensões na adoção do modelo, mas o essencial é proporcionar uma conduta gerencial à AP – que traga eficiência para aliviar o fardo do aparelho estatal – e, conseqüentemente, reincorporar legitimidade ao sistema.

No NPM, com a aceitação de cálculos econômicos, são abandonados dogmas antiestatizantes e centralistas. Há uma tendência de transferência de atividades à iniciativa privada, substituição das hierarquias burocratizadas por estruturas flexíveis e descentralizadas. Gerentes públicos passam a negociar com os jogadores privados e a competitividade é fomentada. Alega-se, pois, que todos ganham com a privatização: o serviço de interesse público melhora, o Estado ganha com a venda e se livra da responsabilidade inadequada, e os investidores lucram. A operação privada torna-se mais eficiente, uma vez que a privatização incute a motivação pelo lucro.

Com efeito, a propagação do NPM permitiu o crescimento de um novo discurso voltado à implementação de políticas e prestação de serviços de interesse público (Osborne, 2010). Com efeito, explodiram ideias como privatização, descentralização,

---

<sup>7</sup> A diversificação e o enriquecimento das modalidades de prestação de serviços públicos, com a crescente e multifacetária colaboração do setor privado exigem atualizações sistematizadas; assim, não se debaterá a suposta diferenciação entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, pois não é mais necessário que a própria AP (ou quem dela seja delegado) atue como prestador das atividades com substrato econômico ou que essa atividade se submeta a um regime de direito administrativo estrito para ser considerado serviço público (cf. Moreira Neto, 2001).

introdução de agências reguladoras (e executivas), novas formas de regulação e até desregulação.

Há detratores do novo sistema (especialmente no Brasil). Entendem que os empresários só buscam o lucro, não possuem vocação para o interesse público e abandonam princípios fundamentais do ordenamento jurídico (cf. Avelãs Nunes, 2007; Di Pietro, 2002; Bandeira de Mello, 2004). Em síntese, os críticos sustentam que o NPM é uma mera aplicação da ideologia liberal mediante um discurso manipulador da classe dominante: seria uma incoerente mistura de ideias populares e a extensão de teorias de microeconomia do setor privado ao setor público e não há nada novo em face de antigos sistemas privatizantes.

Embora busque-se o incremento da competitividade, temos que a nova gestão pública não pode ser resumida a privatizações ou a um *mix* de gestão privada e pública. Atualmente, a AP não pode se focar apenas na empresarialização das estruturas administrativas, mas sim numa gestão baseada na racionalidade gestonária, preocupada com resultados (Gonçalves, 2013). A satisfação do cidadão e a orientação para resultados devem permear a nova visão do direito administrativo, que vai além do mero capricho econômico. O programa público deve, pois, centrar-se em: diminuição do tamanho do Estado, inclusive do efetivo de pessoal; separação de atividades de formulação e implementação de políticas públicas; desconcentração das atividades; previsão de mecanismos de aferição de custos e avaliação de resultados; autonomização de serviços e responsabilização de dirigentes; flexibilização da gestão orçamentária e financeira; adoção de formas de contratualização de resultados; flexibilização da relação de trabalho (a questionar a estabilidade dos agentes públicos); terceirização (*outsourcing*); privatização e transferência de atividades econômicas ao setor privado; remanejamento de atividades sociais para o terceiro setor (Guerra, 2012, p. 116).

A necessidade de eficiência e as dificuldades de atualização tecnológicas são uma realidade de todos os governos, e os resultados não se sustentam apenas em aspectos econômicos. Há, pois, suportes ideologicamente neutros no NPM, que têm sido aplicados por diferentes governos: conservadores, neoliberais e socialdemocratas (Lane, 2000, p. 7).

Certamente, o NPM deve ir além da análise de custo/benefício. É uma nova teoria com ferramentas sofisticadas, que têm sido aplicadas em todos os setores e provocado transformações, mas não é uma teoria pronta (Lane, 2000, p. 7). Nesse diapasão, é necessário um debate racional, que tente se desvencilhar de dogmas e analisar a melhor forma prestação das atividades de interesse público. É salutar avaliar e combinar os instrumentos políticos públicos com aqueles de gestão privada, incorporando-se as boas experiências, inclusive transnacionais. Ademais, devem reavaliados os relacionamentos entre os âmbitos político, social e técnico, especialmente no campo da regulação econômica.

#### **3.1.4. *Racionalidade, Eficiência e Interdisciplinaridade***

No auge do Estado social, centralização e discricionariedade eram considerados elementos fundamentais na gestão pública. O mercado foi relegado ao papel de gerador dos recursos necessários para pagar a generosidade governamental (Majone, 2006, p. 55). Porém, as enfraquecidas economias estatais sucumbiram à necessidade de gestão racional.

Antes havia o domínio dos juristas e filósofos, em abordagens axiomáticas. Mas os mecanismos de aplicação de regras formais vinculativas, sem a ponderação de outros aspectos – como econômicos, sociológicos e psicológicos – elevaram custos das atividades estatais sem trazer o resultado esperado, a definir os limitados recursos da coletividade. Estudos demonstraram que não apenas hierarquia e organização são relevantes para o sucesso das instituições, mas também custos de transação (Förster *et al.*, 2009).

A confiança dos cidadãos no sistema público (e a legitimidade política do governo) é maior onde a prestação de serviços tenha qualidade e estes sejam acessíveis aos cidadãos, onde as entidades públicas e privadas trabalhem bem coordenadas, complementando-se. A república exige a obtenção de máximo resultado com o menor gasto possível e soluções eficientes devem ser encontradas. Assim, cresce o interesse sobre o aspecto econômico no âmbito estatal; torna-se fundamental o controle do desperdício e da má utilização dos recursos públicos.

A boa gestão pública detém-se sobre os poucos recursos disponíveis. A atividade pública deve assegurar que os líderes políticos sejam capazes de proteger os direitos dos

cidadãos, mobilizar recursos por intermédio de tributos e de outras fontes que permitam efetivar os direitos fundamentais e dar estabilidade social.

A abordagem de custo-benefício é ponto de partida na solução de problemas por meios alternativos. Deve-se buscar o melhor resultado em face da organização: maior rendimento quantitativo e qualitativo com o menor dispêndio de recursos. Assim, ascendeu o princípio da eficiência administrativa, que objetiva garantir maior produtividade e economicidade na AP (Carvalho Filho, 2010, p. 27).<sup>8</sup>

A ancoragem natural da eficiência encontra-se nas ciências econômicas, no estudo das opções ditadas pela escassez (Tavares da Silva, 2010a, p. 519). Os economistas são adeptos de consequencialismo: a economia não está muito interessada em como os atores devem se comportar ou no comportamento normativamente mais bem justificado, mas na forma como efetivamente se comportam (Kirchner, 2008, p. 424). Concentraram-se em comparações de custo-benefício de diferentes normas e mecanismos de execução. Assim, os economistas anotam ser inviável a prestação direta pelo Estado de todas as atividades econômicas de interesse público.

A aplicação da eficiência no domínio jurídico resultou das teorias da análise econômica do direito, sob a necessidade de construir esquemas de respostas legitimadoras além do horizonte da escolha política (Tavares da Silva, 2010a, p. 520). Os economistas abriram caminho para melhorias por meio de regras redesenhadas para trabalhar com constrangimentos/incentivos. Refletiram as vantagens da introdução de um modelo gestor privado, para que o gestor público oriente suas decisões por uma racionalidade econômica que equacione exigências de adequação e proporção entre os meios mobilizados e os resultados produzidos (Gonçalves, 2013, p. 19). Pouco importa quem será

---

<sup>8</sup> Os resultados esperados da Administração Pública podem ser dimensionados em três aspectos: eficiência, eficácia e efetividade. Eficiência caracteriza-se como a relação entre os produtos gerados (*outputs*) e os insumos empregados na busca de melhor desempenho dos processos, atividades e projetos com relação ao custo envolvido e ao tempo destinado, a medir o esforço de transformação; eficácia é compreendida como as especificações do produto (*output*), isto é, a quantidade e a qualidade de produtos e serviços entregues ao usuário (beneficiário direto dos produtos e serviços da organização), a ser envolvida por critérios de excelência e influenciada pela eficiência da organização; efetividade caracteriza-se pelos impactos gerados por produtos, processos ou projetos, a relacionar o impacto previsto e o realizado, bem como analisar os resultados alcançados (Marini e Martins, 2010). São conceitos utilizados em gestão pública, mas que serão usados em conjunto no âmbito deste trabalho jurídico, que enfoca a eficiência sempre relacionada à eficácia e à efetividade.

o prestador do serviço de interesse público – entidade pública ou privada, local, regional, nacional ou transnacional –, desde que o resultado seja adequado.

A ausência de competição no Estado social não permitiu um debate sobre redução dos custos e controle de gastos. A lentidão burocrática trouxe ineficiência. Assim, com o risco de os custos econômicos das atividades públicas se tornarem insuportáveis, foi necessária a redução da intervenção direta do Estado na economia (Justen Filho, 2005, p. 451). Parte-se da precisa e adequada vocação das funções cometidas a cada entidade prestadora, de modo a satisfazer, da melhor maneira possível e com menores sacrifícios, as demandas dos cidadãos (Moreira Neto, 2008, p. 105).

O princípio da eficiência influencia na seleção de instrumentos para a concretização do interesse público com vistas à maximização do bem-estar social, numa situação de concorrência entre interesses públicos legítimos (Tavares da Silva, 2010a, p. 523). Há juristas que se opõem à ideia de que os princípios gerais do direito, axiologicamente fundamentados, possam ser quebrados pela eficiência como o objetivo final. Também há economistas que põem em dúvida o valor heurístico da eficiência, tendo em conta as dificuldades em defini-la e aplicá-la de forma dinâmica (Kirchner, 2008).

O cálculo de custos e benefícios pode tornar-se extremamente difícil e controverso, especialmente em face de análises prospectivas. Normalmente, o critério da eficiência é diluído pelo legislador em fórmulas de conteúdo impreciso (“evitar a burocratização”, “descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de ação” ou “racionalização dos meios a utilizar pelos serviços”) (Tavares da Silva, 2010a, p. 520). A informação incompleta não permite uma análise de custo-benefício muito adiante (Kirchner, 2008, p. 425).

A eficiência econômica é um ponto de partida importante. Traslado do campo empresarial privado, o binômio referencial eficiência/economicidade representa o caminho para se estabelecer qual alternativa oferece a melhor lucratividade ou o menor gasto. No entanto, custos e benefícios não devem se limitar a fenômenos mensuráveis financeiramente. É evidente que a implementação da eficiência depende de novos mecanismos de gestão pública em face de uma análise multidisciplinar, que possa apontar parâmetros objetivos de comparação e estabelecer metas razoáveis; é uma concepção em

que atores trabalham de forma especializada e fragmentada, mas que estejam interligados em rede.

“Eficiência” não é apenas “eficiência econômica”: o conceito compreende todos os elementos de bem-estar da coletividade, materiais e imateriais (Kirchner, 2008, p. 425). Na definição de políticas públicas, a racionalidade deve ser reflexiva, em busca do ótimo na relação entre meio e fim – princípio econômico –, num quadro de gestão prudente contrabalançada com ponderações valorativas, limites e *standards*, em razão das informações e conhecimentos técnicos disponíveis (Garcia, 2009, p. 59). Ou seja, reitera-se que deve haver uma análise interdisciplinar – inclusive axiológica, sociológica, cultural, política, econômica e legal – sobre a melhor forma de se aplicar os escassos recursos públicos em face dos inúmeros interesses conflitantes.

A eficiência é um critério de agir estatal que impõe escolhas por indicadores de sustentabilidade, análise custo-benefício e gestão do risco; um parâmetro que vale para opções adotadas em matéria de promoção das tarefas e também como instrumento prévio de seleção dos *inputs* e *outputs* administrativos (Tavares da Silva, 2010a, p. 529). Assim, a avaliação dos resultados depende de uma equação complexa, que revele os custos e também os benefícios de cada projeto para cidadãos e empresários.

Pode-se sublinhar que a atuação eficiente da AP deve traduzir as seguintes etapas: ação idônea, eficaz para os resultados propostos; ação otimizada, de modo a bem aproveitar os recursos empregados; ação estabilizadora, que solidifique as relações sociais (Cademartori *et al.*, 2008, p. 175). Portanto, o conceito de eficiência é mais amplo do que muitos críticos contam: apresenta-se como critério de determinação do interesse público no contexto de sua fragmentação e situações de interdependência. As instituições devem ser avaliadas tanto do ponto de vista da organização e da produtividade, bem como da eficácia das atividades sob o ângulo da coletividade: eficiência interna e eficiência externa (Lane, 2000, p. 62). Buscam-se, pois, maior produtividade – relacionada a performance e custos de produção – e efetividade na satisfação pública.



### 3.1.4.1 Sustentabilidade

A escassez é endêmica à vida humana. O consumo está ligado ao desenvolvimento econômico, pois à medida que os padrões de vida sobem, as pessoas compram mais comida, roupas e artigos pessoais, têm mais tempo para o lazer, cuidam da saúde, incrementam sua educação etc. Níveis crescentes de consumo significam que os cidadãos estão a viver em melhores condições do que no passado (Giddens, 2009, p. 614). Assim, na sociedade atual, é importante a “capacidade de governar”, ou seja, de fazer escolhas políticas importantes, projetar e implementar programas e ações para atingir os objetivos, além de antecipar tendências e desafios (Cheema, 2005, p. 2).

A eficiência pressupõe sustentabilidade. Desenvolvimento sustentável significa que o crescimento deve ser conduzido de maneira a reciclar os recursos físicos, em vez de esgotá-los, e a manter os níveis de poluição no mínimo possível (Giddens, 2009, p. 613). Objetiva-se ir ao encontro das necessidades atuais sem sacrificar ou comprometer gerações futuras. Sustentabilidade, em verdade, é um princípio que determina a responsabilidade solidária do Estado e da sociedade pela concretização do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar o direito ao bem-estar no presente e no futuro, preferencialmente de modo preventivo e precavido (Freitas, 2012).

“Sustentabilidade” é um conceito normalmente ligado à natureza e ao ambiente. “Natureza” significa aquilo que é imperturbado, que é criado independentemente da atividade humana; “meio ambiente”, por sua vez, é a natureza transfigurada pela intervenção humana (Giddens, 2012a). Mas o triunfo do sistema industrial fez com que as fronteiras entre a natureza e a sociedade se desvanecessem (Beck, 2010, p. 232).

A natureza não é mais predeterminada nem designada e, portanto, passa a ser elemento constitutivo da dinâmica social, econômica e política (Beck, 2010, p. 98). As questões ecológicas não podem ser simplesmente reduzidas a uma preocupação com o “ambiente”. A “natureza” transformou-se em áreas de ação nas quais os seres humanos devem tomar decisões práticas e éticas; assim, tais temas estão intrinsecamente interligados com a vida social, sendo penetrados e rodeados por ela (Beck *et al.*, 2012).

Os riscos sociais são mais avassaladores. Com efeito, as ameaças contemporâneas distinguem-se das do passado, essencialmente, por três razões: invisibilidade/imperceptibilidade pelos sentidos, impacto multigeracional e incapacidade dos mecanismos seguradores existentes quanto ao nível de compensação das vítimas (Menezes, 2010, p. 114). Portanto, a sociedade não pode satisfazer os interesses atuais em detrimento das demandas futuras, mas também não é cabível sacrificar os interesses presentes só para reservar recursos para as próximas gerações. É imprescindível um foco amplo sobre a qualidade de vida da biodiversidade em todos os seus aspectos. A sustentabilidade envolve a gestão de recursos para as gerações presentes – equidade intrageracional – e futuras – justiça intergeracional –, bem como em relação a outros seres vivos (Bosselmann, 2008, p. 6).

Dessa maneira, destaca-se a imprescindibilidade da sustentabilidade, um conceito dinâmico, baseado na durabilidade, integração e subsidiariedade, que avança por várias áreas com o fim de promover condições de igualdade econômica, social e ecológica (Tavares da Silva, 2008b, p. 76). É um processo aquisitivo de orientação estratégica, aberto à participação da sociedade, que depende da estrutura de informação, transparência, qualidade, planejamento, monitorização, avaliação e constante reavaliação. Assim, a almejada agenda positiva, formatada à luz do conteúdo jurídico do princípio da sustentabilidade, deverá contemplar objetivos e diretrizes a curto, a médio e a longo prazo, sem perder de vista as comprovadas limitações técnicas e econômicas do Estado e da sociedade, o que jamais poderá corresponder à omissão nem à adoção de medidas violadoras ou indiferentes à sustentabilidade (Sousa, 2013, p. 6).

## **3.2. A Regulação Econômica**

### **3.2.1. A Crise do Estado Centralizador e a Regulação**

Weber pensava que a única maneira de gerir as organizações públicas seria uma hierarquia com o vértice no poder político. Contudo, essa concepção tornou-se antiquada. Em face dos avanços sentidos na pós-modernidade, sob a necessidade premente de gerir riscos, o conhecimento especializado tornou-se fundamental para a tomada de decisões. O conhecimento se difundiu entre atores públicos e privados, inclusive em âmbito transnacional. Há uma tensão entre capacidade institucional e acesso à informação. A

assimetria entre conhecimento e qualidade de informações torna as pessoas reféns de uma racionalidade limitada.

Concepções de tempo e espaço estão diluídas. O Estado perde o lugar de ator dominante na execução de atividades econômicas relevantes; deve atuar de forma indireta com o fito de promover um mercado equilibrado e adequado aos cidadãos. O Estado passa a ser “mínimo”, a assumir a “supervisão” no lugar do “dirigismo” (Canotilho, 2006, p. 144), e alguns o chamam de “Estado magro”, “Estado subsidiário” ou “Estado supervisor”. Antes o Estado era soberano no que se referia à economia, agora perdeu a posição em favor do setor econômico; era pedagogo, agora é sobretudo regulador; o governo da economia, antes unitário, passou a ser fragmentado (Cassese, 2010, p. 45). Estamos, pois, sob a égide do Estado regulador.

Há uma revalorização da economia privada, da concorrência e do mercado (Moreira e Marques, 2008, p. 13). O Estado assume, assim, a função de construir, organizar, fiscalizar e controlar os atores privados, por meio da desconcentração regulatória operacional e da adoção de estratégias de regulação normativa.

A ideia inicial da regulação foi absorver a racionalidade do mercado. Contudo, posteriormente, foram incorporados novos instrumentos e objetivos à regulação, a fim de proporcionar uma disputa eficiente que satisfaça os cidadãos e dê suporte à legitimidade estatal. Logo, a relação entre Estado e mercado é vista como mais complexa do que o antagonismo liberdade privada/ingerência estatal (Cassese, 2010, p. 49).

O termo “regulação” é ambivalente: designa um estado de equilíbrio e regularidade no funcionamento do sistema e, ao mesmo tempo, aponta regras a serem observadas num determinado comportamento ou situação com o objetivo de garantir ou repor o equilíbrio (Moreira, 1997, p. 21). A regulação pode, portanto, ocorrer por meio da edição de normas jurídicas e de outros atos de natureza repressiva (como proibições, limitações ou advertências) ou promocional (como subsídios, orientações, diretrizes ou recomendações) (Gonçalves, 2010; Justen Filho, 2005).

A regulação econômica objetiva corrigir “falhas de mercado”, como o abuso do poder de monopólio, as externalidades negativas, a informação incompleta e a provisão

insuficiente de recursos públicos (Majone, 2006, p. 54).<sup>9</sup> É a atividade que, por meio de estruturas administrativas especializadas, normalmente chamadas entidades ou agências reguladoras, orienta, incentiva, disciplina, controla e pune a conduta de particulares (e, eventualmente, de agentes públicos). Assim, atua sobre a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno e atingir determinados objetivos públicos (Marques Neto, 2005, p. 2).

### **3.2.2. Breve exposição sobre a Regulação Econômica Americana e a Europeia**

Nos EUA, a regulação da economia de mercado nunca foi considerada uma função governamental inerente. Desde a origem da nação, há uma tradição de liberdade empresarial. A regulação é focada no livre mercado: é vista apenas como um instrumento para corrigir falhas mercadológicas e sempre exige justificativa. Lida com os problemas estruturais que o próprio ambiente do mercado não teria condições de resolver (Reich, 2006, p. 21).

Com efeito, o capitalismo autorregulado exclusivamente pelo mercado nunca existiu. Mas, antes da I Guerra mundial, a interferência estatal no mercado nos EUA era esporádica e assistemática (como proteção infantil, seguros sociais, repouso semanal) (Moreira, 1997, p. 26). Após 1930, multiplicaram-se as agências reguladoras, sobretudo como instrumento do New Deal, a lançar as bases do keynesianismo pela política de Franklin Roosevelt em resposta à Grande Depressão.

Ainda assim, nos EUA há quem entenda que a regulação pode gerar efeitos anticompetitivos e trazer perdas de eficiência, pois o mercado funcionaria melhor sem intervenção estatal. Segundo economistas e juristas de Chicago, como George Sigler e Richard Posner, a regulação deve ser mínima; essencialmente, uma forma de proteção governamental contra carteis (Reich, 2006, p. 20). Ao impor padrões de comportamento no

---

<sup>9</sup> Há quem distinga regulação econômica de regulação social. A regulação econômica seria considerada tradicional (*old style regulation*), cujo objeto é a regulação da atividade econômica em si e por si (entrada na atividade, mercados e preços, quantidade e natureza dos produtos etc.); já a regulação social seria a regulação moderna (*modern style regulation*), com finalidade exterior à atividade econômica, como proteção ambiental, segurança e outros interesses dos consumidores (Moreira, 1997, p. 39).

mercado, limitaria a livre escolha por empresas, trabalhadores e consumidores e, assim, diminuiria a competitividade.

Na Europa, por outro lado, desde a transição do Absolutismo para a Democracia, considera-se natural que governos utilizem mecanismos de regulação: propriedade pública, impostos, subsídios, padronização (*standards*), permissões, concentração de mercado etc. Apesar do apelo de Adam Smith à mão invisível da livre competição, nunca houve rígida divisão entre mercado e regulação pública (Reich, 2006, p. 19).

Por um longo tempo, a mão do governo na intervenção de setores da economia (e até a cartelização estatal) não foi contestada na Europa. Com o desenvolvimento dos serviços públicos, no século XIX disseminam-se empresas estatais de gás, eletricidade, água, ferrovias, telégrafo e telefone. A ideia era impor uma estrutura de economia planejada e proteger o interesse público.

No entanto, o consenso social-democrático sobre o papel benéfico do Estado social – como planejador, produtor direto de bens e serviços e como empregador –, antes um ideal ordinário na Europa, desmoronou-se nas últimas décadas. As empresas estatais não conseguiram atingir objetivos sociais nem econômicos, além de muitas vezes serem capturadas por políticos e sindicatos, sem prestar contas do custo para a sociedade; ainda, a identificação das falhas no setor público acelerou-se com os teóricos da escolha pública (*public choice*) (Majone, 2006, p. 55).<sup>10</sup>

A experiência demonstrou que a propriedade estatal e o controle público não são a mesma coisa. A falha da propriedade estatal explica a mudança para a tendência de os serviços de interesse público serem deixados em mãos privadas, sujeitos a normas e procedimentos elaborados e aplicados por entidades públicas especializadas (Majone, 2006, p. 58). É o refluxo do Estado hipertrofiado.

É o abandono da AP burocrática e centralizadora, para se chegar a um Estado que vise essencialmente à satisfação dos cidadãos da melhor forma possível. Esse movimento

---

<sup>10</sup> A teoria da escolha pública, a fim de clarificar os limites de intervenção do Estado, funda-se no postulado de que os indivíduos são instrumentalmente racionais, a visar à aplicação de métodos da ciência econômica a objetos tradicionalmente considerados como pertencentes ao âmbito da ciência política, como burocracia, grupos de interesse e análise constitucional (Pereira, 1997).

de transferência da prestação de serviços de interesse público à iniciativa privada exigiu o caminho da fiscalização estatal, à construção do Estado regulador. A atuação por meio de entidades reguladoras surge como uma forma de intervenção indireta, a acomodar entes especializados para atuar de modo permanente e sistematizado sobre cada setor.<sup>11</sup> Nessa mesma linha, a criação das entidades reguladoras no Brasil remete ao debate sobre mais ou menos governo (e mais ou menos política) e, ainda, sobre mais ou menos burocracia (e controles burocráticos) (Pacheco, 2006, p. 525).

Por fim, é importante ressaltar que, em decorrência da globalização, há um pendor de aproximação entre os modelos europeu e norte-americano. Os sistemas regulatórios tendem a proteger os serviços regulados, por meio do controle do acesso às atividades econômicas e a disciplina da concorrência (controle quantitativo e/ou fixação de preços) e, ainda, a agir segundo a teoria do interesse público, em face da qual a intervenção econômica do Estado se deve à necessidade de se corrigir as falhas do mercado para zelar por interesses coletivos, como concorrência, proteção dos consumidores, ambiente, competitividade externa etc. (Moreira, 1997, p. 41).

### **3.2.3. A Gestão do Risco e o Sistema de Peritos**

É natural do ser humano a busca pela segurança em suas relações (jurídicas, sociais, econômicas etc.). É insopitável a necessidade de poder assentar-se sobre algo estável, que permita às pessoas ter previsibilidade sobre o futuro (Bandeira de Mello, 2004, p. 113). Em certo momento, a sociedade estava sob ameaça de perigos provenientes do mundo natural, mas a modernidade trouxe a negação da contingência. A consciência do risco permitiu ao homem se opor aos caprichos divinos por meio da racionalidade, que coloca em xeque a certeza do futuro. A lógica e a matemática ajudaram a moldar certezas: entendeu-se que o risco estava ligado à liberdade, à consciência, à escolha e, portanto, à responsabilidade (Argiroffi e Avitabile, 2007, p. 204).

---

<sup>11</sup> Ainda que haja entidades reguladoras com competências transversais, que interfiram em vários setores (como o ente pertinente à concorrência), elas não deixam de ser altamente técnicas e especializadas em certos assuntos.

Grande parte do crescimento econômico é impulsionada pela necessidade de isolar os riscos que ele produz: de superpopulação, subnutrição, perda de florestas indispensáveis ao equilíbrio climático, formação de concentrações humanas devastadoras, aquecimento atmosférico, contaminação de reservatórios de água, intoxicação da comida e do ar, difusão de novas doenças (Bauman, 2007, p. 281). A mensuração dos riscos consubstanciou-se, pois, em instrumento fundamental de análise na busca da explicitação de certezas (Menezes, 2010, p. 50). Sua concepção tornou-se uma fonte criadora de riqueza: é a dinâmica estimuladora de uma sociedade mutante, apostada em determinar o seu próprio futuro, em vez de depender da religião, da tradição ou dos caprichos da natureza (Giddens, 2010, p. 34).

No Estado social, os riscos e as oportunidades deveriam ser partilhados pela coletividade: sob forte intervenção estatal, seriam cultivadas a solidariedade e a coesão sociais e protegidos os membros mais vulneráveis. Mas esse formato não ofereceu a estabilidade e a segurança prometidas (Giddens, 2007, p. 19).

Como as mudanças estão aceleradas, a produzir novas formas de risco, somos obrigados a responder constantemente a elas e a nos ajustar (Giddens, 2009, p. 68). O homem acabou por se transmutar no maior produtor dos perigos que buscava eliminar: o progresso consiste na obsolescência das soluções anteriores, a surgir novos problemas e áreas de caos (Menezes, 2010, p. 172).

Em vez de diminuir a ignorância, a pós-modernidade expande seu campo. Emergem novas formas de espaço e tempo com o avanço da TIC: o espaço de fluxos e o tempo atemporal. O processo é aberto e intrinsecamente contraditório e suas consequências difíceis de prever e controlar (Beck, 2010, p. 33). Na verdade, os riscos tornaram-se difíceis de matematização e determinação da extensão e gravidade (ex. produção de energia nuclear e manipulação genética). Não possuem limitações espaciais ou temporais. Os problemas estão cada vez mais complexos, inter-relacionados e atingem uma escala global: meio ambiente (mudanças climáticas, biodiversidade, saúde pública, impactos químicos, físicos e sonoros); mercado (proteção ao consumidor, competição local e transnacional); inovações e tecnologia (telecomunicações, biotecnologia, informática) (Bochenek, 2008).

É imprescindível se incrementar a capacidade de reconhecer, estabelecer, prever, implementar, monitorar e avaliar as atividades de interesse público. A identificação das prioridades estratégicas e o cálculo da probabilidade de sucesso e falha são pontos essenciais para a posterior viabilidade de exequibilidade das medidas estatais (Bochenek, 2008).

A ciência é um campo de especialistas em que a autoridade pertence à razão, ao sistema de peritos (Giddens, 2012a, p. 133). Mas não existe mais interação no mesmo espaço ou tempo entre os atores envolvidos. Os mecanismos de desencaxe e o desenvolvimento da sociedade em rede dependem de confiança, a fundar-se no sistema de peritos. Estamos, pois, condenados a confiar não só nas pessoas que conhecemos, como em pessoas que nunca poderíamos ter conhecido e outras que nunca iremos conhecer, com todas as quais temos uma complicada relação de interesse recíproco (Judt, 2011, p. 73).

Os conhecimentos tornam-se dependentes de regras de aquisição e impessoais; abrem-se a qualquer pessoa que tenha tempo, recursos e talento para captá-los (Giddens, 2012a, p. 133). A confiança na pericialidade, intermediada pela apropriação de informações de saberes especializados, traduz-se nas possibilidades de diminuir os riscos, a fiar-se em conhecimentos sobre os quais os indivíduos comuns são ignorantes (Menezes, 2010, p. 94). Assim, os sistemas periciais oferecem realização técnica ou de pericialidade profissional que organizam áreas do ambiente em que vivemos.

O Estado deve se preparar para gerar confiança. Deve promover a verificação constante de suas atividades, desde cogitação e sugestão das propostas até planejamento, desenvolvimento, execução e avaliação das medidas e repercussões futuras. É importante, assim, que pondere os resultados produzidos e faça uma análise sobre a coerência; promova estratégias de integração e implementação de novas medidas, com nova monitoração e avaliação; e identifique claramente os seus objetivos a médio e a longo prazo (Bochenek, 2008). Ou seja, no desenvolvimento das atividades de interesse público, é necessário haver firme monitoração e avaliação, que devem ser sucessivas e progressivas.

Com efeito, o atual estágio da sociedade carrega imensa confiança em fontes especializadas. O sistema pericial deve funcionar bem, inclusive no âmbito de atividades



de interesse público, pois a presunção de não falibilidade do sistema depende de seus resultados. Deve ter condições de manter uma estrutura relativamente invariante e armazenar informações, de modo que, em cada passo, não se desintegre tudo novamente nem se tenha de começar outra vez (Luhmann, 2005a, p. 44).

Por conseguinte, cada ato deve poder restringir-se a uma escolha entre poucas alternativas e pressupor que, noutros lugares, outras escolhas já foram feitas ou se farão ainda, que justificam essa restrição (Luhmann, 2005a, p. 44). Assim, temos as entidades reguladoras com o intuito de oferecer a especialidade e a estabilidade necessárias no âmbito estatal.

#### **3.2.4. *As Entidades Reguladoras Independentes***

Os desafios e incertezas inerentes às tarefas estatais obrigaram os governantes a reconhecerem a necessidade de diferenciação da macroestrutura burocrática (Cavalcanti, 2007, p. 287). Se o Estado quer ter decisões de alta qualidade técnica e que ofereçam segurança jurídica aos investidores e serviços de qualidade aos cidadãos, são necessárias instituições capacitadas. Assim, sob a premente necessidade de eficiência da atividade estatal e de confiança dos atores interessados, ascenderam entidades públicas que reúnem especialistas em determinados setor e operam à distância do governo. Essas entidades devem ser aptas a coletar informações, fornecê-las de uma forma palatável aos interessados e resolver conflitos (Pierre e Peters, 2005, p. 136).

A demanda por políticas sólidas, coerentes e com prioridades racionais exige a fragmentação dos instrumentos regulatórios. Juridicamente, há a necessidade de normas específicas e aderentes às peculiaridades de cada segmento econômico, a dar origem a subsistemas dotados de grande especialidade (com princípios, conceitos, pressupostos e procedimentos próprios) (Marques Neto, 2005, p. 5). Destarte, a nova concepção regulatória estatal inclui a descentralização e a divisão de entidades monolíticas em unidades setoriais e com orçamentos próprios (Majone, 2006, p. 61).

O íntimo conhecimento das empresas reguladas pelo poder estatal é essencial em mercados altamente competitivos (Prosser, 1999, p. 198). É o reconhecimento da importância de diferenciação em face de tarefas de natureza variadas e sujeitas a diferentes

níveis de incerteza (Cavalcanti, 2007, p. 287). A regulação especializada deve poder extrair, assimilar e processar as informações relevantes. Assim, a regulação setorial permite a cada entidade reguladora (ER) conhecer em detalhes seu mercado a fim de minorar a assimetria de conhecimento.<sup>12</sup> Sob o ângulo organizacional, também são demandados novos instrumentos, aptos a conferir capacitação e autonomia técnicas ao regulador.

A continuidade da política estatal também é difícil na democracia, sob governo *pro tempore* e necessidade de eleições com intervalos regulares (Majone, 2006, p. 69). Isso gera desconfiança no que tange aos critérios de decisão do governo em face do sistema democrático político-partidário, supostamente fundado em interesses imediatistas relacionados ao ciclo eleitoral (Otero, 2003, p. 318).

Portanto, deve ser barrada a interferência direta ou ameaça sobre as entidades reguladoras, que não devem estar sob dependência hierárquica do governo. A previsão de mecanismos de independência técnica é uma tentativa de neutralizar indevidas pressões político-partidárias ou de outros grupos de interesses (econômicos, corporativistas etc.), a oferecer liberdade e objetividade de informação, eficiência, segurança aos atores interessados (inclusive investidores) e proteção dos cidadãos. Assim, sob inspiração anglo-saxônica, as decisões são confiadas a estruturas afastadas do centro político para haver reforçadas imparcialidade e objetividade (Otero, 2003, p. 318).

Cada ER deve dispor de recurso, conhecimento e experiência próprios para identificar os problemas e as necessidades de cada setor, obter informações e se relacionar com o mercado e os cidadãos, editar normas e fiscalizar sua aplicação, impô-las e sancionar se necessário (Gonçalves, 2010, p. 991). A flexibilidade negocial deve ser incrementada, com o afastamento das burocracias tradicionais e a ampliação das autonomias administrativa e financeira. Logo, vantagens são creditadas: maior especialização e comprometimentos técnicos com credibilidade; atenuação da

---

<sup>12</sup> Cassese (2010, p. 47) explica que as origens das autoridades independentes remontam a 1669, quando Colbert instituiu na França o corpo dos *inspecteurs des manufactures* para controle da indústria, a funcionar como freio e direção da atividade de particulares e como garantia de qualidade dos produtos; porém, era uma atividade direcionada à produção e ao consumo, sem possuir as características atuais.

responsabilidade política; maior aproximação e participação dos interessados; maleabilidade e celeridade das atividades.

Deve ser promovida uma cultura organizacional intolerante com conflitos de interesse e inflexível com a inconveniente “captura” da ER por grupos. No plano de escolha dos dirigentes, por exemplo, é importante que sejam definidos critérios de incompatibilidade, impedimentos e períodos de quarentena, a fim de se evitar sua contaminação por interesses ilegítimos (Gonçalves, 2013, p. 26). A autonomia financeira também não pode se submeter a contingenciamentos ou remanejamentos orçamentários; o quadro de servidores deve ser estável e contínuo, com remuneração condigna e concursos públicos que assegurem agentes técnicos qualificados.

Normalmente, a ER é criada por lei como autoridade administrativa independente, para poder operar sem controle administrativo hierárquico da AP direta. Mas ainda que dotadas de capacidade jurídica, patrimônio e autonomia administrativa e financeira, continuam a ser pessoas jurídicas de direito público. Formam um arquipélago de estruturas frente a uma sociedade complexa que abandona modelos de geometria euclidiana ou newtonianos uniformes e primários para substituí-los por uma geometria de curvas irregulares e de dimensão fractal (Predieri, 1997). É o policentrismo especializado, que se opõe à energia do Estado monolítico e leva à fragmentação e à dispersão da ordem jurídica (Senn, 2005, p. 98).

### **3.3. A Interdisciplinaridade**

#### ***3.3.1. Os Sistemas, a Interdisciplinaridade e o Direito***

A imensa intensificação do potencial humano pressupõe sistemas sociais desenvolvidos. Ao lidar-se com a elevada complexidade, revela-se vantajoso e necessário levar a cabo a eliminação das outras possibilidades: selecionar um “código” sólido geral e relativamente invariante de significações e, a seguir, escolher concretamente entre alternativas pré-estruturadas (Luhmann, 2005b, p. 91). São constituídos, assim, vários sistemas funcionalmente diferenciados, organizados em relação a cada setor, como política, economia, ciência, religião, direito, arte, educação, saúde. Há, por exemplo, o código binário de comunicação específico da economia (“ter/não ter”), direito

(“lícito/ilícito” ou “direito/não direito”), político (“poder/sem poder” ou “governo/oposição”).

O direito passa por uma crise diante da impossibilidade de um sistema central gerar um conjunto de respostas dotadas de racionalidade e coerência para as crescentes demandas sociais. Aliás, as conhecidas fontes do direito revelam-se funcionalmente inadequadas para impulsionar e constituir as bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada (Canotilho, 2006, p. 217).

Não é mais possível uma organização focada em um ponto. O poder deixa de ser uma rígida relação hierárquica de comando para adquirir a forma de “circularidade dinâmica”. Cada sistema funcional produz decisões diferenciadas, o que significa dizer forças paralelas equivalentes. Assim, as novas condições da sociedade em rede exigem uma reformulação e um replanejamento da AP. Tende-se a levar a AP para fora do quadro weberiano de burocracia rígida e formal Mas não há o abandono da racionalidade: há um aprofundamento do conhecimento e a reestruturação da organização em subsistemas especializados, articulados entre si em vários sentidos.

A sociedade complexa não pode se fechar num sistema. As tecnologias digitais alimentam redes sociais e organizacionais, a possibilitar sua infinita expansão e reconfiguração. Deve, pois, ser aproveitada a nova comunicação social por redes horizontais, constituída por redes em todas as dimensões fundamentais da organização e da prática social (Castells, 2011a).

Abre-se um potencial de diferenciação estruturada em torno de modos específicos de regulação, ao invés de um poder central a governar todas as facetas da vida social (Bonny, 2011, p. 17). A velha tripartição das funções estatais afunda-se em complexos mecanismos, edificados numa pluralidade de centros de poder institucionais e não institucionais, que colaboram uns com os outros e se encontram num plano de concorrência e complementariedade de competências para que as decisões públicas sejam produzidas pela cooperação entre agentes públicos e privados (Cademartori *et al.*, 2008, p. 76).

O sistema jurídico é essencial para garantia de direitos fundamentais, atenção à segurança jurídica e realização da justiça em benefício de toda a sociedade. Mas os sistemas são realidades adaptáveis ao mundo envolvente (Teubner, 1989, p. 27). Assim, não é admissível que o direito seja visto como algo meramente formal ou opaco à visão da sociedade: o seu código binário “lícito/ilícito” manifesta-se em uma multiplicidade de programas, contextos sociais e problemas intrassistêmicos, a envolver-se em operações transjuncionais com outros códigos binários (Neves, 2013, p. 265).

Não é mais factível que o direito seja concebido exclusivamente como um sistema asséptico, livre de conteúdo axiológico, sociológico, psicológico, político, econômico ou de considerações quanto à realidade histórico-cultural. O fechamento operacional não constitui finalidade em si mesma: é condição para sua abertura. Apenas a fissura cognitiva em face do ambiente, a representar a capacidade de aprendizagem, permite que o sistema jurídico tome providências para “desparadoxizar” a autorreferência, a incrementar sua capacidade de conexão (Neves, 2007, p. 137).

Inclusive, com o desenvolvimento da TIC, está encorpada a possibilidade de transformação da sociedade e do ambiente organizacional. A principal característica da sociedade global é sua conexão dinâmica em rede, numa arquitetura que conecta seletivamente os lugares, segundo sua importância para o sistema no momento. As comunidades *on-line* desenvolvem-se rapidamente não como um mundo virtual, mas como uma virtualidade real integrada a outras formas numa vida cotidiana cada vez mais híbrida e, quando essas redes multiestratificadas se sobrepõem num nó, esse ponto de conexão permite sinergia entre os diferentes interessados e economia (Castells, 2011a).

A flexibilidade é uma condição necessária à própria sobrevivência e atualização do sistema. Deve haver, pois, previsões de observações recíprocas entre os sistemas, a permitir ao direito a absorção dos valores e também das necessidades da sociedade. O mecanismo da relação e interferência funciona como uma espécie de ponte entre os subsistemas. Permite uma articulação recíproca, no mesmo evento comunicativo, entre sistema e mundo da vida sob três razões: todos os sistemas sociais utilizam a mesma matéria-prima, todos se desenvolvem na base de um mesmo elemento crucial de comunicação e todas as formas de comunicação especializada em qualquer dos

subsistemas sociais (interação, organização, subsistema funcional) constituem formas de comunicação social geral (Teubner, 1989).

Nessa linha, o novo direito, influenciado pelo método norte-americano, é pragmático e empirista: aplica economia comportamental, realiza pesquisas de opinião, testes de psicologia experimental, análises estatísticas de *big data*, pesquisas de campo etc. (Mendonça, 2014). Contudo, a conexão não significa que a informação seja carregada entre os sistemas por uma relação direta.

Os elementos da compreensão e informação comunicativas variam consoante o sistema. A vigência jurídica de expectativas normativas deve ser influenciada por interesses econômicos, aspectos histórico-culturais, critérios políticos, representações éticas e proposições científicas, mas a determinação dependerá de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema. A informação será, pois, gerada *ab novo* em cada subsistema social no contexto da interferência, com a particularidade de ser gerada simultaneamente e na base do mesmo evento comunicativo no seio dos sistemas em causa (Teubner, 1989, p. 174).

Por conseguinte, o direito deve apoiar-se em diversos fatores do ambiente (estatística, psicologia, economia etc.), mas deve assimilá-los de acordo com seus próprios critérios. Os elementos cognitivos que circulam no discurso geral da sociedade, após a diferenciação do sistema jurídico, tornam-se dados jurídicos próprios do direito. É, pois, um estilo metodológico que requer mais esforço de profissionalização por parte dos operadores: enquanto no estilo tradicional era possível argumentar com a “razoabilidade” intrínseca da decisão (a citar-se variada doutrina e decisões judiciais), no novo é preciso indicar os estudos empíricos de apoio à conclusão (Mendonça, 2014).

### **3.3.2. *O Estado Regulador e a Administração Pública Interdisciplinar***

Uma sociedade complexa não pode se centrar na política ou em outro polo. O sistema econômico não pode solucionar todos os problemas da saúde; a política não pode resolver questões de escassez de recursos para gerações presentes e futuras; e o sistema jurídico não pode (nem deve tentar) definir demandas políticas. O modelo organizacional é interdisciplinar, em rede, a haver sua dispersão por instâncias especializadas, que se

relacionam numa lógica multidirecional. Não há sistemas superiores e inferiores, ou um que domine o outro: há interdependência nos nós em que se encontram.

As pessoas querem que seus atos tenham calculabilidade em relação ao ordenamento jurídico. O direito propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social (Bandeira de Mello, 2004, p. 113). Uma de suas principais funções é resguardar um grau razoável de previsibilidade e continuidade das expectativas atinentes às escolhas institucionais (Carvalho, 2009, p. 87). É importante, pois, que o sistema jurídico apresente um quadro em que as pessoas saibam o que podem fazer em face de consequências futuras.

Com efeito, é essencial que as decisões estatais estejam bem preparadas. Assim, conhecimento altamente especializado está diluído entre vários atores. Sua fragmentariedade exige partilha de risco, poder e responsabilidade. Reflete a diferenciação funcional da sociedade, a desaguar na formação de uma multiplicidade de setores jurídicos, em íntima ligação com o domínio social específico (Teubner, 1989, p. 227). Destarte, o direito administrativo enriquece-se especialmente com o intercâmbio de questões com ramificações privadas e com o direito administrativo alienígena, por meio do transnacionalismo (Guerra, 2008, p. 95).

A gestão plural quebrou a unidade da AP (Gonçalves, 2013, p. 30). Diante dos incansáveis e dispendiosos avanços tecnológicos, que não podem ser acompanhados pela pesada estrutura estatal, a prestação de muitas atividades foi repassada ao mercado privado. Assim, também é indispensável o diálogo com o setor privado. Tudo isso exige regulação especializada, pois o Estado deve tratar com os particulares conhecendo seu ramo de atuação.

A crença na força do conhecimento específico como motor de melhoria – especificidade técnica não possuída por legisladores, tribunais ou generalistas burocratas – é uma fonte importante de legitimidade para os reguladores (Majone, 2006, p. 68). Assim, a intersecção das dimensões sociais exige do Estado a reflexão e a reconfiguração de sua atividade, num momento em que perdem sentido as distinções entre legalidade e mérito, vinculação e discricionariedade (Garcia, 2009, p. 44). Inclusive, na prática, várias decisões de relevo são tomadas fora do circuito legicêntrico (Guerra, 2008, p. 97).

Outrossim, a gestão pública exige maior carga de argumentos racionais, a interligar métodos de vários setores. É inspirada por técnica de ação conjunta, condicionamento mútuo, composição e equilíbrio, em que predominam decisões de grupos independentes, com base em critérios científicos e negociações (Cassese, 2006a, p. 669). São os desafios da pós-modernidade na sociedade em rede, em que áreas como proteção dos direitos humanos, preservação do meio ambiente e regulação econômica, por exemplo, exigem que a AP coabite esferas sobrepostas de normatividade, formais e informais, num espaço multifacetado e, ao mesmo tempo, especializado.

O pluralismo organizativo é uma realidade inerente ao modelo administrativo vigente (Otero, 2003, p. 149). A lógica linear, da atividade operada na relação entre meios (função pública) e fins (finalidade pública), é substituída por uma lógica diferencial e multifuncional (Cademartori *et al.*, 2008, p. 138). A relação entre os sistemas jurídico e político torna-se horizontal-funcional, e não mais vertical-hierárquica (Neves, 2007, p. 69). Mas isso exige ação conjunta, com a interação de vários atores articulados e coordenados (Gonçalves, 2013, p. 29).

Por conseguinte, é impossível que o parlamento edite leis – intrinsecamente estáticas – para todas as demandas e conflitos. Não mais é cabível a adoção das clássicas fórmulas do direito administrativo, generalistas e estanques. Assim, a AP deve ter mais flexibilidade, tornar-se mais autônoma e abandonar o papel de mera executora dos órgãos políticos. Cada ER não se submete mais a um único quadro normativo nem a uma rígida relação hierárquica; as entidades possuem regras e procedimentos próprios, específicos do setor em que atuam.

Os escassos recursos da coletividade devem ser utilizados otimamente, com instrumentos legais desenhados com poucos custos, rápido *feedback* e possibilidades de revisão (Reich, 2006, p. 33). Surgem novos desafios, que exigem inovações técnicas, muito além do tradicional comando e controle.

### **3.3.3. Governo, Legalidade e Regulação**

O Estado está cercado por uma sociedade complexa, multicultural, sob uma pluralidade de discursos. O aumento da diferenciação social e o incremento da tecnologia



forçam a autonomia dos subsistemas. Há uma tendência de eles se desligarem de uma ordem de valores, sob a ideia de uma democracia asséptica, fundada na neutralidade do poder (Otero, 2007, p. 472). Os detratores do NPM alegam que há um enfoque excessivo na eficiência econômica e no funcionamento dos mercados em prejuízo de outros critérios, como atenção aos cidadãos menos favorecidos e à vontade geral plasmada na lei. Há, pois, o risco de corte abrupto da legitimação democrática e da responsabilidade política da AP, e elevação de uma estrutura tecnocrática politicamente irresponsável.

Sai-se do modelo piramidal para uma sociedade em rede, funcionalmente diferenciada, que não dispõe de topo hierárquico. Mas não deve haver a maximização das tendências descentralistas (Gonçalves, 2013, p. 29). Certamente, um “governo em migalhas” ou uma confederação de institutos desconexos não são adequados (Moreira, 1999, p. 153).

Embora o setor empresarial tenha grande capacidade de organização e absorção de conhecimentos técnicos, não consegue controlar tudo. Há um domínio racionalizado exposto a um desafio caótico que, em última instância, não pode controlar todas as decisões (Teubner, 2012, p. 90). Aliás, atores não estatais não gozam de autoridade inerente.

A democracia é um processo contínuo de debate, de deliberação e de escolha, que fornece a justificativa para o exercício da autoridade política (Wheatley, 2009, p. 217). Então, a política não pode ser substituída pela tecnocracia, tendo em vista gerir uma enorme amplitude de interesses, muitas vezes contraditórios e inconciliáveis (Alencar, 2013a). Não se pode, inclusive, abandonar a importância atribuída ao ser humano. A descentralização, associada a uma ideia de democracia de proximidade e de fortalecimento da legitimação da AP deve se articular e harmonizar com outros valores e bens jurídico-constitucionais (Gonçalves, 2013, p. 29). Assim, o sistema político ainda contribui para o reforço da capacidade reflexiva dos sistemas sociais e mantém pretensões de direção do Estado em função do bem comum (Canotilho, 2006, p. 147).

A direção política deve coordenar o sistema administrativo fragmentado. Deve reservar ao governo a garantia da responsabilidade política pela totalidade das “Administrações” (Otero, 2003, p. 317). Inclusive, o arranjo político dos sistemas

especialistas evita desperdício de recursos e facilita a responsabilização dos atores envolvidos.

Há uma tendência à rarefação jurídica dos padrões normativos substanciais da atividade administrativa, num quadro normativo de policentralidade normativa (“internormatividade”) e de centrifugação organizativa e social (Vieira de Andrade, 2011, p. 25). Contudo, embora a crise da legalidade seja um fenômeno geral sob o ponto de vista da legitimidade do parlamento (aspecto estrutural) e do parâmetro de conduta exigível (aspecto funcional), isso não significa que deva haver seu abandono (Motta, 2007). A lei ainda possui papel central como um padrão para a ordem social (Schmidt-Aßmann, p. 2065). Mantém-se como ato normativo geral que garante a aplicação impessoal da vontade coletiva, em constante choque e intrinsecamente contraditória (Binenbojm, 2006; Vicente, 2012).

Ademais, estamos no campo público, e o Estado é o possuidor da força. É quem, legitimamente, detém o poder e pode usá-lo para manter a ordem. No caso do direito, é uma área dominada por regras e princípios jurídicos, pelo lícito/ilícito. São, pois, atividades distintas, mas que precisam se acoplar: a legitimidade do sistema político no Estado de direito depende da estrutura jurídica, e o direito, por sua vez, precisa da força para não emitir decisões meramente declaratórias.

Muitas vezes as decisões econômicas e científicas são carregadas de teor político, cujos correspondentes atores não dispõem de adequada legitimação (Beck, 2010, p. 279). Destarte, o Estado é um fator político chave como instância de credibilidade democrática: está em melhor posição para lidar com conflitos sociais, políticas de redistribuição de renda e integração e coesão social (Jessop, 2006, p. 30). Democracia é, pois, um valor central e indiscutível do sistema administrativo e boa gestão não se reconduz só a eficiência econômica e atenção a resultados (Gonçalves, 2013, p. 24).

O poder nunca é incolor. É débil a ideia de neutralidade em relação à distribuição de riquezas e ao oferecimento de chances aos cidadãos. Eventual postura de indiferença pode significar posição contra a dignidade humana (Dworkin, 2012). Logo, a escolha do interesse público prevaLENTE ainda constitui a função primária reservada ao poder político (Tavares da Silva, 2010a, p. 535). A solução política deve determinar as oportunidades de

escolha para os indivíduos, especialmente no âmbito de proteção social (como saúde, educação, preparo para o emprego e lazer).

O papel da independência da ER não é o de ser dura com os regulados, a sociedade ou os órgãos políticos. Pelo contrário, deve saber equalizar os interesses em jogo, segundo o valor público de longo prazo, fomentar competição e eficiência no mercado e proteger o cidadão. Assim, a autonomia das entidades administrativas normalmente ocorre para a tomada de decisão técnica em função das políticas públicas definidas pelo governo. Mas a superação de certos riscos exige uma visão geral e as consequências quanto às falhas técnicas também demandam uma aceitação generalizada. Portanto, mesmo que uma ER possa tomar decisões com alguma dimensão política, acima disso, cabe ao governo propor linhas políticas gerais estratégicas e assumir responsabilidades (esse dever se tornou mais evidente com a crise econômica iniciada no ano de 2008, em que a seriedade das ações a serem tomadas em função do interesse coletivo exigiram ações políticas).

Outrossim, a distância que separa a decisão política de sua implementação, bem como o controle a respeito de seu cumprimento, exige coordenação para ser eficiente (Biber, 2012, p. 69). Não é possível uma radical separação. É importante, pois, haver ligações jurídicas a fim garantir suave passagem e continuidade entre governo e autoridades periféricas (Poirier, 2001, p. 136).

Os objetivos da regulação são numerosos, mas não devem ser descartadas a proeminência do interesse público e a necessidade de agregação de preferências plurais (Rossi, 2005, p. 10). A excessiva autonomia, a falta de *accountability*, também carrega o perigo de captura por grupos ligados a interesses escusos (*vested interests*). Por isso, o debate jurídico não deve buscar a independência incondicional das entidades reguladoras e seu completo isolamento da esfera política (aliás, se esse fosse o propósito, seriam fornecidas garantias equivalentes às do Poder Judiciário, como mandato vitalício e inamovibilidade) (Prado, 2008, p. 132).

Igualmente, é importante que o Poder Legislativo tenha relação com a ER. Deve editar leis gerais, participar do processo de nomeação dos dirigentes e supervisionar atividades. A gestão da subpolítica técnico-econômica deve, pois, estar implicada na

prestação de contas ao parlamento, tendo em vista que as decisões fundamentais do “processo de racionalização” devem estar justificadas perante instituições democráticas (Beck, 2010, p. 333).

Contudo, não se prega a politização da ER. Para que se evitem desvios ou chantagens partidárias ou de grupos de pressão, devem ser estabelecidos sólidos requisitos para a ocupação dos cargos de direção, em relação às qualificações profissionais e quanto à higidez ética (Gonçalves, 2013, p. 15). Devem ser examinadas a experiência profissional e a formação acadêmica do pretendente, assim como suas competências de liderança, colaboração, motivação, orientação estratégica, gestão qualitativa e inovadora, orientação para o cidadão e atenção no cumprimento de metas.

### **3.4. A Legitimação pela Ação**

#### **3.4.1. *Democracia, Accountability e Legitimidade***

A palavra democracia origina-se do grego *demokratia*: *demos* (povo) e *kratos* (governo). Mas o modelo majoritário (ou populista) não é o único modelo possível de democracia. Na prática, não é possível que todos os cidadãos participem do processo de formação da vontade coletiva: podem não ter tempo, interesse ou qualificação para discutir os assuntos técnicos da regulação. Há o modelo madisoniano, alternativo, que pretende limitar o poder por meio da dispersão e da delegação.<sup>13</sup>

O arquétipo de democracia madisoniano parece-nos, assim, mais adequado, pois organiza um sistema de freios e contrapesos entre atores e instituições com o fito de montar uma rede de controle mútuo. Inclusive, permite a proteção de minorias contra a “tirania da maioria” e a opinião inconstante das massas (Majone, 2006, p. 76).

---

<sup>13</sup> Segundo Robert Dahl, a democracia moderna tem dois eixos teóricos: o madisoniano e o populista. Ao defender a república não tirânica, James Madison (um dos pais da Constituição Americana) referiu-se aos gregos e romanos: o princípio da democracia direta em si era praticamente impossível, dada a natureza humana insaciável por dominação: “se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum”. A democracia extrema, inevitavelmente, degenera em despotismo. Assim, a solução seria algo menos ambicioso, que se limite à proteção da liberdade. Para formalizar a teoria madisoniana, Dahl anota Madison como um cético e hobbesiano, em contraposição a Thomas Jefferson, otimista e lockiano. Entre as duas democracias, a madisoniana e a populista, Dahl realça a aceitação realista da primeira. Reconhece que (apesar das suas inclinações oligárquicas) a democracia madisoniana promove mais estabilidade do que as formas clássicas (Abu-el-Haj, 2008).

Na sociedade hipercomplexa, em vez de o governo se fundar em ineficientes votações majoritárias, deve haver uma estrutura em limitações de poder e controle de resultados. O progresso muitas vezes substitui o escrutínio popular (Beck, 2010, p. 276). O Estado regulador busca, assim, o reequilíbrio das funções estatais, a organizar a AP numa rede interconectada. Dessa forma, a legitimidade estatal não é sustentada apenas por mecanismos constitucionais de democracia ou políticas governamentais, mas especialmente pela habilidade do governo em manter o público satisfeito (Pierre e Peters, 2005, p. 120). Legitimidade significa credibilidade social e aceitação, uma percepção generalizada ou suposição de que as ações são desejáveis ou apropriadas (Black, 2009, p. 251).

Entretanto, uma das consequências dessa dispersão de atores é afrouxar a conexão das ações tecnicamente orientadas. Antes, diante da ideia de burocracia hierárquica, atrás de cada ato havia uma pessoa responsável, que decidia e poderia ser definida por meio da análise de causa e efeito. Porém, atualmente, essa possibilidade de identificação está nebulosa. Dilui-se a responsabilidade entre várias pessoas, como autoridades técnicas, responsáveis por *software* e *hardware*, atores privados etc. Assim, as transformações do Estado e o incremento da TIC suscitam muitas questões sobre a *accountability*, ou seja, prestação de contas, controle e responsabilização.<sup>14</sup>

Segundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “a sociedade possui o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração” (art. 15). Assim, sobre todos os agentes competentes para a tomada de decisões que traduzam o exercício de um poder público, deve haver sujeição ao escrutínio público, que se estende à decisão e suas consequências, bem como à não decisão e inanição (Gonçalves, 2013, p. 28).

*Accountability* é a obrigação de justificar uma conduta a terceiro (Gonçalves, 2013, p. 28). É uma palavra de origem anglo-saxônica que possui sentido mais amplo do que responsabilidade formal (civil, criminal ou administrativo-disciplinar): sob o aspecto passivo, refere-se à imputação de um comportamento a alguém e, sob a ótica ativa, alude à

---

<sup>14</sup> Há quem distinga “responsabilização” e “controle”, no sentido de que este implicaria análise *ex ante* de uma decisão e “responsabilização” a supervisão *ex post*. Mas essa distinção não é útil, pois negligencia a percepção de que, na capacidade de chamar alguém à responsabilização, encontra-se implícita a capacidade de controle (Scott, 2006, p. 88).

assunção da imputação (Aragão, 2005, p. 146). Envolve, portanto, a identificação e a responsabilização de quem tenha poder.

Numa concepção mais legítima e inclusiva de governo, há uma vastidão de atores, públicos e privados, que devem cooperar socialmente. Logo, o problema central da *accountability* funda-se na difusa assunção de poderes. Deve haver equilíbrio entre a autonomia dos atores para exercerem suas tarefas tecnicamente e, ao mesmo tempo, o controle adequado, designadamente por meio de requisitos objetivos que permitam aferir a eficiência das ações.

Em destaque ante o problema, temos as entidades reguladoras, cujos dirigentes não são eleitos democraticamente, assim como o papel do Legislativo e do Judiciário perante elas. Mas prestação de contas e controle são requisitos fundamentais da regulação. Assim, para que sejam supridas deficiências das tradicionais fontes de legitimação, deve haver permanente prossecução do interesse público, a alicerçar a legitimidade na expertise, a fim de se promover transparência nos procedimentos e objetivação das decisões (Gonçalves, 2008a, p. 26).

As instituições não políticas, não majoritárias, devem estar sujeitas a normas e padrões de responsabilidade mais estritos que os órgãos tradicionais de governo (Majone, 2006, p. 78). A admitir-se a gestão pública fundada em bases científicas, instituições e princípios próprios, deve-se preparar para oferecer respostas adequadas aos cidadãos. A forma de condução das atividades e os resultados obtidos são essenciais para legitimar a atividade. Assim, ainda que as entidades reguladoras estejam abertas a procedimentos participativos, em essência, sua legitimidade depende de expertise, transparência, prestação de contas e resultados adequados.

Há a necessidade de legitimidade procedimental e também substantiva (Majone, 2006, p. 77-78). A legitimidade procedimental implica que: a ER seja criada por lei democraticamente promulgada, com a definição de sua competência e de seus objetivos; os dirigentes sejam nomeados por agentes políticos (eleitos); a tomada de decisões obedeça a regras formais do devido processo legal, a assegurar a justiça e muitas vezes exigir a participação pública; as decisões devam ser justificadas e estejam abertas ao escrutínio judicial. Já os critérios de legitimidade substantiva exigem a demonstração de que o

modelo seja o mais apropriado: no caso das entidades reguladoras, infere-se profissionalismo, conhecimento específico, habilidade de solucionar problemas, capacidade de proteção dos interesses difusos, consistência nas decisões, definição de objetivos e limites de operação.

Na implementação de políticas e regulação, o controle em função da legalidade formal não tem conteúdo útil e pode se revelar contraproducente (Tavares da Silva, 2010a, p. 531). A legitimidade estatal depende de uma decisão materialmente válida. O referencial pós-moderno de legitimidade estatal demanda, pois, investidura legítima no poder (legitimidade pelo título), exercício legítimo do poder (legitimidade pelo exercício) e, ainda, resultado legítimo do emprego do poder (legitimidade pelo resultado) (Moreira Neto, 2008, p. 21).

É fundamental que o controle mire em frutos a serem alcançados, em vez de focar em formalidades prévias. Emerge a ideia de “administração por resultados” em contraponto à “administração por atos e procedimentos” (Gonçalves, 2013, p. 19). Há, então, uma tendência de substituição do princípio da legalidade formal por suas dimensões materiais e a ponderação com outros princípios, como eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade. São pensados meios mais flexíveis e difusos.

As entidades públicas, cada vez mais, devem ser tecnicamente autônomas. A fim de selecionar com responsabilidade os meios eficientes e econômicos para se atingir os objetivos públicos predefinidos, é imprescindível que se distinga a tarefa de gestão, desenvolvida por dirigentes administrativos, daquelas atividades de direção política (*indirizzo politico*), consistente na definição dos programas de ação, missões, prioridades, objetivos e metas das organizações (Gonçalves, 2013, p. 12). Deve, pois, ser estruturada uma relação entre a atividade política e a gestão pública. O desafio é encontrar a justa medida entre as necessidades de flexibilidade e dinamicidade e a proteção do indivíduo (Miragem, 2011, p. 242).

As entidades possuem objetivos públicos aproximados e, embora possam atuar de forma autônoma, são dependentes umas das outras em algum grau e devem cooperar voluntariamente entre si (Senn, 2005, p. 31). O governo terá, então, o papel de promover essa relação. Mas cabe à AP concretizar políticas públicas. São pontes a serem construídas

entre a atuação política e a gestão pública concreta, que absorvam as qualidades de cada um.

Ao governo cabe a definição estratégica de finalidades, a afunilar os interesses gerais. O gestor público deve ocupar-se sobre como fazer, num quadro operativo de desenvolvimento de competências concretas (Gonçalves, 2013, p. 12). Por sua vez, o parlamento, órgão legiferante primário, deve estabelecer um padrão mínimo de legalidade a ser observada.

Portanto, a independência das entidades reguladoras não afasta o dever de alinhamento da atuação regulatória aos objetivos fixados nas políticas públicas (Gonçalves, 2008c, p. 68). Inclusive, é essencial a liberdade de escolha do dirigente da ER por fatores de confiança pessoal do governante, a manter o liame com o poder democraticamente eleito, desde que fixados requisitos técnicos a serem observados. Os dirigentes estão numa situação mista ou especial, e devem assegurar essa ligação (Gonçalves, 2013, p. 13).

Além dos tradicionais modelos de controle de cima para baixo (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, também devem ser pensados outros instrumentos de controle em rede: possibilidades de influências recíprocas entre as entidades públicas e controles por cidadãos e empresas. O Estado não é eficiente, não possui mais recursos para sua ampliação nem jamais poderia controlar tudo. Então, são necessárias alternativas horizontais e transversais, inteligentes e baratas, em esferas interdisciplinares públicas e privadas (e, eventualmente, semipúblicas). Dentro desse espectro, enquadram-se cogovernança, *guidance* e instrumentos do paternalismo libertário, apresentados, respectivamente, nos capítulos seguintes (Capítulos 3, 4 e 5).

#### **3.4.2. *Transparência, Informação Qualitativa e Controle Eletrônico***

Os problemas de governabilidade que sobrecarregam as funções estatais exigem boa resposta. Embora as inovações tecnológicas possam ter efeitos negativos (obsolescência, riscos para a força de trabalho, ameaças à saúde, destruição da natureza etc.), também permitem um maior controle e transparência das atividades públicas.



A tradição da AP já foi de silêncio e reserva. Era fechada: mantinha-se à distância dos cidadãos para preservar a (suposta) serenidade das decisões e a autoridade central de poder. Mas o segredo tornou-se uma disfunção, está desacreditado, uma vez que o “véu de ignorância” da organização burocrática conduz à perda de sua legitimidade (Colaço Antunes, 1990, p. 8). A prática republicana do poder não permite o sigilo, o mistério nem o oculto, pois a legitimidade da ordem estatal só é compatível com um regime do poder visível, definido na lição de Bobbio como “um modelo ideal do governo público em público” (Mello, 2004).<sup>15</sup>

Há uma relação direta entre transparência e aumento da legitimidade da atividade pública. Transparência traz a característica de algo que permite a travessia da luz, a possibilitar distinguir as coisas que se encontram por trás (Michaelis, 2009). Ela permite a discussão e a crítica pública das opções estatais, a trazer consigo a formação de um espaço público, um lugar de mediação entre a sociedade civil e o Estado, onde se forma e exprime a opinião pública (Habermas, 1978 *apud*, Colaço Antunes, 1990, p. 13). Implica abertura e confere máxima utilidade à participação: relaciona-se à receptividade dos cidadãos e à capacidade de serem incorporados os contributos dos interessados (Aragão, 2005, p. 118). Destarte, como o princípio da publicidade é tema central nos regimes democráticos contemporâneos, é imprescindível considerar a AP como fundamentalmente aberta e permeável ao público (Motta, 2008).

A transparência é um componente estrutural da AP, que deve adotar uma estratégia ativa de abertura e informação (Gonçalves, 2013, p. 24). Essa necessidade de divulgação foi acelerada com o desenvolvimento da TIC, pois a internet oferece eficientes mecanismos de divulgação e controle da atividade pública, a custos módicos. Exige-se, assim, máxima acessibilidade à informação, a permitir que as pessoas analisem as atividades públicas, e a disponibilidade não pode ser unicamente por meio físico. Na internet devem ser expostos os documentos relevantes e os debates ocorridos, devem ser justificados os raciocínios das decisões e, ainda, abertos os processos para exame e participação dos interessados, discussão pública, análise política para definição de prioridades, exame judicial etc.

---

<sup>15</sup> No Brasil, a Lei n.º 12.527/2011, que regula o acesso à informação, é um avanço relevante. É fruto de um longo processo de abertura da AP instaurado com a Constituição de 1988.

Essa perspectiva permite que a AP, sob a fórmula da “casa de vidro”, renove seu diálogo com a sociedade no recolhimento e na utilização das informações, no seu sistema de classificação e ainda no momento do controle (Colaço Antunes, 1990). Logo, são imprescindíveis a alavancagem de mecanismos concretos de transparência ativa — divulgação espontânea de informações públicas, independentemente de solicitação — e a transparência passiva — divulgação de informações públicas em atendimento a uma solicitação (Clève e Franzoni, 2013, p. 8).

Seguramente, a internet assume um papel fundamental. Contudo, com os avanços da TIC, a informação muitas vezes está tão onipresente, disseminada e barata que a sentimos como um fardo. Uma imensa quantidade de dados sem estruturação e de difícil compilação, no fundo, não é acessível. Acontece o que disse o Nobel de Economia Herbert Simon: “a riqueza de informação cria a pobreza de atenção”. Assim, uma questão importante é saber evitar a sobrecarga de informações (Shapiro e Varian, 1998, p. 6).

A transparência não pode ser meramente formal e a AP não pode assumir uma posição de mera divulgadora. A prestação de contas não implica uma mera entrega de gigantescos dados. Os sítios da internet não podem ser só para anúncios. Os dados devem, portanto, ser apresentados de forma limpa e organizada. As informações devem ser preparadas em formatos e indexações de razoável entendimento aos interlocutores. É importante que acrescentem valores em termos de gestão, de informação, dossiês, estudos, fórmulas de requerimentos e contatos diretos com os serviços (Moreira, 1999, p. 151).

O valor real de um provedor de informação é localizar, filtrar e comunicar o que é útil para o interessado (Shapiro e Varian, 1998, p. 6). A AP deve assegurar aos interessados o acesso à informação que detém, organizar esses dados e promover uma política de transparência que facilite o controle da atividade pública sob a política difusa de *fire alarms*.<sup>16</sup> Ademais, a fim de melhorar a confiança na relação com cidadãos por meio

---

<sup>16</sup> A pensar num modelo de simplificação da política de fiscalização das agências reguladoras pelo Congresso norte-americano, Mathew D. McCubbins e Thomas Schwartz (1984) sugeriram um sistema em que os próprios interessados, de maneira indireta, realizariam a atividade fiscalizatória. Traçou-se um modelo diferenciado entre a atividade tradicional de fiscalização burocrática estatal, chamada de patrulha policial (*police patrol*), e a fiscalização através de *fire alarm*, também denominada alarme de incêndio, alarme de risco ou alarme de fogo, a ser realizada pelos interessados.

da estratégia de comunicação ativa sobre as atividades e decisões, deve utilizar uma linguagem acessível ao grande público, facilmente compreensível. Deve haver, pois, uma atitude proativa de abertura e revelação, apoiada em ferramentas de governo eletrônico (*e-government*) e múltiplos instrumentos de difusão da informação (Gonçalves, 2013, p. 25).

A *accountability* exige especial atenção ao acesso à qualidade da informação, capacidade de resposta das estruturas administrativas e conectividade entre os cidadãos, designadamente por meio de canais abertos para a comunicação eletrônica. E os sistemas de TIC, por meio de um amplo banco de dados, permitem que sejam estruturados os problemas. Podem até ser organizadas ferramentas para modelização e simulação dos impactos de determinadas decisões administrativas, a desenvolver-se cenários possíveis de risco. A TIC permite, pois, o aumento da oferta de informação útil para o processo de consulta e tomada de decisão (*e-information*), reforço de consulta (*e-consultation*) e o apoio na tomada de decisões, a facilitar a participação e interação entre as pessoas (*e-decision-making*) (Cheema, 2005, p. 21).

O desenvolvimento do governo eletrônico agrega valor às operações, pois fortalece as pessoas e as capacita a participar e controlar as atividades estatais. A interiorização da cultura de transparência também cria estímulos positivos e diminui o espaço para a ocorrência de atividades ilícitas. Através de portais eletrônicos, é possível a realização de consultas sobre a qualidade das atividades, podem ser montados fóruns de discussão por meio de videoconferência, portais específicos ou do correio eletrônico etc. Apresenta, pois, um efeito moralizador, ao prevenir os responsáveis sobre a necessidade abandonarem as opções que não possam explicar ou que, de antemão, saibam que a opinião pública não vai assimilar (Gonçalves, 2013, p. 25).

No entanto, transparência não significa a absolutização da publicidade, pois se for total pode se revelar prejudicial ou contrária ao bom funcionamento do sistema, tal como sucede com quaisquer valores (Gonçalves, 2013, p. 25). Ou melhor, o direito de acesso às informações deve ser ponderado com outros interesses, como a liberdade de pensamento e de manifestação, a intimidade e a vida privada dos cidadãos, assim como interesses estatais estratégicos de segurança. Portanto, por meio de lei, é possível haver restrições quanto aos interessados, aos dados disponíveis e as vias de acesso. Devem ser estabelecidos

procedimentos e parâmetros limitadores da visibilidade e definidas as responsabilidades por possíveis violações aos interesses protegidos.

Os participantes podem ser identificados por intermédio da certificação digital, desde que isso não seja usado como instrumento político de pressão. Outrossim, a publicidade não pode ser um mero instrumento de dominação, de propaganda publicitária, para se conseguir a adesão e o condicionamento da opinião pública (Habermas, 1978 *apud* Colaço Antunes, 1990, p. 14).

### **3.4.3. *Metas e Performance***

A boa gestão pública obriga o Estado, o setor privado e a sociedade civil a se concentrarem em resultados, terem objetivos claros, desenvolverem estratégias eficazes, monitorarem e informarem seu desempenho (Cheema, 2005, p. 5). Um ponto fundamental na *accountability* é a atenção a padrões nas atividades de interesse público, informações sobre o uso dos recursos e revisões daquelas que não alcançaram os objetivos pretendidos.

O Estado deve ser hábil para coordenar os recursos em face da dispersão de atores. É imperioso que seja eficiente e dome as decisões públicas para o cumprimento de estratégia de resultados. Assim, a AP encontra-se sob a perspectiva da *performance* quanto a serviços, decisões e ações. O gerenciamento de *performance* é uma característica fundamental da *accountability*: introduz responsabilidade na gestão ao prever instrumentos para se saber aonde o governo quer chegar e permitir que se verifiquem tais metas.

O governo deve dirigir a sociedade à distância: definir objetivos e prioridades, viabilizar a competição e cobrar posteriormente. O novo modelo gerencial garante maior autonomia na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros colocados à disposição, mas deve haver continuidade e complementariedade entre gestão e governo. Assim, a AP agirá como instância de realização autônoma e responsável de prioridades e objetivos definidos pela direção política (Gonçalves, 2013, p. 13). É a gestão administrativa orientada para resultados: otimização dos efeitos desejados e afastamento dos indesejados (Vieira de Andrade, 2011, p. 25).

A negociação por metas resulta em eficiência, por meio de modelos que permitam avaliar o desempenho do gestor. A TIC, inclusive, permite que sejam oferecidas informações e relatórios em tempo real sobre atividade, a simplificar o controle e eliminar custos.

Os gestores devem ser responsáveis pelo desempenho mensurável da forma mais objetiva possível. Portanto, uma significativa abordagem para os problemas de *accountability* deve ser a introdução de programas baseados em *performance*. No caso da ER, os dirigentes devem ter uma agenda definida em face da responsabilidade administrativa gestonária e, se não atingirem os objetivos fixados, ficam expostos a consequências desfavoráveis (Gonçalves, 2013, p. 23).

Com efeito, os resultados devem ser exigidos, sob a ameaça de sanção, como a devolução de recursos financeiros ou a exoneração do dirigente. Aliás, não está excluída a possibilidade de as próprias unidades administrativas serem atingidas por consequências negativas (Gonçalves, 2013, p. 23).

Centrar-se em objetivos específicos facilita a responsabilização pelos resultados (Majone, 2006, p. 74). Deve, pois, ser fixada uma clara missão a ser atingida. Os indicadores constituem uma forma útil de organizar e resumir uma grande e variada quantidade de informações sobre a gestão pública (Kaufmann *et al.*, 2009, p. 148).

Mas os indicadores não devem ser apenas econômicos ou matemáticos. Devem incorporar tanto dados objetivos como elementos subjetivos, que reflitam pontos de vista de interessados.

*Performance* não se refere somente a economia de custos ou a qualidade dos serviços; também trata da adequada perseguição de metas, da resolução de conflitos e da produção de consenso. Ou seja, as regras administrativas que “governam” os mercados, além do respeito a critérios materiais da atividade pública, requisitos técnicos e atualização tecnológica permanente, também decorrem de princípios como eficiência, economicidade e dignidade da pessoa humana (reconhecimento do mínimo de existência) (Tavares da Silva, 2010a, p. 530). É, pois, um fenômeno a ser desenvolvido na regulação, onde não deve haver normas legislativas de rígido conteúdo predefinido.

Deve-se realçar, ainda, um formidável “poder” que chega às mãos dos cidadãos: a possibilidade de avaliar, mensurar e controlar os resultados (Guerra, 2012, p. 28). Cabe ao governo promover a competição entre os prestadores de serviços de interesse público, a permitir que os cidadãos escolham o melhor e, assim, controlem tais atividades. O cidadão deve poder acompanhar a implementação dos programas e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como a satisfação de metas e indicadores (Clève e Franzoni, 2013, p. 8). Essa difusão da transparência e do controle reduz formalidades e custos, além de alavancar a eficiência.

## 4. A GOVERNANÇA EM REDE

### 4.1. Introdução à Governança

Alguns tecnocratas pensaram que poderiam assumir a condução da AP. Mas, em certas situações, tornaram-na excessivamente metódicos, sem preocupações com valores a serem perseguidos. Surgiram críticas, pois a técnica não pode ser exclusiva no processo de persuasão e de busca de consenso com vistas à legitimação. Logo, o perigo de foco no caráter epistemológico que obscurecesse outras questões de interesse coletivo levantou a necessidade de participação de outros atores.

As crises econômicas das últimas décadas demonstraram que a complexidade da nova dinâmica social não permite uma análise exata, puramente matemática ou econômica, da eficiência da regulação. Ela falha à medida que as normas impostas estejam fora dos caminhos e limites da autorreprodução dos sistemas sobre os quais tentam agir, em que a eficácia da regulamentação burocratizada precisa ser suplementada (Black, 2006a, p. 149).

Outrossim, o modelo clássico de atividade pública, sob a forma de decisão de cima para baixo (*top-down*), exclui outras possibilidades de ação e gera ingovernabilidade. A sociedade em rede, globalizada, exige soluções mais inteligentes. A governança aponta uma solução: um bom governo exige a aquiescência das pessoas por meio de formas menos autoritárias, hierarquizadas e formalizadas, a se esperar maior legitimidade e eficácia, e também maior responsabilidade, partilha de encargos e coerência (Aragão, 2005, p. 109). Embora se reconheçam as vantagens da especialização técnica, é necessária a coordenação entre os diferentes atores e sistemas.

Cidadãos, empresários, grupos sociais e Estado não devem ser colocados num jogo de soma zero. Assim, mais do que existir uma tensão irreconciliável entre os setores público e privado, deve haver uma relação mutuamente reforçável. A AP deve promover a boa relação entre política, direito, empresários e cidadãos; procurar o compartilhamento de informação, recursos e capacidades.

São necessárias: uma gestão pública voltada para os atores, mas que respeite sua individualidade; a adoção de mecanismos indiretos de regulação e redistribuição de poder;

a imposição de regras apenas se necessário. Aventa-se, assim, a oferta de condições estruturais com fim de atingir uma consciência organizacional que reflita equilíbrio externo e interno (Black, 2006a, p. 149).

A problemática da diferenciação funcional das esferas de ação “autonomizadas” (e seus “códigos de comunicação”) deve ser substituída pela problemática da coordenação funcional e articulação de subsistemas diferenciados (Beck, 2012b, p. 271). Objetiva-se maior abertura aos atores sociais e a obtenção de melhores resultados a custos menores; a formação de uma rede interligada em todos os níveis, a agir e controlar-se de forma multidirecional, desde a cogitação até a avaliação dos resultados. É uma nova configuração que responde à crescente complexidade da sociedade e reflete a carência de recursos estatais (Peters *et al.*, 2009, p. 3).

A modernização simples significava a subjugação por meio de atomização, normalização, hierarquização, centralização e individualização. Mas a reflexividade pós-moderna exige capacitação dos indivíduos e flexibilidade em rede de conhecimento intensivo, fragmentado e relativamente autônomo (Lash, 2012, p. 172). Deve haver, pois, a ligação das sub-racionalidades aparentemente “autorreferenciadas” a fim de não bloquear o horizonte de possibilidades futuras; os sistemas devem permitir combinações e a coprodução de bem-estar (Beck, 2012a).

Apesar de o poder público ser importante suporte nas operações, outros recursos são decisivos, como capital, conhecimento e experiência privados. Cresce o interesse na ampla gama de disciplinas profissionais, campos acadêmicos e sociais interligados em rede. Deve haver, ainda, desburocratização e simplificação, a evitar-se a proliferação de entidades e procedimentos se for possível aproveitar as conexões já formadas na rede. O Estado torna-se, pois, menos dirigista.

É uma tendência vinculada à mudança para a coordenação com ênfase na interdependência do conhecimento por meio da negociação reflexiva e da aprendizagem conjunta (Jessop, 2006, p. 24). Podem ser adotados vários instrumentos de ação, com destaque para os consensuais e menos onerosos. Assim, deverão ser simplificados os textos jurídicos (como por meio de correção), a implicar em redução quantitativa (do volume) e qualitativa (da complexidade) da legislação (Aragão, 2005, p. 146).



## 4.2. A Governança

### 4.2.1. Modelos de Gestão

A analisar os modelos de organização da sociedade, notamos que a presença do Estado e/ou do sistema político pode ser mais ou menos forte. Decorre da dicotomia entre público e privado, fundamental no pensamento ocidental (Förster *et al.*, 2009, p. 538). São estruturas idealizadas, pois, para capturar as possibilidades de gestão com variados tons de interações entre a sociedade e o Estado.

Há opções de fortalecimento da capacidade estatal, assim como a realocação da função pública em outras esferas, como no mercado ou na sociedade civil. Assim, a gestão pública pode ocorrer de várias formas, desde a excessivamente estatista, formalizada e verticalmente organizada, a passar por modelos intermediários – como a governança em rede –, até o modelo de autogestão privada, em que a interferência entre os atores é mais aberta e espontânea (Pierre e Peters, 2005; Kooiman, 2005b).

O modelo de gestão estatista alardeia que o Estado é o principal ator e pode controlar os atores sociais. No social-democrata, ligado à democracia representativa, o Estado é o ator central a conduzir a sociedade, mas outros atores podem influenciá-lo por meio do processo político. Na governança em rede, que depende das redes sociais na gestão pública, o Estado é um dos atores envolvidos no processo com tendência à organização horizontalizada. Na autogestão, relega-se a gestão aos atores privados, normalmente por se entender que o Estado perdeu sua capacidade de governar para os setores econômicos.

O modelo excessivamente estatista, como na URSS, está superado. O tradicional arquétipo socialdemocrata baseia-se no pressuposto do Estado como uma instituição centralizada, unificada e potente, que representa o interesse público: o único que pode legitimamente promovê-lo. Mas essa concepção que tende para o estatismo, fundada nos atores políticos dominantes, embora tenha sido importante historicamente, hoje enfrenta limitações de recursos, de acesso a informações e ausência de flexibilidade, como visto anteriormente. Exige a aplicação dos tradicionais instrumentos de comando e controle numa inglória busca de homogeneidade social.

Há situações em que a intervenção estatal direta não funciona, pois pode ser muito específica ou genérica, ser dirigida a um público excessivamente restrito ou amplo, ter duração indesejada etc. (Kooiman, 2005b). Com pouca ou nenhuma intervenção dos atores privados, o estatismo sobrecarrega o Estado e não consegue se adequar à fragmentariedade e dinamicidade sociais.

O modelo de autogestão, liberal ou neoliberal, baseia-se na vasta autodeterminação da sociedade. Mas acaba sendo dominado pelos pesados atores econômicos e, conseqüentemente, foca-se no lucro. Na ausência de Estado, a hegemonia do direito privado caminha a par e passo com a crescente refeudalização da sociedade, de base enfática neocorporativa, pois falta outro sujeito para dar equilíbrio ao contrato social (Colaço Antunes, 2002, p. 19). A autogestão é, pois, deficiente na busca da satisfação coletiva. As externalidades negativas de sistemas em expansão, bem como suas potencialidades autodestrutivas ficaram expostas na recente crise dos mercados de capitais (Teubner, 2012, p. 10).

Atualmente, normas e padrões sociais (inclusive legais) escapam da total determinação estatal. Mas não se deve confundir a capacidade privada para realizar objetivos públicos com a suposta aptidão natural do setor privado para a prossecução do interesse público, sob o equívoco de achar-se que o setor privado tem apetência para servir de forma desinteressada (Gonçalves, 2013, p. 32). As chances de envolvimento participativo são quase sempre distribuídas de forma desigual entre os possíveis atores (Förster *et al.*, 2009, p. 539).

A atuação para satisfazer o interesse da coletividade deve ser estabelecida a partir das possibilidades de cada um. O Estado e o direito ainda são fundamentais para bloquear externalidades negativas. Assim, a governança também diz respeito ao Estado, pois o desenvolvimento sustentável centrado na pessoa humana envolve elementos essenciais, como respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, inclusive quanto a direitos sociais, democracia, transparência e responsabilidade (Canotilho, 2006, p. 328).

O Estado deve ser a fonte de articulação e negociação de interesses com os diversos setores envolvidos (como agentes do mercado e clientes efetivos ou potenciais), como proposto pela governança em rede. Passa a ter o papel primordial de um “mediador

ativo” de interesses, sem perder a função de tutor dos hipossuficientes (Marques Neto, 2005, p. 4). Ao invés do “público vs. privado”, emerge a lógica do “público & privado”: a partilha de responsabilidades entre Estado e particulares sob a ideia de realização do interesse público como atividade mista constitui, pois, premissa fundamental para afastar o perigo de abandono da sociedade civil a si mesma (Gonçalves, 2013, p. 31).

Com efeito, o Estado, sob o manto do direito, é um ator importante para a manutenção da segurança, da justiça e dos direitos fundamentais. Todavia, é impossível regular tudo e prever todos os passos do mercado, inclusive porque novas regras produzirão novas circunstâncias, que demandarão novas análises. O sistema administrativo público deve se espelhar em modelos bem-sucedidos do setor privado, como o modo de direção e de indicação de dirigentes, o padrão de decisões técnicas, a interação e as vantagens da competitividade entre as empresas, as metas a serem atingidas, a *accountability* etc. Mas é uma agenda que não significa a cega importação dos valores e das abordagens próprias do setor privado (Gonçalves, 2013, p. 10). Deve haver equilíbrio, e nenhum dos modelos extremos de gestão – nem estatista nem de autogestão – é adequado.

#### **4.2.2. Conceito de Governança**

“Governança” é mais um termo de origem inglesa, que surgiu em trabalhos econômicos (*corporate governance*) e também no âmbito internacional, nomeadamente no contexto de organizações transnacionais (*global governance*), para depois alcançar o direito administrativo (*good goverance*) e o constitucional (*democratic governance*) (Aragão, 2005, p. 107). A ideia central é ter uma gestão pública mais profissional, atualizada em face da sociedade em rede.

“*Governance*”, “*public governance*” ou “*new public governance*” são termos de difícil precisão, mas a doutrina acentua o modo de condução de uma organização formal ou até mesmo uma comunidade informal, que comporta uma agenda de reflexão e propostas que visam a promover a “boa governação” (Gonçalves, 2013, p. 8). A Constituição Europeia consagra a expressão “*good governance*” (art. I-50). As traduções normalmente utilizam os seguintes termos: “*bonne gouvernance*” (francês), “*buena*

*governanza*” (italiano), “*buon governo*” (espanhol), “*verantwortungsvolle verwaltung*” (alemão). Por isso, a expressão é traduzida para o português como “governança”, “boa governança”, “boa governação” ou “governância”.

Apesar das discussões sobre as traduções, a nosso ver são versões adequadas, pois o verdadeiro sentido do termo dependerá de sua adequada interpretação, definição e aplicação pela doutrina e pelos atores envolvidos. Assim, utilizaremos a expressão “governança”, que mais se assemelha às traduções de língua latina e inglesa, sob a ideia de que o termo “boa” está implícito na concepção de gestão pública. É, aliás, o termo usado no Livro Branco da Comissão Europeia (LBCE) sobre Governança (2001).

Para a UE, a governança designa o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder, em especial no que se refere a abertura, participação, coesão, responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia (Sand, 2004, p. 47). É a condução responsável dos assuntos do Estado em todas as esferas, a colocar as questões de governo de forma multilateral e insistir em questões como governabilidade, *accountability* e legitimação (Canotilho, 2006, p. 327).

A governança compreende mecanismos e processos em que as pessoas e grupos articulam seus interesses, medeiam suas diferenças e exercem seus direitos e obrigações. Não trata somente da gestão patrimonial do governo. Por meio de interações dentro do Estado, e entre ele, a sociedade civil e o setor privado, visam a um consenso sobre as prioridades e os objetivos públicos ou, no mínimo, a uma decisão pública legítima. Assim, quatro atividades são essenciais na governança: articular um conjunto de prioridades para a sociedade; proporcionar coerência entre os vários setores, de forma consistente e coordenada; ter capacidade de direção para encontrar mecanismos adequados para se cumprir os objetivos; sujeitar-se à *accountability* (Pierre e Peters, 2005, p. 3-5).

A governança permite a governabilidade, de forma a refletir qualidade na gestão das interações dos sistemas político-sociais como um todo, objetivar a resolução dos problemas sociais ou a criação de oportunidades sociais, cuidar dos aspectos institucionais dessa interação e, ainda, estabelecer seus princípios normativos (Kooiman, 2005b p.

231).<sup>17</sup> Portanto, embora governança e governabilidade sejam conceitos distintos, caminham juntos. Envolvem negociações e deliberações entre vários atores, que devem chegar à satisfação mútua em diálogo. Três atores, pois, sobressaem: o Estado, a criar um ambiente político-jurídico favorável; o setor econômico privado, a gerar emprego e renda; e a sociedade civil, a facilitar a interação social e política (Cheema, 2005, p. 4).

A governança permite boa conexão, equilíbrio entre eficiência e legitimidade. Deve proporcionar a extração de boas inspirações do setor privado, ordinariamente mais eficiente em razão da intrínseca competitividade, com naturais ascensões e quedas dos atores econômicos.

Contudo, os servidores públicos não devem agir como se fossem negociantes privados. A boa gestão pública não é só a ótima alocação de recursos econômicos, pois é imperiosa a atenção a interesses fundamentais das pessoas. É importante que haja um modelo próprio do setor público, que também responda aos anseios da coletividade, nem sempre ávida por eficiência econômica. O respeito aos direitos humanos pressupõe atenção ao desenvolvimento sustentável, responsável e transparente dos recursos da coletividade, inclusive naturais e financeiros. São, pois, valores que norteiam a boa gestão pública: autonomia, separação da política, estabilidade, responsabilidade pelos resultados, ação subsidiária em relação à sociedade civil, colaboração com o setor privado e coordenação em rede (Gonçalves, 2013, p. 11).

A governança pressupõe um conjunto de instrumentos técnicos de gestão que assegurem a eficiência da ação pública, a conduzir a reformulação da AP com novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas (Saravia, 2009, p. 22). Demanda a convergência de objetivos para se chegar a um efeito sinérgico ou de situação “ganho-ganho” (*win-win*) (Kooiman, 1993b, p. 251). Logo, exige: processos claros de decisão; prestação de contas, transparência e responsabilidade; proteção dos bens públicos, prevenção e combate à corrupção; descentralização; promoção e fortalecimento das parcerias com atores privados; combate à exclusão e proteção dos hipossuficientes.

---

<sup>17</sup> Governabilidade é a necessidade de haver adequado ambiente político para se efetivar as ações administrativas, a requerer legitimidade mediante a credibilidade dos agentes públicos e o adequado padrão de intervenção econômica e social do Estado e nas suas relações com os atores privados (Saravia, 2009, p. 22).

A interação não prevê só mecanismos institucionalizados. Marca novas relações entre sociedade e Estado, assim como suas regras, procedimentos e processos (Peters *et al.*, 2009, p. 17). A governança traz, pois, um novo paradigma, com base nas novas teorias sobre pós-modernidade e rede, sob o contexto do pluralismo, da fragmentação e da complexidade. Decorre da tentativa de proporcionar um governo aberto e, ao mesmo tempo, eficiente, que supere desafios de *performance*.

### **4.3. Multiculturalidade e Consenso**

#### **4.3.1. Diversidade, Complexidade e Dinamismo**

Equilíbrio e coerência são necessários para uma boa administração, responsável e sustentável quanto a recursos naturais, pessoais e materiais. Há indicativos de que a capacidade de expansão do governo nos sistemas político-administrativos tradicionais atingiu o limite ou está perto disso: assim, tenta-se reduzir a ação governamental para que os problemas sociais se resolvam entre si, bem como busca-se reformular as estruturas para que outros atores participem (Kooiman, 1993a).

É impossível que um ator, público ou privado, tenha todo conhecimento e informações necessários para resolver tantos problemas complexos, dinâmicos e diversificados. Os atores econômicos transnacionais emergem como forças. Mas o Estado ainda tem uma penetração de legitimidade maior com os cidadãos e grupos sociais. Ou seja, nenhum ator tem potencial suficiente para aplicar todos os instrumentos necessários ou dominar unilateralmente determinado modelo de gestão. Ademais, ninguém é tão dominante para impor certo comportamento ou colocar os custos de resolução de problemas sobre outros e tomar os rendimentos para si (Kooiman, 2005a, 1993a). O ponto de partida da governança é, pois, a interação de fenômenos sociais e governamentais. A interdependência significa que nenhum ator pode exercer as atividades unilateralmente, a solucionar problemas ou apreender oportunidades.

Reconhece-se uma sociedade multicultural em que as pessoas não são mais objetos-receptáculos de ordens hierárquicas, sob uma suposta vontade geral, mas sim sujeitos-participantes da transformação da sociedade. Destacam-se a diversidade, a complexidade e o dinamismo (Kooiman, 2005a, 1993b). A diversidade aponta um

processo com ricas formas sociais, a desafiar a regulação e a integração, sob a necessidade de coordenação e fino ajuste de crescentes desejos, ideais e interesses; aponta para a diferença na natureza das entidades e chama atenção para seus objetivos, intenções, poderes e atores. A complexidade, por sua vez, expressa o difuso aumento das interdependências: é um indicador da arquitetura das relações entre partes (interna e externamente) e entre o sistema e seu ambiente, a exigir um exame das relações internas e entre diferentes níveis. Por fim, o dinamismo é a expressão de tensões rotineiras e a necessidade de acompanhamento da velocidade das mudanças; é aplicado às articulações internas e externas ao sistema, com suas oportunidades e problemas, a permitir que se preste atenção sobre os desenvolvimentos e sobre como tratá-los, principalmente em termos cibernéticos.

Ao verificarmos a diversidade, a complexidade e o dinamismo social, podemos melhor utilizar o conhecimento para criar oportunidades ou solucionar problemas que não seríamos capazes com análises uniformes e estáticas. A diversidade exige exame fundado nas circunstâncias reais e descontínuas, da exceção para a regra geral; a complexa dependência entre múltiplos atores impõe constante análise e construção de nós na rede, com infinitas cadeias de relações, devendo-se adotar a ideia de “conjuntos e peças”, interdependência multidimensional e ligações em rede; em face do dinamismo, são abraçados “padrões não lineares e caóticos”, “descontinuidade e irreversibilidade” e “mecanismos de retroalimentação global e circularidade” (*feedwhile/feedback mechanisms*). Assim, não devem mais ter destaque: abordagens baseadas em médias e em rígidas regras; seguimento simples de relações de “causa e efeito”, dependências unilaterais e severas divisões de matérias; ideias de “linearidade e previsibilidade”, “continuidade e reversibilidade” e “mecanismos de alimentação direta” (Kooiman, 1993b, 2005a).

Há uma mudança da forma de governabilidade unidirecional para um modelo multidirecional e interdisciplinar que leva em consideração questões, problemas e oportunidades dos atores envolvidos. São propostos arranjos para a atuação conjunta dos atores públicos e privados, com esforços para guiar, orientar, controlar e gerenciar diversos setores ou facetas da sociedade. Os novos padrões de interação entre governo e sociedade ocorrem em dois níveis distintos: no político surgem esforços mais amplos para se

familiarizar com as estruturas sociais e seus desenvolvimentos; no nível administrativo, concretizador, buscam-se novos modelos de governo em termos de “co”, como codireção, cogestão, coprodução e coalocação, mediante mudanças empiricamente observadas em vários setores e em diferentes países (Kooiman, 1993a, p. 2).

A governança trata do Estado ao lado de múltiplos poderes sociais, com o intuito de lhes conferir unidade e coerência em sinergia (Garcia, 2009, p. 23). No coração da boa governança estão a participação, o pluralismo, a subsidiariedade, a transparência, a *accountability*, a equidade, a parceria e a eficiência (Cheema, 2005, p. 4). Devem, pois, ser levadas em consideração as seguintes necessidades: maior qualidade das atividades públicas; instrumentos que permitam agir diante da frequência, da rapidez e da imprevisibilidade das transformações do contexto social, político, econômico, internacional e tecnológico; assimilação da TIC, com formas mais ágeis e eficientes de interação; descentralização da decisão em diversos âmbitos; melhora dos sistemas regulatórios a fim de permitir a cooperação do setor privado nas atividades de interesse público, a assegurar acesso qualitativo dos cidadãos; acesso dos cidadãos à decisão, à implementação e ao controle das atividades públicas; incremento da cooperação entre Estado e empresas mediante parcerias permanentes; incorporação de novas formas para acelerar a cooperação entre Estado e organizações sociais (Saravia, 2009, p. 23).

Com efeito, são caçadas as melhores soluções de governo, desde as clássicas atuações até os novos procedimentos de negociação e participação. Busca-se uma prudente gestão dos recursos por meio da ação de especialistas e da participação de interessados, para se chegar a uma decisão que sustente atividades globalmente responsáveis em razão dos conhecimentos disponíveis, flexíveis e adaptáveis à evolução dos fenômenos sociais, em função dos princípios jurídicos a que obedece (Garcia, 2009, p. 54).

Também se pensa no uso de forças competitivas, cuja tensão traga retornos positivos ao sistema (Dunsire, 1993, p. 28). De certa forma, é a aplicação da teoria dos jogos, em que o sistema construído deve gerir “naturalmente” os conflitos surgidos por meio da divisão de atividades entre vários atores, em que cada um trabalhe segundo seu interesse e, naturalmente, controle o outro, a trazer benefícios ao conjunto. A estabilidade é obtida pelo balanço das forças.



A rede de nós deve manter a coerência interna. Implica responsabilidade dos atores e instituições para manter uma abordagem comum, lógica e sistematizada. A dimensão substancial da coerência será medida pela melhor ou pior articulação do conteúdo dos atos com atuações anteriores ou futuras: está relacionada com a necessidade de que cada medida adotada se articule lógica e harmoniosamente com as anteriores, e esteja de acordo com os anseios futuros, a criar energias positivas e evitar contradições (Bochenek, 2008). O princípio da eficácia coloca, pois, a questão central do governo em promover ações que deem resposta às necessidades coletivas com base em objetivos claros, com avaliação de seu impacto futuro e tomando em consideração a experiência anterior (Canotilho, 2006, p. 332).

#### **4.3.2. Subsidiariedade, Participação e Consenso**

O ser humano deve ser responsável pela gestão e também pela constituição do mundo (Menezes, 2010, p. 172). As pessoas devem assumir as consequências de suas escolhas e dos custos que geram, a ser aplicável o princípio da subsidiariedade.

Divulgado inicialmente no âmbito das relações internas da Igreja Católica (entre a Igreja de Roma e as locais), o princípio da subsidiariedade permitiu o raciocínio de que o ente superior só deve agir se o nível inferior não puder satisfazer suas necessidades *de per si* (Carvalho, 2009, p. 217). A subsidiariedade estatal aponta para as atribuições em função da complexidade da ação, a deixar que as decisões sejam tomadas no nível mais próximo do interessado. Assim, os indivíduos devem agir para satisfazer seus interesses individuais por meios próprios; secundariamente, os grupos presentes na sociedade devem atuar para a satisfação dos interesses coletivos; apenas terciariamente a sociedade como um todo deve decidir e atuar para realizar interesses gerais (Moreira Neto, 2001, p. 20).

Segundo Habermas (1997), a validade ou justiça da decisão acha-se no consenso racionalmente fundado. O formalismo é produto do crescimento da burocracia e do atrofiamento da retórica; conseqüentemente, um movimento antiformalista pode acarretar o reforço da retórica (Santos, 1990, p. 18). Portanto, a maior participação dos atores sociais na gestão pública exige mais justificativas e outras formas de *accountability*.

A confiança ativa toma corpo quando as instituições tornam-se reflexivas e as proposições dos especialistas estão abertas a críticas e contestações, a possibilitar que a verdade tenha validade em virtude de sua correspondência com os fatos e apoio na argumentação (Lash, 2012, p. 299). Logo, é importante reconhecer o papel da AP de permitir a coprodução não apenas entre os atores fortes e altamente organizados, mas também de comportar outros atores no processo de decisão (Kooiman, 1993b, p. 257).

O Estado deve mostrar preocupação global, mas deve respeitar a responsabilidade de cada um. É uma tendência da sociedade pós-moderna. Mas, ainda assim, resta-lhe o dever de fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada, a permitir aos particulares o sucesso na condução de seus empreendimentos (Di Pietro, 2011, p. 35).

O exercício da governança, a acompanhar e concretizar políticas públicas, desenvolve-se segundo a racionalidade argumentativa, atenta aos pormenores fáticos e aos princípios de direito, ponderando interesses, dando voz a quem tem dificuldades em se fazer ouvir, adequando meios disponíveis aos fins, gerindo múltiplas ações com eficiência e prudência, construindo e reconstruindo intencionalidades (Garcia, 2009, p. 57). A discussão livre, inclusiva e reflexiva culminará na validação fundada no melhor argumento.

O incremento da participação conduz à legitimidade e promove o conhecimento. Mesmo que o poder político não precise do consentimento popular para sua operação cotidiana, não pode sobreviver com a explícita recusa desse apoio; ela torna, pois, esses meios eficazes, já que medidas de coerção generalizadas não são substitutos da anuência (Bauman, 2007, p. 287). Assim, os atores sociais devem ser reconhecidos como partes nas atividades estatais, a possuir direito ao diálogo: falar e ser ouvido.

A nova arquitetura visa ao incremento da aplicação de diversas técnicas de governo, a combinação de seus níveis institucionais (global, regional, nacional e local) e uma variedade de atores públicos e privados (Sand, 2004, p. 47). Então, esses elementos devem ser analisados para se refletir, promover e concretizar os valores de uma boa gestão.

A abertura reforça a legitimidade e deixa em segundo plano a autoridade fundada na força. O ideal é que as questões – modo de discussão, protocolo, debate, avaliação de

entrevistas, forma de votação e aprovação – sejam resolvidas de comum acordo, como na autolegislação e na auto-obrigação (Becka, 2012, p. 54). Assim, espera-se mais aprovação e aderência voluntária dos interessados, a obter maior efetividade. O acordo normativo será respeitado, então, pelas regras que se aproximam do cumprimento espontâneo, sem coerção (Bochenek, 2008).

No contexto de desmonopolização do papel do governo, os atores sociais são importantes. Contudo, é impossível um consenso absoluto. O consenso objetivo é muito difícil, especialmente nas ciências humanas. Com a diversidade e a complexidade sociais, as interpretações amplas e geralmente aceitas são cada vez menos possíveis. A função legitimadora da participação pode sobrecarregar os sistemas, com a possibilidade de demora e caos (Cademartori *et al.*, 2008, p. 81). O consenso também é objeto de ceticismo em face da impossibilidade de se conhecer cada mente humana e sua realidade extralinguística, a captar um realismo ontológico. Isso significa que maior cuidado e atenção devem ser dados à diversidade de pontos de vista e aos interesses que estão em jogo na tomada de decisão (Kooiman, 1993b, p. 254).

É irrealista pensar que tudo segue a razão, mas esse ceticismo acerca do alcance da racionalidade não é fundamento para as pessoas deixarem de empregar a razão até o limite do que lhes seja possível (Sen, 2009, p. 22). Portanto, mesmo que a razão possa não acarretar resultados corretos e justos, ainda possui maior probabilidade de obtê-los e justificá-los.<sup>18</sup>

O benefício para muitos pode ser percebido como uma praga por alguns. A sociedade pluralista comporta grupos de interesse concorrentes e conflitantes, que procuram exercer pressão sobre o poder estatal, colonizando-o (Otero, 2007, p. 666). O jogo entre opinião e contraopinião pode não resolver os conflitos e até fortalecer seus

---

<sup>18</sup> Em epistemologia, isto é óbvio: muito embora um procedimento científico tenha maior probabilidade de sucesso, quando comparado com procedimentos alternativos, pode acontecer que um procedimento aloucado tenha a resposta certa para um caso particular. Um exemplo: uma pessoa que depõe a sua confiança num relógio parado para saber as horas, terá sempre a hora certa duas vezes ao dia, e se quisesse saber as horas num desses momentos, este seu relógio, conquanto imobilizado, poderia levar a melhor sobre os relógios em funcionamento. Contudo, preferir confiar num relógio inerte e não num relógio com movimento e que anda próximo da hora certa não é digno de louvor (Sen, 2009, p. 81).

limites (Beck, 2012a, p. 53). Inclusive, os instrumentos convencionais de consulta pública podem fracassar. Traz também o risco de interesses obscuros sobressaírem.

Os fóruns de negociação e mediação devem estimular a prevenção e integrar ambivalências; mas não são máquinas de produção de consenso com garantia de sucesso, pois não podem abolir o conflito nem os perigos incontroláveis da atividade econômica (Beck, 2012a, p. 55). Há sacrifícios inevitáveis. Assim, a confiança deve ser conquistada e mantida por meio da argumentação racional aberta e participativa em busca da melhor escolha. As instituições devem experimentar procedimentos novos, estruturas de tomada de decisão, coparticipação, sobreposições de competência, segundo a necessidade de cada caso.

Difícilmente haverá “informações completas”. Na decisão das questões, deverão ser considerados valores e opções concorrentes, a formar um juízo equilibrado sobre informações incompletas e mutantes (Baldwin, 1995, p. 45). Logo, em determinado momento, a AP deve decidir a partir de uma certeza parcial, segundo um processo seletivo de qualidade dos dados. Inclusive, é importante reconhecer que os especialistas normalmente sabem mais.

Por conseguinte, juridicamente, consenso refere-se à vontade dos membros de um grupo cujo programa de ações impostas seja qualificado de justo ou em conformidade com a justiça, deduzido do conjunto de suas experiências que vise ao futuro (Puy-Muñoz, 2002, p. 166). A história nos ensinou a questionar a sabedoria pretensiosa da capacidade da ciência como autoridade moral (Bauman, 2007, p. 56). Mas, mesmo com abertura, não há razão para sempre se duvidar das boas intenções dos especialistas ou acusá-los de premeditações dolosas. A AP, sustentada pela lei editada pelo parlamento e com dirigentes escolhidos pelos representantes políticos, terá o papel fundamental de absorver informações qualitativas e trabalha-las em benefício da coletividade, a abrir mais ou menos o debate conforme a repercussão da atividade em face dos cidadãos. A instituição jurídica do consenso consiste, pois, na aceção de resolver conflitos ou de preveni-los, mas raramente se pode atuar em todas as frentes, sendo necessário criar pequenos campos de coincidência de interesses, a diminuir a zona de dissenso (Puy-Muñoz, 2002, p. 172).

## 4.4. A Cogovernança

### 4.4.1. Conceito de Cogovernança

Governança não é somente a gestão dos negócios estatais. Entender governança é basicamente uma maneira de compreender o relacionamento Estado-sociedade com o fito de satisfazer os interesses da coletividade (Pierre e Peters, 2005, p. 2-6). Assim, a nova gestão pública pode ser considerada como a totalidade de interações, em que públicos e privados participam com vistas à resolução de problemas e à criação de oportunidades sociais (Kooiman, 2003, p. 4).

A interação na gestão pública contribui para o senso de identidade e de desenvolvimento, ligados à renovação, à evolução e ao crescimento (Kooiman, 2003, p. 211). Refere-se à constituição e à reconstituição de instituições e atores, em que o relacionamento influencia o envolvimento, contribui para o desenvolvimento de todos e atrai legitimidade para as atividades.

A participação de atores interessados traz eficiência por meio da expertise e da experiência em assuntos complexos; ainda, eles se mantêm atualizados, dividem a responsabilidade e legitimam o processo. Como os atores estão dispersos e até transcendem fronteiras, o padrão não estatal tende a ser uma ferramenta natural para a harmonização legal (Förster *et al.*, 2009, p. 501). A definição de normas pode, assim, ser caracterizada como formação de “baixo para cima” (*bottom-up*) em oposição à tradição “de cima para baixo” (*top-down*).

A harmonização não-estatal-orientada (*non-state-driven*) corresponde à ideia de subsidiariedade (Förster *et al.*, 2009, p. 501). Os padrões não estatais contribuem para a competição entre diferentes modelos regulatórios, nacionais e internacionais. Fomenta eficiência, pois essa corrida é o combustível da inovação e dos melhores arranjos normativos. Por outro lado, de um modo geral, a configuração padrão de ator não estatal se torna mais eficaz quando se alia a uma ordem legítima. Estamos a tratar do modelo de cogovernança ou governança em rede, em que as decisões estatais refletem os interesses dos outros atores sociais.

A cogovernança não é a simples existência da rede social. Visa ao aprofundamento da governança quanto ao relacionamento com os atores privados. É a tentativa de reestruturação social em face da diferenciação e da especialização. Significa usar formas organizadas de interações para a regulação horizontalizada: comunicação, colaboração e cooperação entre os atores, sem um elemento dominador (Kooiman, 2003, p. 97). Assim, pode ser definida como a condução de sistemas complexos de policentralidade, em que diversas entidades intervêm e cooperam em vários níveis, interligadas em rede, incluindo organizações transnacionais e, internamente, poderes sociais, empresas especializadas ou grupos de cidadãos interessados (Vieira de Andrade, 2011, p. 24).

Na cogovernança, as esferas de poder organizatório transcendem o Estado. Tal configuração exige maior compartilhamento do que controle, mais orientação do que direção, mais intermediação do que comandos superiores (Kooiman, 2003, p. 221).

Há risco de desordem, pois não há hierarquia. Um elemento-chave do declínio da confiança sobre o setor público é a incoerência, pois muitas atividades públicas são redundantes ou desperdiçadas, ao mesmo tempo em que deveriam ser preenchidos os furos na rede social (Bochenek, 2008). A falta de coerência torna as despesas públicas mais onerosas e menos eficientes. Assim, esses obstáculos precisam superados num processo integrado.

A coerência deve ser verificada e reajustada a todo o momento, dinamicamente. Os centros de poder necessitam ser coordenados e integrados por meio de ações coesas. É importante verificar as ações ocorridas e aprender com os equívocos e as falhas; considerar o cenário atual e projetar as perspectivas e desejos futuros (Bochenek, 2008). A coerência dependerá, pois, da conexão entre as partes e da estruturação de ações de forma lógica e simplificada. Logo, a cogovernança deve permitir a organização social com os atores conectados entre si, mediante discussão, planejamento, execução e avaliação das ações de forma encadeada.

O Estado é importante para mobilizar o potencial de ação a ser expresso em apoio de um problema a ser resolvido ou de possibilidade a ser criada; o mercado é forte para dispor dos recursos que as instituições precisam; por sua vez, a sociedade civil tem como trunfo conhecimento e valores, isto é, a condição de imagem desejada para governar

(Kooiman, 2003, p. 215). Destarte, deve haver equilíbrio entre todos os elementos. Não pode haver domínio do populismo, nem do político, nem da competição mercadológica.

É uma proposta de regulação em que o Estado não seja o único lugar com autoridade nem aquele que desempenha tudo. Há fragmentação, complexidade e interdependência entre os atores estatais e os não estatais, que passam a ser gestores e administrados, controladores e controlados. Seus limites são marcados pela consideração do interesse de todos, mas com a melhor decisão que possa desagradar alguns, após um diálogo racional.

As interações apontam para um objetivo estruturado de forma flexível, negociável (Kooiman, 2003, p. 108). Vejamos o exemplo das parcerias público-privadas (PPPs), sob os aspectos das motivações (*inputs*) e dos resultados (*outputs*): embora possam ser delimitados alguns objetivos, a longo prazo a reunião estratégica e sinérgica entre Estado e empresário não são óbvias, a exigir ajustes futuros.

A atenção deve se voltar para abordagens voluntárias da nova configuração, a fim de obter comprometimento e legitimidade das partes por meio do processo dialógico. No reino dos padrões voluntários, avanços positivos têm ocorrido, com bons exemplos no âmbito transnacional. Assim, a construção do direito interno deve aproveitar o consenso negociado.

Destacam-se desafios funcionais, sistêmicos, democráticos e normativos. Os desafios funcionais giram em torno da coordenação, pois as redes de organizações num regime regulatório são caracterizadas por complexas interdependências, a exigir orientação; os desafios sistêmicos circundam a fragmentação dos sistemas, a instigar os juristas a identificar a “lei” na presença de inúmeras ordens normativas, como o debate sobre a natureza do *soft law* e questões do pluralismo jurídico; os desafios democráticos decorrem de questões de representação, sobre quem deve ser envolvido na tomada de decisão dos diversos componentes da rede, quem será responsável e como isso ocorrerá; os desafios normativos decorrem de preocupações quanto aos objetivos e ao funcionamento do regime regulatório, isto é, o conceito do “bom” a ser perseguido (Black, 2009, p. 242).

#### 4.4.2. *A Nova Organização*

Weber priorizava relações hierárquicas e formais nas organizações; desprezava vínculos informais. Afirmava que a modernidade seria uma caixa de bronze em que os homens ofereceriam sacrifícios em frente ao altar da racionalidade, tal como os felás do antigo Egito (Beck, 1999, p. 179).<sup>19</sup> Na burocracia, os indivíduos são despidos de suas concepções pessoais e neutralizados em função das regras institucionais. Não podem ser flexíveis, usar sua própria capacidade de raciocínio na tomada de decisão nem procurar soluções criativas. Nesse modelo, prevalecem os procedimentos e se esquece a finalidade da organização.

A supervisão direta, verticalizada, pode funcionar se as pessoas envolvidas forem hostis aos que exercem autoridade sobre elas e não desejam estar naquele lugar, como ocorre nas instituições totais (ex. prisões) (Giddens, 2009, p. 359). Mas o controle absoluto é impossível, especialmente em organizações abertas, onde a burocracia possui eficácia limitada e inibe a inovação.

A distância pode incrementar a polarização dos grupos, uma atitude de contraposição entre “nós” e “eles” no relacionamento departamental; já a proximidade entre os interessados facilita a formação de grupos primários (Giddens, 2009, p. 356). Essa aproximação, que antes se limitava ao aspecto físico, estende-se ao mundo virtual. Assim, quando as organizações conseguem estabelecer pontes para transformar conhecimentos tácitos em explícitos, explícitos em tácitos, tácitos em tácitos e explícitos em explícitos, as fontes de inovação multiplicam-se (Castells, 2011b, p. 217).

Não é mais possível que as organizações sejam rígidas. O excesso de supervisão nega o desenvolvimento e aliena os agentes, a deixar-lhes desmotivados. Nas empresas, muitos conhecimentos provêm da experiência e sua comunicação pode não ocorrer em ambientes formalizados (Castells, 2011b, p. 217). Aliás, sempre existem canais informais, construídos por injunções alheias à sequencialidade normativa. Um estudo realizado nos EUA, por exemplo, comprovou que, quando os empregados consultam uns aos outros para

---

<sup>19</sup> Felás eram os trabalhadores braçais do campo e das obras públicas, sob rígida estrutura de dominação/submissão.



resolver problemas, há mais eficiência na obtenção da correta informação e, ainda, ajuda a diminuir as ansiedades do trabalho individual (Blau, 1963 *apud* Giddens, 2009, p. 351).

A necessidade de relação multissetorial é evidenciada com a necessidade de especialização na sociedade em rede. O desenvolvimento de procedimentos informais permite maior iniciativa e responsabilidade (Giddens, 2009, p. 352). Assim, devem ser incentivadas a flexibilidade nas organizações e a formação de conexões.

Esse modelo organizacional considera que todos os envolvidos podem contribuir para a resolução dos problemas. São incitados canais de comunicação não contemplados na organização formal, que interferem no processo de decisão. Surgem fluxos de comunicação difusos, a mover-se além das trajetórias verticais. Assim, a estrutura interna mais fluída permite resposta mais rápida e apropriada a mudanças no mercado, com soluções criativas (Burns e Stalker, 1966 *apud* Giddens, 2009, p. 354).

Por outro lado, as atividades devem ser coordenadas, a impedir caos e colapso na anarquia. Os gestores devem incentivar os atores a cooperarem de maneira a se alcançar objetivos comuns, a permitir-lhes o desenvolvimento da criatividade e, assim, fiscalizarem uns aos outros. Visa-se, pois, à formação de uma rede interna que descentralize unidades e até permita que concorram entre si, dentro de uma estratégia global comum (Castells, 2011b, p. 222).

Algumas tendências podem ser sintetizadas sobre a nova organização: arranjo em torno do processo (e não da tarefa); horizontalização da hierarquia; poucos símbolos de *status* na vida diária da empresa; iniciativa descentralizada e maior autonomia para a decisão; envolvimento dos trabalhadores no processo produtivo por meio de gerenciamento em equipe; medida do desempenho pela satisfação do cliente; recompensa pelo desempenho da equipe baseada no consenso e na cooperação; maximização dos contatos com fornecedores e clientes; treinamento e retreinamento de funcionários em todos os níveis (Castells, 2011b, p. 221). No âmbito empresarial, a automação pioneira da Toyota é exemplar, com destaque para: a tomada de decisões de baixo para cima, em que os trabalhadores subalternos são consultados previamente, e a produção em grupo, quando as pessoas são envolvidas em pequenos círculos que são avaliados em conjunto (Giddens, 2009, p. 365).

Externamente, também há mudanças quanto às organizações. A identificação das fronteiras já foi simples. Existiam espaços físicos claros e a missão da organização era clara: Weber via a unidade autossuficiente que tinha interseções com as entidades exteriores em pontos certos (Giddens, 2009, p. 368). Em razão de limites materiais e da tecnologia disponível, as organizações hierárquicas verticais eram mais importantes do que as redes sociais (Castells, 2006, p. 29). Entretanto, as estruturas estão em movimento e, quanto menor sua rigidez, mais simples é sua mutabilidade e flexibilidade, pois os sistemas podem se conectar/desconectar com maior facilidade, consoante a necessidade de relacionamento.

A ideia weberiana de estruturação estatal era fundada na capacidade de direção e controle baseada no capital político-social. Mas a sociedade impõe uma ordenação e reordenação reflexiva das relações sociais à luz das contínuas entradas de conhecimento que afetam as ações de indivíduos e grupos (Giddens, 1990, p. 21).

Com as novas tecnologias, designadamente de TIC, as fronteiras entre as organizações não estão intensas e não operam como unidades independentes. As ações são mais eficazes se ligadas numa rede de complexas relações. Pode-se até dizer que há uma desintegração da burocracia racional e o declínio das organizações (Lash, 2012, p. 316).

Com efeito, é imprescindível a conexão entre os sistemas, pois rupturas abruptas enfraquecem sua própria cognoscibilidade. Organizações bem-sucedidas possuem as seguintes características: são capazes de gerar conhecimentos e de processar informações com eficiência; adaptam-se facilmente à geometria fractal de economia global; são flexíveis para transformar seus meios tão rapidamente quanto mudam os objetivos sob o impacto das transformações culturais, tecnológicas e institucionais; têm a inovação como principal arma competitiva (Castells, 2011b, p. 233).

Nessa linha, a cogovernança foca em recursos/instrumentos de interdependência e interpenetração nas sociedades (Kooiman, 2003, p. 225). Privilegia a gestão por meio de parcerias e redes de interação.

Com efeito, a burocracia tornou-se uma visão distorcida da realidade, contradita pelos fatos num mundo multicultural (Castells, 2006, p. 29). Poder sempre foi associado a

Estado, mas agora há uma nova concepção em busca de legitimidade. A autoridade não é mais vista como a capacidade de impor a obediência, mas o direito (ou o título) de influenciar legitimamente uma ação, opinião ou crença (Peters *et al.*, 2009, p. 22). Assim, a crescente complexidade torna imprescindível a cooperação das organizações na definição e na implementação das políticas públicas, a ocorrer por meio de colaboração, participação na definição das medidas ou consentimento para o privado assumir funções regulatórias (Moreira, 1997, p. 21).

Contudo, após um certo limite de troca de informações, a ausência de uma estrutura organizacional leva à perda de eficiência (Alencar, 2013b, p. 35). Um grande volume de informações exige filtragem e processamento. Além da estratégia de absorção da complexidade excessiva por meio dos sistemas autopoieticos, são necessárias novas estruturas, como diferenciação interna em sistemas parciais relativamente autônomos, organização hierárquica, incorporação de incertezas, liberdades e contradições internas no sistema, reflexividade de processos e seleção autorreforçada (Luhmann, 2005a, p. 50). E as organizações – desde que renovadas – ainda são fundamentais para estruturar dados e conhecimentos, por meio de um fluxo regular de informações e instruções.

#### **4.4.3. A Estruturação da Rede na Regulação**

O papel dos atores não estatais tornou-se cardeal na tomada de decisões estatais. Os interessados não devem ser apenas consultados, pois assumem papel ativo na construção de resultados por meio da negociação e da argumentação. Tais colaborações multissetoriais encontram-se acopladas ao Estado, a enquadrarem-se na categoria de correção entre agentes públicos e privados (Calland e Koechllin, 2009, p. 89).

Todavia, a colaboração tem um paradoxo. Os participantes podem ser vistos como parceiros iguais, mas na prática há uma infinidade de papéis formais e informais que os parceiros podem assumir. O impacto dos atores não estatais na definição de padrões intergovernamentais, e também sua capacidade para produzir normas autônomas e envolver-se em correção com o governo, depende de fatores como reputação, flexibilidade, receptividade a perspectivas alternativas, representatividade e confiabilidade

(Förster *et al.*, 2009, p. 498). Em suma, a participação dos atores ampara-se em elementos que contribuem para a legitimidade da ação.

As atividades complexas e especializadas tornam impossível a efetiva participação de todo mundo em todos os processos. Devem, pois, ser incorporadas as pessoas relevantes por meio de um processo articulado, a haver colaborações multissetoriais que procurem alcançar uma abordagem abrangente para os problemas. É importante que existam regras do jogo predefinidas, objetivos e um plano de ação, a fim de se oferecer segurança jurídica aos interessados, alguma estabilidade à estrutura regulada e, por fim, legitimidade pelo resultado.

Uma política pública que queira seguir os princípios da governança deverá orientar-se por objetivos apoiados em fundamentos científicos definidos para o futuro, bem como em face de resultados obtidos por experiências anteriores (Aragão, 2005, p. 144). Deve equilibrar-se entre produtividade empresarial e satisfação dos cidadãos e empresários, a curto, médio e longo prazo. Isso envolve a escolha dos meios necessários, adequados e proporcionais.

A rede de parceiros públicos/privados define o novo modelo de governança. Mas o Estado ainda é relevante para ligar e coordenar os atores que participam da rede. Deve definir objetivos públicos e mobilizar recursos de uma ampla variedade de fontes, a combinar ações públicas e privadas.

A noção de atividade regulatória sob essa perspectiva envolve dupla atividade estatal: de um lado, o regulador tem de arbitrar interesses de atores sociais e econômicos (como ocorre no equacionamento de conflitos no compartilhamento de infraestruturas ou na interconexão de redes de suporte a serviços essenciais); na outra banda, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades com vistas à proteção dos interesses dos hipossuficientes (como a universalização de serviços) (Marques Neto, 2005, p. 5). Cabe, pois, ao parceiro público acautelar a realização do interesse público e não se deixar capturar pelo parceiro privado, quer nas negociações, quer no desenvolvimento das parcerias (Gonçalves, 2013, p. 32).

Certamente, não admissível a total fragmentação, dispersão e fragilização do poder público em face da imagem da AP em arquipélago: é indispensável uma orquestração a evitar a confusão (Gonçalves, 2013, p. 31). Assim, o sucesso da integração depende da coordenação dos atores e da utilização dos mecanismos de cooperação, compatibilidade, consistência e convergência; deve ser progressiva e participativa, mas balanceada (Bochenek, 2008). Pode, pois, passar por vários mecanismos de intervenção, como coordenação horizontal, trocas de informações e acordos de concertação.

Outrossim, a organização administrativa deve atentar-se para o processo de decisão. Na atual governança, a dispersão especializada é proeminente, penetrante e obstinada – e não há como fugir dessa realidade (Freeman, 2012). Muitas decisões são tomadas pelos membros da rede ou parceiros de modo bastante informal, ainda que o Estado tenha papel primário na definição de metas (Pierre e Peters, 2005, p. 37). A decisão formal passa a não ser tão relevante.

As organizações devem ser desburocratizadas, a fim de proporcionar liberdade, decisão num elevado grau de especialização e sua frequente revisão. Mas é imprescindível que seja planejado um processo de decisão para estruturar as informações proeminentes. Em regra, deve envolver os seguintes passos (Pierre e Peters, 2005, p. 14-16):

- i) *Seleção de objetivo*. O primeiro aspecto da governança, e muitas vezes o mais crucial, é a definição dos objetivos. É fundamental que se saiba o que se deseja. A fim de legitimar as ações coletivas, é um estágio que tende a ser orientado pelo governo.
- ii) *Tomada de decisão*. Após a definição de objetivos, devem ser tomadas decisões para atingi-los. Na cogovernança, é fundamental a cooperação dos atores interessados.
- iii) *Mobilização de recursos*. São importantes a identificação e a mobilização de recursos públicos e privados, materiais e pessoais, para se atingir os objetivos. É um dos elementos mais importantes.
- iv) *Instrumentos/implementação*. O estágio de implementação deve ser efetivo e produzir os resultados esperados. Na cogovernança, há maior dependência dos atores privados.

v) *Retroalimentação*. A parte final da governança é o *feedback*, em que as ações passadas evoluem e são postas de volta no processo de decisão. Normalmente, o *feedback* inicia-se pelos atores privados e, então, é trazido ao processo governamental. Assim, o Estado deve ser receptivo à resposta sobre os resultados e ter mecanismos para processá-la. Cogovernança implica intensas conexões entre os sistemas e um contínuo ajuste de instrumentos (e às vezes até de objetivos) à luz do sucesso e da falha das ações tomadas no passado.

O processo não pode servir só para “ouvir”, mas essencialmente como momento de solução de conflitos e obtenção de legitimidade, a construir a decisão entre os interessados. Assim, a cogovernança procura o envolvimento e a adesão dos diversos atores no procedimento de decisão, com o fito de ter uma visão abrangente do assunto, que permita imediata e constante correção de equívocos. São funções significativas: diálogo; criação e desenvolvimento institucional; definição e fixação de normas; implementação das normas; monitoramento e controle das normas mediante *feedback* e correção de problemas.

## 5. GUIDANCE

### 5.1. *Soft Law*

#### 5.1.1. *Norma na Pós-modernidade*

O sistema jurídico é composto de normas, tradicionalmente divididas em regras e princípios. “Regra” pode ser conceituada como um preceito geral de obrigatoriedade ou orientação de conduta em face de determinada situação; objetiva impor ordem para facilitar o planejamento ou estimular a consistência de determinado sistema (Baldwin, 1995, p. 7). Ou seja, a regra indica a hipótese e a consequência da decisão, sendo ou não aplicada ao caso posto: “tudo ou nada”. Por sua vez, o princípio possui maior grau de abstração, considerado mandado de otimização, de conteúdo aberto e aplicação indefinida, e se houver encontro entre princípios, deverá ser avaliado o peso atribuído a cada um deles, com aplicação de modo gradual: “mais ou menos” (Espíndola, 2002; Ávila, 2009).

Normalmente, a norma estatal é vista como um preceito legal que liga um fato a uma consequência jurídica. Mas a ciência jurídica, que analisa relações sociais, não é exata nem estanque. Há uma extensa variação das normas consoante a forma e os efeitos jurídicos. No âmbito regulatório, podem ser usadas para repressão de infratores, educar indivíduos ou informar o público; promover objetivos governamentais mais amplos (como encorajar precauções para evitar o desperdício de energia); servir de base para a negociação (como entre fiscais e potenciais produtores de perigo) ou como orientação e objetivos para sistemas de autorregulação (Baldwin, 1995, p. 12).

As normas permitem que a experiência acumulada e a sabedoria possam ser organizadas em benefício da coletividade. Possibilitam que as decisões sejam tomadas em um contexto mais amplo, a permitir uma visão mais dilatada e preparada, pois seu processo de elaboração traz um amplo espectro de opinião e experiência reunidos: promovem a consistência, a equidade e a igualdade de tratamento; são úteis na definição de critérios para se decidir uma questão particular ou delinear políticas; limitam o poder discricionário dos agentes públicos, de forma a reduzir o risco de parcialidade ou corrupção; contribuem para a legitimidade das decisões, para permitir a justificativa da ação (Baldwin, 1995, p. 13-14).

Por outro lado, as limitações e imperfeições das normas são evidentes na pós-modernidade, em sociedades tecnológicas, altamente dinâmicas e fragmentadas. A dogmática jurídica tradicional possui uma excessiva lógica positivista e não permite a existência de uma instância reflexiva entre os fatos e o direito (Cademartori *et al.*, 2008, p. 134). As normas comumente são vagas ou indeterminadas, sub ou sobreinclusivas; são associadas a “comando e controle”, um sistema estatutário fundado em sanções; não controlam bem a discricionariedade; condenam a decisão à mediocridade ao invés de facilitarem a busca de excelência (Black, 1997, p. 5).

O incremento da complexidade social tem deixado a governança mais difícil, tanto pelo número de demandas quanto pela quantidade de interconexões a serem geridas (Pierre e Peters, 2005, p. 122). A rígida intervenção legal traz problemas como morosidade e inflexão. É impossível a existência de um centro decisório, uma vez que a especialidade de cada sistema impõe racionalidade própria, a necessitar de constante contextualização. Inclusive, caso se foque no sistema político-legislativo, muitas normas estarão ligadas a grupos específicos de pressão ou burocratas.

O direito formal que decorre da lei é incapaz de tratar todas as questões sociais, na medida em que é impossível para o Estado dar ordem e direção homogênea a tudo. Outrossim, não é crível que, se o governo não intervier constantemente na sociedade, acontecerá algum desastre. No dia a dia, as pessoas são livres para agir, desde que não haja regra a proibir ou determinar a ação, e normalmente confiam umas nas outras em suas relações cotidianas, a não existir um estado de conflito inerente. A estabilidade social não é, pois, tão frágil que o governo deva monitorá-la e ajustá-la minuto a minuto (exceto em circunstâncias de turbulência externa), e um sistema social permanece identificável, com as mesmas peças e os mesmos limites, mesmo que o governo não esteja prestando atenção (Dunsire, 1993, p. 27). Assim, há atividades não abrangidas pelas regras jurídicas, muitas áreas não são reguladas e, em muitos casos, as supostas normas que as regem são ignoradas ou seu cumprimento é falho (Baldwin, 1995, p. 3).

A rigidez legal pode trazer benefícios, como a uniformização, mas não pode impedir que o mercado busque soluções inovadoras ou a resolução dos problemas por aqueles que mais o conhecem, sob pena de estagnar as atividades sociais. Quando o Estado



pensa ser o único com capacidade de comando e controle, ocorrem falhas: o governo não possui conhecimento suficiente para identificar as causas de todos os problemas nem as razões para o descumprimento das normas, a não poder criar soluções adequadas (falha de conhecimento); os instrumentos tradicionais utilizados (leis apoiadas por sanções) são inadequados e não sofisticados (falha de instrumento); a implementação da regulação é inadequada (falha de execução); as empresas reguladas não ficam inclinadas a cumprir as normas e o aparelho estatal poderá não estar suficientemente motivado a regular segundo o interesse público (falha motivação e teoria da captura) (Black, 2002, p. 2).

As falhas são inerentes a modelos centralizados de regulação. Os resultados são invariáveis; é impossível prever todos os comportamentos e manter o comando estatal atualizado. O direito tem poucas possibilidades de vingar quando entra em conflito com motivações de lucro e sempre que ameace a sobrevivência da própria organização regulada (Teubner, 1989, p. 183). É tempo, pois, de se abandonar a pretensão regulatória omnicompreensiva e apostar mais na evolução natural do subsistema regulado.

A regulação é uma atividade dinâmica. Os efeitos das normas podem ser ineficazes ou imprevistos, podem decorrer de comportamento irracional e, ainda, os padrões assentados podem não ser possíveis. Particularmente nesse campo, o papel essencial da regulação deve ser a promoção de estratégias para sua observância.

Por conseguinte, devem ser pensados mecanismos mais flexíveis e adaptáveis. O direito deve disponibilizar alternativas ao sistema econômico, ao invés de focar na regulação como forma de ativar o comando e controle. Ou melhor, é importante que desenvolva o potencial regulatório mediante a disponibilização de “opções”, que possam ser corrigidas por meio da observação externa do direito realizada pelos próprios subsistemas regulados (Teubner, 1989, p. 186).

Propõe-se uma normatividade dialógica, estabelecida entre o Estado e os vários atores interessados, caracterizada pela força não obrigatória, pela contextualidade e pela mutabilidade (Bonny, 2011, p. 20). Ela deve ser capaz de motivar condutas que dependam de iniciativa pessoal, inovação e empenho ativo.

Deve haver uma capacidade intrínseca de aprendizagem e de reformulação, uma flexibilidade controlada pelo próprio sistema jurídico. Assim, despontam novos tipos de normas – vinculativas ou não, formais ou informais –, que não se encaixam bem no tradicional quadro doutrinário positivista. A positividade deve passar a apoiar-se numa “solidez variável”: em princípio, a norma é válida e deve ser cumprida, mas é intrínseca sua alterabilidade e, num futuro próximo, poderá ser substituída por outra (Guibentif, 2005, p. 195). Os padrões normativos substantivos da AP transformam-se em ser planos e programas finais, parâmetros, linhas de orientação, regras científicas e técnicas, *standards*, indicadores de qualidade, catálogos ou guias de boas práticas, muitas vezes definidos por comitês de peritos, agências especializadas ou mediante acordos mais ou menos informais com os interessados e as instâncias sociais, ainda que assumidos em resoluções político-estratégicas do governo (Vieira de Andrade, 2011, p. 25).

Com efeito, as ferramentas reguladoras deixam de se focar em leis formais. Abrangem instrumentos formais e informais, públicos e privados, rígidos e flexíveis, segundo a necessidade, a envolver os atores sociais e se expandir sobre todos os níveis de governo. Afeta a reorganização das funções em um sistema político mais amplo, desde a primazia dos “dados adquiridos” nos aparatos estatais oficiais para os “dados adquiridos” segundo os imperativos de diferentes formas e níveis de associação entre as organizações não governamentais, paraestatais e estatais (Jessop, 2006, p. 23).

### **5.1.2. Inovação, Flexibilidade e o Sistema Jurídico**

Inovação pressupõe mudança, renovação e novidade (Michaelis, 2009). É a introdução do novo ou a alteração de algo estabelecido. A inovação pode ser variada: uma nova forma de resolver antigos problemas ou a resolução de novos problemas; a mudança de instrumentos, processos, produtos, serviços ou estruturas; a forma de identificar, reduzir e gerir riscos; uma reestruturação institucional; uma recombinação das técnicas já existentes (Black, 2005a, p. 5).

Na regulação, inovação é processo e resultado: como processo, envolve formulação, elaboração, operacionalização e implementação de uma nova ideia; o resultado pode ser imprevisto e inesperado, por isso, além da aplicação da ideia, também

deve haver a análise de seu impacto regulatório (Black, 2005a, p. 7). Ainda que seja a melhor tecnologia, nem sempre a inovação alcança os resultados pretendidos, pois há infinitas variáveis que podem não ter sido identificadas.

Quanto mais competição, mais a inovação é importante para o setor. Ela depende de cultura, estrutura e ambiente organizacionais. Assim, é particularmente importante em setores com célere alteração tecnológica, que clamam por inovações de *design* e desenvolvimento de produtos baseados em pesquisa, como biotecnologia ou desenvolvimento de *software*, bem como que envolvam a provisão de complexos sistemas, como telecomunicação e aviação, cujo sucesso depende da capacidade de assumir riscos e rapidamente implementar inovações (Black, 2005b, p. 23).

Nessa linha, a flexibilidade é uma condição necessária à sobrevivência da sociedade e do próprio direito. De fato, a flexibilidade e a adaptabilidade do sistema jurídico dependem estreitamente de sua capacidade de resposta a alterações ocorridas no meio envolvente, seja por intermédio de modificações dos processos sistêmicos internos, seja mediante alterações qualitativas dos modos de funcionamento (Teubner, 1989, p. 28). É essencial, pois, uma latência funcional que neutralize a reproblemática da estrutura e o fornecimento de mecanismos que regulem o trato com as inevitáveis decepções: deve-se supor que a maior complexidade da ordem social exige mais variabilidade das estruturas, pelo que é necessária uma transposição de mecanismos simplesmente explicativos e inferenciais para mecanismos transformadores (adaptativos ou inovadores) e, para isso, as funções latentes devem ser cada vez mais “clarificadas” e transformar-se em funções manifestas (Luhmann, 2005b, p. 92).

O direito deve aceitar os arranjos naturais da sociedade e se preparar para isso, preocupar-se mais com os procedimentos do que com o conteúdo da regulação. A inovação regulatória consiste, assim, na inovação da *performance* das funções regulatórias, das estruturas institucionais e dos processos organizacionais do regime regulatório (Black, 2005a, p. 12).

Em vez de fazer normas de difícil implementação, a atrapalhar o desenvolvimento do mercado, o ideal é permitir formas indiretas de regulação e deixar que as próprias interessadas resolvam o caso concreto. Assim, a regulação, por sua lógica inerente de

“reducionismo”, tende a estar mais próxima do modelo de barganha do que da legalidade estrita e, por isso, a regulação baseada em *soft law* deve representar um espaço maior e poderá ser o próximo paradigma (Reich, 2006, p. 43).

Destarte, é crescente a tendência estatal de recorrer a regras informais ou terciárias, em vez de a regras primárias ou secundárias (Baldwin, 1995, p. 60). Muitas vezes não há força legal direta. Crescem situações de regramento oblíquo e até mesmo informal, e nem sempre está clara a regra superior.

Mas não se prega a total desregulamentação, que pode ser prejudicial, uma vez que deixa o mercado livre para produzir externalidades negativas que a regulação tem a função de corrigir (Reich, 2006, p. 40). São pensadas, pois, normas de efeitos jurídicos indiretos, como códigos de conduta, *guidance*, notas de orientação, diretrizes, circulares e declarações e códigos de boas práticas (Baldwin, 1995, p. 60).

### 5.1.3. *Conceito de Soft Law*

*Soft law* é o direito leve, suave, macio e flexível, incitado pela conjuntura da pós-modernidade. É uma figura normativa que o direito romano aproximou-se em teorizar, desde o século I a.C., quando conceituou situações similares como “leis imperfeitas” (Sarmiento, 2008, p. 75). Mas apenas a partir da emergência do conceito internacional de *soft law*, na década de 1970, os juristas dedicaram atenção às normas “informais” ou “paralegais”, que se situam numa zona cinzenta entre direito e política (Peters *et al.*, 2009, p. 7).

*Soft law* é normalmente considerada como pertencente ao direito internacional, no âmbito de negociações entre Estados (soberanos) e organismos transnacionais. É uma expressão surgida no âmbito das relações transnacionais, em que não há imposição de leis soberanas ou rígidas (*hard law*), nem a clara dominação política de um ente sobre os outros. Mas nota-se a expansão nos ordenamentos internos, a integrar conteúdos de regulação. Na medida em que exhibe efeitos suaves no ordenamento, sua função administrativa liga-se à execução de políticas públicas em que a AP opte por reforçar o princípio da subsidiariedade (Sarmiento, 2008, p. 95).

É mais um estrangeirismo absorvido pelos ordenamentos jurídicos, frequente na globalização. Mas *soft law* não permite outra aceção senão a da língua inglesa, já que a tradução do adjetivo “*soft*” não encontra versão na língua portuguesa apta a captar todos os seus sentidos: macio, fofo, suave, brando ou flexível (Valadão, 2003, p. 1).

Os acordos informais da AP também se inserem no campo do direito flexível.<sup>20</sup> As atuações informais correspondem a esquemas de atuação concebidos como meios complementares ou alternativos às tradicionais formas de atuação administrativa, cujo objetivo inicial é harmonizar interesses antes da decisão administrativa, a prevenir e minorar a resistência à execução (Tavares da Silva, 2008a). Buscam o consenso, não possuem o intuito de produzir efeitos jurídicos diretos e nem sempre compõem a classificação tradicional de atos jurídicos. Portanto, os atos informais são considerados atos materiais, declaratórios ou “quase-jurídicos”, pois não impõem deveres, apenas recomendam condutas ou emitem advertências a preparar futuras consequências jurídicas (Vieira de Andrade, 2011, p. 118).

A normas ou padrões flexíveis feitos por ou com a contribuição de atores não estatais inserem-se na ideia de *soft law* (Peters et al., 2009, p. 7). Em regra, há prévia negociação e o direito ajustado não é apresentado em rígidas fórmulas. Esse diálogo tende a obter mais aceitação e a gerar maior responsabilidade no cumprimento pelos participantes.

Embora *soft law* não consubstancie um regime vinculativo, poderá ser invocado como base para a celebração de compromissos (Tavares da Silva, 2008a, p. 917). Pode ser público ou privado, institucionalizado ou editado por instrumentos atípicos (Sarmiento, 2008, p. 78).

---

<sup>20</sup> Desde os anos 80, a doutrina alemã tem tratado como categoria jurídica as atuações jurídicas informais, a haver a expansão desses mecanismos em face do princípio da eficiência e do enfraquecimento da legalidade: são observados nos entendimentos entre a AP e os atores sociais, preparatórios ou até substitutivos de atos, contratos ou normas regulamentares administrativas, cuja característica fundamental é a falta de vinculatidade (Tavares da Silva, 2008a).

O *soft law* possui características próprias: é norma jurídica dirigida a uma pluralidade de destinatários, que não possui efeitos obrigatórios nem normalmente se submete a procedimento; não é parâmetro exato para exigência ou impugnação administrativa nem judicial; tem a principal utilidade no terreno da interpretação, a dar sentido às tradicionais disposições do ordenamento, coadjuvando-as na edição e no cumprimento dos atos administrativos (Sarmiento, 2008, p. 95). *Soft law* é, então, uma forma de direito não impositivo, construído em colaboração por Estado e atores não governamentais e apresentado na forma de recomendação ou aconselhamento. Assim, traz sofisticação ao sistema, antes acostumado a lidar com instrumentos binários hierarquicamente infligidos.

*Soft law* possui uma natureza híbrida na divisão teórica de normas entre regras e princípios. Desde a perspectiva ontológica, caracteriza-se por contar com um pressuposto concreto e um conseqüente aberto e indeterminado, ou seja, tem causa e objeto específicos, mas sua finalidade é genérica, na medida em que seu deslocamento do sistema tradicional de normas o impede de obter plenos efeitos jurídicos (Sarmiento, 2008, p. 97). Isto é, *soft law* possui prévia disposição de aplicação, assim como as regras; mas se diferencia destas, pois sua observância pelos destinatários não segue um código binário taxativo (“tudo ou nada”), mas sim um mandado de otimização, uma proposição prescritiva a ser cumprida gradualmente, a contar com distintos níveis de efeitos, como os princípios.

A falta de instrumentos institucionalizados de coerção levanta questões sobre a dificuldade de aplicação, eficácia e até mesmo de utilidade do *soft law*. Não tem certo procedimento de elaboração, não conta com regra uniforme de competência, não possui identificação formal e não é objeto de necessária publicação (Sarmiento, 2008, p. 93).

No entanto, *soft law* pode ser usado para qualificar medidas regulamentares ou instrumentos, sendo mais comuns os códigos de conduta, as orientações, recomendações, diretivas e boas práticas (Senn, 2005, p. 94). Essa atuação concertada, mesmo na ausência de estrita observância da legalidade formal, possui reflexos jurídicos, essencialmente, em função dos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da razoabilidade. Impõe, no mínimo, uma sanção fática, a gerar preocupação em seus destinatários, e há expressivos resultados no âmbito do direito transnacional empresarial e ambiental (ex.: o

Banco Mundial possui instrumentos denominados *Operational Standards*, que podem condicionar a outorga de créditos ao cumprimento de objetivos sociais, ambientais ou administrativos).

Nas relações entre atores privados e o Estado, o princípio da confiança exalta o sentido de razoavelmente se respeitar posições jurídicas previamente reconhecidas ou outorgadas, assim como de atenção às expectativas legítimas das pessoas em relação à conduta atual e futura da AP (Miragem, 2011, p. 244). O princípio da confiança decorre da necessidade de segurança jurídica nas atividades públicas e privadas, da fidúcia depositada nas relações jurídicas ocorridas no seio social sob o pressuposto da boa-fé dos partícipes. Assim, no *soft law*, os deveres implícitos acompanham as partes na preparação da norma, durante sua construção e depois da edição. Possuirá, ao menos, proeminência jurídica prática e efetiva de incentivo, cooperação, ameaça e/ou aviso (Tavares da Silva, 2008a, p. 917).

Com efeito, é implícita a ideia de que *soft law* deva ter efeito relevante para os interessados e ser observado na prática, a determinar comportamentos. Caso não haja o cumprimento, o ente violador pode ter sua moral ou nome afetado, ou ainda ser excluído de organização ou mercado específico (Senn, 2005, p. 94). A força do *soft law* surge, pois, do contexto de construção, apresentação e exigência: o uso de procedimentos participativos permite o compartilhamento de conhecimento, experiência e informação, dando importância aos objetivos globais (ao invés de priorizar condutas individuais); assume legitimidade em face do caráter convencional, a ser capaz de absorver conhecimento especializado, aglutinar a opinião dos atores envolvidos e adaptar-se de forma flexível e eficaz às circunstâncias momentâneas; e, ainda, ostenta força acessória para o direito tradicional (rígido), a auxiliar os instrumentos formais a alcançarem certos objetivos, pois a convivência entre *soft law* e normas tradicionais não ocorre em compartimentos estanques, mas sim por meio de uma relação dinâmica em que as fontes de integram (Sarmiento, 2008, p. 81-82).

## 5.2. A Cooperação Racional

### 5.2.1. A Regulação Negociada

A regulação negociada ou *reg-neg* pode melhorar a qualidade das regras, reduzir os custos de transação e aumentar a legitimidade. Há estudos empíricos comprovando que a *reg-neg* gera mais aprendizagem, regras de melhor qualidade e maior satisfação, se comparada com a regulamentação convencional: os atores interessados reagem mais favoravelmente ao diálogo, que reduz conflitos (Freeman e Langbein, 2000).

Mas os riscos da participação são elevados. Os participantes da regulação negociada gastam quase o dobro em relação à regulação convencional, medido em tempo, dinheiro ou pessoal. A relação aproximada entre regulador e regulado também levanta questões sobre consistência, isonomia e *accountability*. Os críticos argumentam que a *reg-neg* seria uma instituição limitada ou até mesmo antidemocrática; alegam que o processo não seria suficientemente abrangente, pois apenas um número limitado de partes pode participar sem que as negociações se transformem num fardo; o poder de convocar um grupo de negociação carregaria o poder de manipular os resultados; a abordagem consensual favoreceria interesses dos mais poderosos, com acesso a dinheiro, informações e conhecimento técnico (Freeman e Langbein, 2000).

Há também o risco de abertura excessiva do sistema, a incrementar seus custos e desestruturá-lo (ou implodi-lo), além do risco de dominação por grupos de pressão e anulação da responsabilidade da ER. Assim, é importante que seja estruturado um sistema cujos interessados sejam identificados e participem ativamente do processo de regulação, a também permitir que a ER cumpra efetivamente seu papel (Freeman e Langbein, 2000).

Uma abordagem baseada em consenso deve canalizar os recursos de forma proveitosa, a evitar disputas e contradições que aumentem os custos. Os interessados levantam conflitos durante o processo, mas o acordo gerará entre eles, naturalmente, um dever de respeito ao resultado construído. Assim, as partes devem ser canalizadas para priorizarem preocupações, concentrarem-se em questões-chave, moderarem posições e compartilharem informações de forma produtiva (Freeman e Langbein, 2000, p. 70).



O acesso desigual à informação e aos recursos é uma dificuldade. Em regra, grupos poderosos saem-se melhor nos processos de decisão: a participação no processo aberto será mais complicada para aqueles com recursos limitados ou falta de familiaridade quanto ao sistema; será mais importante para os atores com muita coisa em jogo; mais fácil para aqueles com adequados recursos e conhecimentos (Freeman e Langbein, 2000).

Contudo, sempre há uma desproporção de influência favorável a quem possui mais recursos técnicos, econômicos e humanos, inclusive na regulação tradicional, e a ER deve se preparar para neutralizar ou reduzir essa assimetria. A *reg-neg* não pode ser dominada por grupos específicos nem apagar a responsabilidade da ER. Todas as partes afetadas devem ser ouvidas. Aliás, pessoas pesquisadas citaram a ER como importante fonte de normas processuais e de questões de mérito durante as negociações, que deve manter um intenso papel durante as negociações (Freeman e Langbein, 2000, p. 122).

Outrossim, os estudos não sugerem que *reg-neg* facilita a captura da ER nem há indicação de que o poder público abdique de seu papel. A interferência indevida é maior e mais injusta na regulação convencional, pois as regras sobre a participação não são claras. Na verdade, os dados destacam que a *reg-neg* é, no mínimo, mais aberta a grupos que se queixam de exclusão de outros processos estatais, mesmo que eles sejam substitutos imperfeitos dos “cidadãos comuns”. Ou seja, os grupos dominantes sempre existirão, independentemente de haver processo fechado, aberto ou escuso; mas, na pior das hipóteses, *reg-neg* permite menor captura do que no tradicional sistema fechado, pois se prepara para superar os apontados problemas (Freeman e Langbein, 2000).

Os participantes aprendem mais durante a *reg-neg*. Os processos são mais horizontalizados quanto às fontes de informação e há intensa aprendizagem durante as negociações, a mitigar a assimetria de informação. Assim, quanto mais longo e difícil o trabalho, mais são desenvolvidos relacionamentos pessoais entre os participantes e adequado será o resultado. Estudos apontam que os participantes acolhem novas informações, que tendem a desenvolver uma visão mais detalhada sobre os problemas a serem resolvidos, a produzir normas mais complexas e apropriadas (Freeman e Langbein, 2000).

O processo negociado é flexível, inclusivo e de informação intensiva. Mais qualidade de participação produz eficiência e melhores normas. Os dados sugerem, pois, que *reg-neg* aumenta a aceitabilidade das normas pelos mais afetados e, inclusive, participantes reportam maior satisfação do que suas contrapartes de regulamentação convencional (Freeman e Langbein, 2000).

A *reg-neg* permite que os atores informem uns aos outros e cooperem na resolução de problemas. O incremento da técnica e a maior transparência aumentam o aprendizado e facilitam adesão. A intensa interação leva à melhor informação e, por sua vez, aperfeiçoa a qualidade das normas. Obstáculos à implementação provavelmente já vêm à tona durante as negociações. Haverá, assim, mais eficiência e taxas mais elevadas de cumprimento. Aliás, estudos de psicologia social mostram que procedimentos justos levam a um maior cumprimento das regras; outrossim, partilha de responsabilidade no desenvolvimento da norma promove nas partes um sentimento de posse sobre o resultado, tornando-o mais legítimo e aceitável (Freeman e Langbein, 2000).

### **5.2.2. A Procedimentalização**

Na regulação cooperativa, a estratégia de atuação estatal passa a ser indireta. As tensões devem ser ajustadas em função do balanço desejável. Para ter relevância, a *reg-neg* deve reduzir os custos de transação associados à regulamentação convencional, a permitir que a negociação seja um processo superior na geração de informações, na facilitação da aprendizagem, na construção de confiança e no aumento da legitimidade, com a aceitação do regulamento pelos envolvidos (Freeman e Langbein, 2000, p. 63).

Os reguladores devem ser menos formuladores de regras para se tornarem mais supervisores, substituir estratégias de comando por indução. Mas a validade das normas depende de legitimação. Assim, devem ser desenvolvidos procedimentos e estruturas capazes de fortalecer a deliberação e permitir a participação (Black, 2006a, p. 142). As normas adquirirão legitimidade se resultarem de um acordo intersubjetivo, fruto de um processo de intercâmbio de razões precedido de condições ideais de comunicação (Cademartori *et al.*, 2008, p. 109). Prega-se a participação não coercitiva dos atores em

busca de acordo, na qual cada um reconhece o outro para o desenvolvimento de argumentos aceitáveis.

A defesa de maior participação, negociação e deliberação como solução para os problemas impõe nova problematização. Ainda que a demanda por procedimento possa facilitar a deliberação coletiva, deve indicar sua forma.

É fácil postular uma concepção procedimental que simplesmente envolva larga participação na formação de leis e políticas, mas isso não nos leva muito longe, pois há concepções competitivas (Black, 2006a, p. 154). A definição do público-alvo e daquele efetivamente interessado e capacitado é uma tarefa melindrosa, que pode gerar a exclusão de grupos potencialmente interessados ou levar a um extremismo infundado.

Um fator a ser desconsiderado é que normalmente a abertura à participação popular atrai radicais, que podem estar organizados, tais como ambientalistas, feministas, libertários, socialistas etc. Isso pode levar a uma argumentação agressiva, muitas vezes fundamentalista, parcial e cheia de paixões. Assim, não é racional celebrar a mera deliberação e acreditar que os grupos chegarão à verdade ou mesmo a um consenso, pois a troca de informações e ideias pode chegar a um extremismo não justificado (Sunstein, 2010, p. 141).

No procedimento com vistas à razão pública ou ao entendimento mútuo, a comunicação pode não ocorrer de uma forma ideal. Sob várias razões, bloqueios de comunicação podem ocorrer sob os seguintes fundamentos: em face das diferentes lógicas dos deliberantes, a ocorrer falhas na compreensão e na comunicação; perante distintos modos de discurso, como egoístico e coletivista; e, ainda, em razão da manipulação, como ausência de sinceridade, falta de confiança e até mesmo carência de interesse em se comunicar (Black, 2006b).

O diálogo não ocorrerá se houver falha de compreensão e comunicação. Assim, a natureza da disputa e as diferentes posições dos participantes precisam ser mapeadas, e traçadas estratégias para superá-las. É importante a análise de fatores subjetivos relativos ao ânimo dos atores envolvidos: deve haver uma dose de confiança e de entendimento

mútuos, bem como preparo para engajamento e assunção de responsabilidades comuns (Kooiman, 1993b, p. 251).

Por conseguinte, deve haver um comportamento ativo das instituições, a identificar as partes interessadas que possam incrementar o diálogo, divulgar os elementos essenciais da consulta, interpelar diretamente os interessados e reagir à participação. Aliás, na dúvida, é adequado que se permita a inclusão, a tornar o leque participativo maior.

Um sistema de deliberação funcionará bem se incluir pessoas diversificadas, com freios e contrapesos, em termos de abordagens, informações e posições (Sunstein, 2010, p. 127). Mas as condições devem ser estruturadas e conectadas por um agente mediador. É imprescindível, pois, que as ideias passem por um filtro de seleção para sua inclusão no sistema especializado, um trabalho que pode ser realizado pelo Estado ou, eventualmente, por um ator privado.

A heterogeneidade exige foco na coordenação, como o reforço do alto funcionalismo público e a conscientização dos interessados sobre a necessidade de manutenção e organização do sistema. Inclusive, há um formidável papel desempenhado pelas redes (transnacionais) de regulação, que impõem padrões a serem respeitados, sob pena de exclusão do mercado. Atores interdependentes são, pois, condicionados uns aos outros em suas ações em razão da dispersão de recursos, tais como informação, expertise e capacidade de conferir legitimidade (Scott, 2006, p. 104).

Nessa linha, deve haver uma cooperação restrita, a envolver os atores em situações semelhantes, interessados e/ou conhecedores do sistema. Os atores estarão mais propensos a cooperar se houver mútuo interesse (e seu número for limitado) e apreço entre eles a respeito do futuro, a moldar a ação baseada no princípio da reciprocidade (Kooiman, 2005b, p. 99-100). O interesse comum ajuda a promover cooperação num amplo horizonte, a manter a unidade, da seguinte forma: regularidade na participação, maior confiança nas informações produzidas e *feedback* sobre mudanças.

Se trabalhássemos com a tese de que a sociedade é absolutamente plural e diferenciada, que não há monopólios de conhecimento ou nenhuma vantagem em relação a essa suposição, não haveria ninguém que pudesse decidir (Black, 2006a, p. 144). Poder-se-

ia adotar a votação majoritária, a assumir o risco de serem dominantes os interesses brutos da maioria, a votação egoísta entre grupos de interesses ou a barganha desenfreada. Todavia, o conhecimento do especialista não pode ser substituído pelas percepções e preferências do homem comum (Joernes, 2006, p. 134). É importante que haja um modo particular de discurso apropriado para a deliberação: participativo, mas técnico, racionalmente fundamentado. As decisões precisam ser estruturadas e combinadas entre os atores interessados, que conheçam o assunto e possam enriquecer o debate, com a intermediação estatal sempre que necessária, a garantir a manutenção do interesse público e da qualidade no resultado.

Evidentemente, não se quer dizer que as conversas e comunicações com grupos e forças sociais sejam dispensáveis ou prejudiciais. O diálogo abre oportunidades e pode enriquecer o conhecimento em razão do potencial inovador trazido pelas discussões. Entretanto, o procedimento deve ser estruturado e organizado para que não se torne um simples local de radicais, debates infrutíferos e imposição da vontade da maioria.

Outrossim, a ausência de participação não significa necessariamente sinal de insatisfação nem que o processo convencional seja ilegítimo, pois os não participantes de processos tradicionais os aceitam se suas preocupações forem consideradas (Freeman e Langbein, 2000, p. 127). Ou seja, não há razão para crer que a mera inclusão, o acesso ao processo e a crescente influência sejam a única razão para taxas de satisfação. A qualidade dos resultados alcançados é, pois, fundamental no processo de legitimação, como se pode perceber na regulação convencional.

Destarte, o procedimento deve ser construído para que, em regra, a ER assuma o papel de mediador, a infundir atenção ao interesse público, garantir o acesso igualitário entre os interessados e agir como tradutor entre eles quando necessário. Na convocação ao diálogo, o mediador deve ser proativo e claro: deve indicar os possíveis interessados; delimitar o âmbito da consulta; listar a base de dados existente, a elencar os trabalhos preparatórios, pareceres, relatórios, inquéritos e outros documentos relevantes; detalhar formalidades do procedimento, tal como início e término, local, meios de comunicação, endereços etc. (Aragão, 2005, p. 143).

Cumpra destacar a posição-chave da ER de estruturar a decisão. Deve se preparar para atuar como facilitador e tradutor e, ao mesmo tempo, poder chegar à deliberação final que acolha, racionalmente, as visões apresentadas. Deve ser imparcial nessa relação, horizontalmente, a incluir os atores relevantes e obter sua confiança. É imprescindível, pois, que esteja atenta aos discursos, compense distorções de poder e, enfim, adote estratégias na resolução de disputas. O regulador passa, pois, “de engenheiro para jardineiro”, de “burocrata para diplomata” (Black, 2006b, p. 202).

É um caminho de maior prestígio da relação heterogênea não hierárquica, entre sistemas descentralizados. Assim, a orientação normativa da procedimentalização deverá ocorrer por mecanismos orientadores mais indiretos e abstratos, com a preservação da autonomia dos sistemas e, ao mesmo tempo, com a garantia de coordenação e integração entre eles (Black, 2006a, p. 152). Um sistema não deve alterar o outro, mas pode “irritá-lo” a fim de que se reconfigure internamente, segundo a intenção regulatória.

### **5.3. Características da *Guidance***

#### **5.3.1. *Introdução***

Segundo Posner e Hayek, um modelo construído a partir dos interessados, mimetizador das dinâmicas do mercado (com menos atrito, menores custos de transação), alcançaria soluções mais justas (Tavares da Silva, 2010a, p. 520). Há uma nova e peculiar mistura de processos espontâneos e organizados. Com efeito, os subsistemas privados não mais se ancoram na decisão governamental, mas em processos sociais mais ou menos organizados que trazem uma seletividade muito específica da norma de decisão (Teubner, 2004, p 75). O interesse público deixa de ser uma noção “quase eterna” definida na lei, e a AP é obrigada a selecionar e implementar valores subjacentes às leis, em um processo aberto, com vistas à construção de uma decisão racional (Garcia, 2009, p. 23). Assim, o Estado e os atores privados devem harmonizar interesses e ceder na estruturação dos poderes.

Tradicionalmente, as normas eram vistas como declarações impositivas, juridicamente vinculativas para uma ação, a tentar antecipar e generalizar situações. Essa descontextualização do direito operada pela ciência jurídica assentou-se na conversão da

juridicidade num espaço e tempo abstratos, por sua vez transformados em expressões de universalidade (Santos, 1990, p. 31). Todavia, as regras muitas vezes precisam de ajustes e atualizações, pois, em face da dinamicidade e da complexidade sociais, podem não refletir a realidade. Assim, o uso da conversação no âmbito da regulação é uma forma de se superar problemas, nomeadamente os de inclusão, interpretação e fortalecimento (Baldwin *et al.*, 2012, p. 181).

A ordem jurídica deve se preparar para as alterações nos conteúdos que apoiam as normas. As expectativas podem se alterar. “Todo o direito é contextual”: assim, a recontextualização do direito assinala a emergência das espacialidades e das temporalidades (Santos, 1990, p. 31). O direito deve estar aberto à sua própria atualização em face da observação do ambiente. É um argumento circular: o direito positivo deve tornar a sociedade possível, e a sociedade deve fornecer as condições necessárias ao direito positivo (Guibentif, 2005, p. 203).

O Estado desce do pedestal, aproxima-se do mercado, a estimular novos instrumentos que provocam diretamente os atores sociais, mas ao mesmo tempo rege ações para garantir a prossecução do interesse geral (Tavares da Silva, 2008b). Assim, a regulação não precisa ocorrer por meio da rígida aplicação de sanções (*red light concept*); a atuação regulatória também deve permitir ou facilitar as atividades não impositivas (*green light concept*) (Baldwin *et al.*, 2012, p. 3).

A AP pode guiar comportamentos por meio de atuações leves e conversadas, sem a característica da obrigatoriedade. Pode até ser um comportamento funcionalizado à ulterior prolação de um ato administrativo, como promessas, conselhos ou recomendações (Gama, 2008, p. 108). Há, pois, uma vasta área da atividade da AP que procura orientar e influenciar o processo de decisão, informar e atuar sobre o processo de motivação individual, explícita ou implicitamente, a estimular ou desmotivar comportamentos (Gonçalves, 2001, p. 725).

A possibilidade de negociação e de colaboração é um avanço para a interação entre os atores num sistema regulatório mais aberto e eficiente. Incorpora o diálogo para se obter o significado das normas, seu cumprimento e aperfeiçoamento. Na regulação, a conversa envolve comunicação e eventuais discussões entre os atores, desde a elaboração

das normas, a passar pela aplicação, análise de resultados, necessidade de sua modificação ou até mesmo abandono. O diálogo oferece, pois, maleabilidade ao não formar uma nítida distinção entre a construção e a aplicação de regra, entre seu desenvolvimento e a reformulação.

### 5.3.2. *Conceito da Guidance*

Com conversa, a AP pode apresentar informações aos interessados a fim de esclarecer e, ainda, aconselhar, influenciar, conformar e orientar comportamentos, expondo (explícita ou implicitamente) os benefícios que podem resultar da atuação conforme sua sugestão (Gonçalves, 2001). O diálogo, ao exibir os problemas e facilitar sua compreensão, possibilita elaborações e definições mais profundas, a incrementar a capacidade de retração, modificação, qualificação, esclarecimento e, até mesmo, de adorno de determinada norma (Morgan e Yeung, 2007, p. 181). Permite a sedimentação de consenso. Pode até mesmo haver uma barganha na negociação, um processo com caráter gradualmente acomodativo, o qual obtém eficácia a partir do compromisso voluntário das partes, que pode ser explícita, quando se materializa uma troca de ofertas, ameaças ou simples promessas, ou implícita, quando se reduz a uma mera troca bem-intencionada de comunicações e juízos (Tavares da Silva, 2008a, p. 915).

No âmbito da regulação colaborativa, a orientação moldada é chamada de *guidance*. O modelo é uma prática usual nos EUA e na Inglaterra (sistema *common law*). No entanto, muitos atos informais construídos entre os atores da regulação, naturalmente, já são usados no sistema românico-continental (Tavares da Silva, 2008a; Vicente, 2012).

A *guidance* não se confunde com atos meramente internos, que vinculam a atividade de subordinados administrativos, pois oferece orientações externas. Um de seus efeitos é trazer regularidade à atividade administrativa, a preencher espaços de liberdade abertos pela lei, que são abundantes na regulação (Vicente, 2012, p. 116). É, pois, uma atividade construída com os atores interessados e dirigida ao mercado, que objetiva trazer previsibilidade e flexibilidade à atividade regulatória.

A ação administrativa por meio de *guidance* pretende conformar a atividade dos agentes econômicos – alertando-os sobre comportamentos potencialmente sancionáveis –,



em busca de homogeneidade, regularidade e certeza (Vicente, 2012, p. 108). Por meio de fórmulas muitas vezes informais, que fazem uma ponte entre o ordenamento jurídico e a prática dos regulados, objetiva-se permitir que o sistema regulatório possua calculabilidade, a criar uma relação de confiança entre os atores participantes.

A *guidance* pode ser sistematizada em cinco atividades principais (Vicente, 2012, p. 118-119):

- i) monitoramento e análise do setor (ex.: relatórios de funcionamento do sistema nacional de gás natural da ER dos Serviços Energéticos e o boletim mensal das comunicações da Autoridade Nacional de Comunicações);
- ii) conformação de comportamentos (ex.: recomendação sobre princípios e boas práticas em matéria de rotulagem da energia elétrica);
- iii) resposta a questões colocadas pelos regulados (ex.: *staff legal bulletin*, *accounting bulletin*, *no-action letters*, *interpretative letters*, *letters to industry* e *interpretative releases* da *Security and Exchange Commission* norte-americana e pareceres emitidos pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários em função de problemas levantados pelas empresas);
- iv) interpretação, “descomplexificação” e auxílio às empresas (ex.: pareceres interpretativos, circulares e avisos);
- v) “dinamização da política de regulação” por meio do diálogo direto (*regulatory conversations*) entre regulados e reguladores.

No Brasil, órgãos públicos também utilizam orientações a fim de divulgar informações de forma coerente com a melhoria do sistema, a objetivar transparência e equidade no relacionamento com os atores interessados (ex.: Ofícios-Circulares da Comissão de Valores Mobiliários e Cartas-Circulares do Banco Central do Brasil). Procuram minimizar eventuais desvios e, conseqüentemente, reduzir a necessidade de exigências e aplicação de multas cominatórias e penalidades. Há, ainda, atendimentos informais aos atores interessados e procedimentos de consultas e audiências públicas.

Fundada na ideia de *soft law*, normalmente, a *guidance* não traz uma declaração administrativa juridicamente imperativa. São atos que permitem o conhecimento público das estratégias da AP, a expor uma relação cordial entre a ER e o respectivo mercado, que

podem trocar informações no exercício das atividades com vistas ao aperfeiçoamento da regulação. Ao invés de se privilegiar fatores externos na modulação da regulação, são enfatizados fatores endógenos ao sistema.

A orientação e a influência implícitas podem ser mais bem-sucedidas do que uma formulação impositiva, que já seria recebida com reservas. Por exemplo, a simples recomendação de boas práticas e a expressão de um selo de qualidade de um produto (como um selo de eficiência energética) será uma informação que estimulará os cidadãos à aquisição dele, a angariar simpatia das empresas aderentes. Assim, muitas vezes deixam-se as empresas com liberdade para procurarem meios mais eficientes e adequados à consecução de seus escopos, estimulando-as à caça de novas tecnologias e eficiência. Inclusive, segundo a “Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança” da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), a política regulatória deve incluir a preferência pela regulação baseada em desempenho (*performance-based regulation*) (2012).

A *guidance* refere-se aos diversos tipos de atos, situados em pontos distintos de uma escala de juridicidade, emanados dos reguladores com caráter normativo ou não, dirigidos ao mercado e aos agentes econômicos que nele atuam, a fim de conformar comportamentos ou a “descomplexificar” tarefas (Vicente, 2012, p. 117). Embora com intensidade variável, o processo comunicativo intermediado pela AP procura interferir ativamente nos mecanismos psicológicos de motivação individual, a influenciar, estimular ou desmotivar escolhas (Gonçalves, 2001, p. 726). Assim, sem ser impositiva, promove certa homogeneidade, a trazer segurança ao sistema (como ao recomendar atenção a códigos de conduta e manuais de boas práticas, expor padrões internacionais e alertar sobre possíveis sanções em face de normas ásperas).

A *guidance* pode surgir de atos informais ou de um processo formal; pode ou não ter um estatuto jurídico; levar ou não a novas medidas, à renúncia ou à abstenção; ser genérica ou individual; ser abstrata ou decorrer de um caso concreto; decorrer de um diálogo permanente ou pontual (Black *et al.*, 2007, p. 197). Deve ser entendida, pelo menos, como resultante de uma pretensão de vinculação fática (Gonçalves, 2001), mas

também pode resultar em consequências jurídicas (Tavares da Silva, 2008a), designadamente, em face da boa-fé e da confiança que regem as relações sociais.

Estamos a tratar de operações materiais, atos quase-jurídicos e atos jurídicos, que trazem flexibilidade. Diversas formas de atos e os resultados obtidos possuem, pois, diversos graus de formalidade e vinculatividade, a superar a ideia de um direito estanque ou fundado na hierarquia. Destaca-se, por exemplo, que órgão britânico que regula fusões e aquisições oferece orientações por telefone, em até 24 horas, com caráter oficial, que podem sofrer apelação (Black, 1998, p. 80).

Se bem utilizada, a *guidance* é benéfica. Destacam-se três razões: supre a necessidade de excessiva edição de atos regulamentares, que cubram todos os assuntos do subsistema, e baixa os custos da regulação; oferece segurança jurídica, pois há maior aceitação das regras negociadas, sendo presumida a boa-fé de quem segue as orientações; permite a evolução tecnológica, uma vez que a bússola exposta não é vinculativa, a permitir adaptação a situações particulares.

A edição de atos tradicionais, impositivos, exige formalidades (como competência e processos administrativos) e pode ser discutida pelos regulados. Consequentemente, a *guidance* atenua a sobrecarga do ordenamento jurídico e afasta eventuais insurgências que poderiam surgir contra atos rígidos. Nessa linha, três elementos são fundamentais para o eficaz funcionamento e a aceitabilidade das conversas regulatórias: compromisso dos principais participantes a um diálogo significativo, a promover-se a confiança entre eles e garantir oportunidades para as pessoas obterem acesso e intervirem nas conversas; distribuição e definição adequada de poder dos diferentes atores, em que o regulador possui a palavra final equilibrada, a assumir ainda a responsabilidade de respeitar interpretações pretéritas; impulso da *accountability* entre os próprios atores (Black, 1998, p. 96-98).

As generalizações normativas tradicionais trazem intrínsecas limitações de previsão; a realidade pode ir além ou estar aquém das situações previstas em lei. Assim, a *guidance* flexibiliza o princípio da legalidade. Sua elasticidade é bem-vinda, pois aponta o caminho seguro sem tolher alternativas propostas pelos próprios regulados e permite estratégias de costura para atender a circunstâncias particulares (Black, 1998; Senn, 2005).

As normas sempre possuem alguma textura aberta, especialmente no campo da regulação, e podem enfrentar incertezas em sua aplicação. Não há sentido único, inerente e fixo para a linguagem contida nas normas, e seu significado e aplicação dependem da leitura interpretativa realizada pelos interessados (Morgan e Yeung, 2007, p. 181). No caso da *guidance*, o poder regulamentar passa a ser exercido em moldes mais amplos. São superadas eventuais divergências que poderiam surgir quanto aos limites do poder normativo do regulador, seu enquadramento legal, sua contestação, não aprovação ou revogação por órgãos superiores ou pelo Congresso (conforme o modelo político-constitucional adotado). Ou seja, a *guidance* gera menor confronto entre os interessados sem dispensar a base legal, pois ainda há a orientação política geral a ser respeitada.

O comportamento sugerido na *guidance* é um padrão a ser seguido, a trazer estabilidade ao sistema. Promove homogeneidade no comportamento “sugerido” e impede a punição de seus seguidores; oferece a segurança necessária para a ação dos regulados e, ao mesmo tempo, permite uma discussão quanto às exceções à regra ou a sua renúncia em casos específicos; beneficia a livre iniciativa e a capacidade de inovação, já que não há uma imposição. Assegura-se, pois, o direito à crítica técnica no interior dos grupos profissionais e empresas. É a institucionalização da autocritica, tão importante em muitos setores tecnológicos, com inevitáveis riscos e caminhos alternativos.

Uma vantagem é a garantia de livre iniciativa do mercado e sua capacidade de inovação, além de usar seus conhecimentos e experiências. Embora a orientação possa expor a preferência pública, a ER não retira do destinatário a liberdade para adotar comportamentos alternativos. Logo, a possibilidade de renúncia ou exceção à sua aplicação previne ou reduz a hostilidade à regulação, bem como possibilita que haja adaptação às circunstâncias em busca de economia de tempo e recursos (Morgan e Yeung, 2007, p. 179).

Por conseguinte, a *guidance* permite um sistema coerente, ágil e maleável, a permitir novas interpretações, reinterpretações e ajustes: organiza a tensão entre a certeza e a flexibilidade. É importante, contudo, haver vigilância para que a ER não busque alargar suas atribuições. A *guidance* não deve aumentar a complexidade do sistema normativo, a ser apresentado com poucos detalhes, cuja informação seja suficiente, transparente e

acessível (Black *et al.*, 2007, p. 197). Não pode ser uma substituta geral das normas tradicionais, mais organizadas e burocratizadas, mas sim um complemento. De outra forma, o crescente recurso à atividade orientativa permitiria a inflação dessa atividade, a trazer incerteza, insegurança e imprevisibilidade (Gonçalves, 2001, p. 727).

Outrossim, o mercado deve poder usar a margem de manobra com segurança. A constante possibilidade de revisão do entendimento oferece oportunidades para o mercado manter-se atualizado, a sempre gerir riscos e analisar os custos e benefícios de cada orientação. Assim, a fim de não estorvar a liberdade dos atores interessados, deve estar claro o caráter informativo das orientações e, eventualmente, expor se há alguma vinculatividade. O poder público, considerando os efeitos distributivos e os benefícios líquidos da atividade regulada, também deve atualizar as recomendações. Constantemente, deverá reanalisar os custos e benefícios dos atos (OCDE, 2012).

#### **5.4. Riscos de Legitimidade**

##### **5.4.1. Abertura Racional**

A necessidade de providenciar novos modos de legitimação em face da sociedade hipercomplexa força a perda da densidade das leis e a emergência do poder de atores sociais. O particular não é mais um mero súdito do Estado-polícia, não é o cidadão socialmente descomprometido do Estado liberal nem o simples utente dos serviços públicos do Estado social: pelo contrário, ele se vê convocado a assumir um novo papel de ator que partilha com o Estado o papel de realizar o interesse público (Gonçalves, 2013, p. 27). Procura e aceita contribuir na realização do bem comum.

Antigamente se pensava que existia um interesse geral unitário da sociedade, cujo bem comum seria o critério único a direcionar os governantes, depois de expurgadas as influências das vontades parciais. Mas estão desatualizadas as visões monistas de Estado e de sociedade: a posição que entende os grupos de interesse como danosos e obscuros, liga-o a uma concepção primitiva, pois eles são realidades presentes na sociedade, que não podem ser ignoradas (Vieira de Andrade, 1977).

Um sistema fechado está fadado à asfixia. As funções estatais devem ser compartilhadas com elementos externos para diminuir a sobrecarga sobre um aparato sobredimensionado. A autoridade é fornecida por processos de decisão participativos: inclusão que busca o consenso em processos de deliberação fundamentada (Wheatley, 2009, p. 216). Assim, são implementados padrões de interação em que a *accountability* esteja espalhada entre o público e privado.

Quanto mais aberta a rede, maior a capacidade de obter informações. Mas sua sobrecarga, em função dos dados a serem processadas, pode desestabilizar o sistema. Quanto mais generalizados os interesses, mais difícil é sua estruturação e menor é a coesão. O simples *status* de cidadão não qualifica, pois, uma pessoa para dar uma decisão técnica qualitativamente convincente (Joernes, 2006, p. 131). Aliás, os cidadãos-consumidores dispõem cada vez de menos tempo, capacidade e interesse em refletir sobre todos os sistemas.

A participação imprime um alto custo e a gestão pública exige um equilíbrio razoável entre os valores de processo e a eficiência da atividade regulatória (Mantel, 2008, p. 393). A adequação depende da capacidade de reprocessamento das informações. É importante que o sistema seja hábil para trabalhar os dados recebidos em *feedback*. Assim, deve haver controle sobre o fluxo de informações e, evidentemente, a abertura só para algumas partes.

As práticas de gestão pública pós-modernas não podem abandonar critérios de racionalidade, com a presença de especialistas e a confiança neles depositada. O argumento de que todos os interessados devam ter igual participação no processo decisório ameaça o reino da razão prática (Joernes, 2006, p. 134). Deve-se assumir, pois, a assimetria de conhecimento.

A necessidade de maior inclusão na regulação é diversa daquela pertinente ao contexto político. Maior abertura e participação não significam maior qualidade na atuação administrativa. Aliás, segundo o Teorema do Júri de Condorcet, se a probabilidade de cada pessoa acertar uma pergunta superar 50%, quanto maior o grupo, maior a chance de acerto; por outro lado, se a probabilidade de acerto for inferior a 50%, quanto maior o grupo,

maior a chance de erro (Sunstein, 2010, p. 126). Logo, a atual complexidade do mundo pós-moderno, com tecnologias avançadas, exige estudos aprofundados por especialistas.

O Estado regulador é caracterizado pela difusão do poder e pela delegação de tarefas a instituições não majoritárias (Majone, 2006, p. 76). A cooperação é indispensável, mas deve haver aliança estratégica, pois a interação e o autocontrole entre os atores constroem a confiança.

Portanto, a ER deve expor suas atividades de forma transparente, ouvir os interessados e cumprir seus objetivos institucionais. A atividade regulatória exige inclusão cuidadosa, de forma técnica, que não vicie os mecanismos de peritos desenvolvidos ao longo de séculos.

O sistema especializado deve garantir coerência. Assim, a estrutura especializada da *guidance* prevê apenas a participação de atores relevantes do subsistema regulado, os empresários que tenham conhecimento da estrutura e possam oferecer subsídios para melhoria. Não estamos a tratar de um processo formal de edição de regras (impositivas), mas de fuga às clássicas formas de atuação administrativa em busca de plasticidade. Assim, é natural não ser permitida a participação genérica, a haver equilíbrio entre eficiência e devido processo legal.

A boa atividade regulatória, com melhorias palpáveis aos cidadãos, será a principal resposta do regulador para angariar legitimidade. Isso também reforça a necessidade de transparência para facilitar a cobrança por todos os interessados e impedir acordos secretos.

#### **5.4.2. Cautelas na Guidance**

As atividades informais, conversas e orientações da AP por meio da *guidance* não possuem a estrutura burocrática dos atos tradicionais. Assim, deve-se evitar que os diversos atos, de variadas formas e de diversas fontes, ensejem a “sobrecarga do sistema” sem organização. Os custos podem aumentar muito, a prejudicar especialmente os atores mais fracos, tanto em relação ao processo de construção das normas como em sua aplicação.

Os regulados não querem seguir um modelo de “jurisprudência” altamente complexo, inacessível e imprevisível, gerado ao longo do tempo sem coordenação, que exija formação jurídica para ser decifrado (Black *et al.*, 2007, p. 197). Assim, as orientações não devem ser indiscriminadas: é imprescindível que sejam necessárias. Mediante uma análise de custos e benefícios, sua emissão deve ser avaliada, e os atos devem ter alguma indexação para terem coerência.

O “reducionismo” estatal traz a possibilidade de distorções. Com efeito, há risco de desorientação, mas a natureza da regulação impõe um conjunto de valores públicos a serem observados, especialmente pela ER na manutenção do mercado equilibrado e atenção aos hipossuficientes. O direito não pode dar um passo atrás e, simplesmente, conceber procedimentos sem se importar com a qualidade da regulação.

Com efeito, a ER deve cumprir seus deveres, designadamente, a não permitir desatenção e qualquer exceção à *guidance* sem justificativa. Atores que não adotarem os comportamentos recomendados devem comunicar sua decisão ao regulador. A transparência demanda, ainda, apresentação de justificativa razoável para o não cumprimento da orientação. É importante exigir resposta em face do descumprimento para reavaliar a medida ou, futuramente, em situações excepcionais, expedir normas rígidas sobre o assunto. Esse *feedback* é importante para a ER reavaliar suas ações, formais e informais, e verificar se são as mais apropriadas.

O relacionamento com os atores é um instrumento de transparência e controle, a permitir a consideração de várias soluções para pesar e identificar o ponto de equilíbrio (Cirillo e Chieppa, 2010, p. 435). Mas, além disso, devem existir estruturas de verificação e reavaliação, transparentes e descentralizadas, que reforcem a confiança no regulador. É imprescindível que haja regras claras para convocação sobre negociações, formação de grupos de discussão, condução desses trabalhos, assim como para explicitar as razões da adoção de determinadas normas (Freeman e Langbein, 2000, p. 73). Permitir-se-á, assim, uma fiscalização difusa, além daquela obrigatoriamente exercida pelos agentes estatais.



### 5.4.3. *A Simbiose entre o Novo e o Tradicional em matéria de Accountability*

A aproximação entre Estado e mercado apresenta perigos, como no caso da *guidance*. A “direção” estatal ocorre à distância e o controle de resultados pode ser difícil. As novas formas de gestão correm o risco de serem neocorporativistas, apenas para mediar interesses particulares, obscurecerem responsabilidades e facilitarem a concentração de poder.

Os membros da rede podem ter pouco incentivo para oferecer *feedback*, especialmente se esse retorno puder lhes causar dano; o baixo grau de continuidade no nível operacional pode se tornar um problema, inclusive quanto à perda de memória (Pierre e Peters, 2005, p. 38-39). Além disso, o *feedback* positivo pode tornar os fracos mais fracos (Shapiro e Varian, 1998, p. 224). Portanto, é essencial manter as atividades estatais isentas e estruturar instrumentos de conexão e controle em rede, difusos.

A autorregulação possui limitações e uma das responsabilidades governamentais é evitar interesses escusos e outros obstáculos. Embora cada sistema social tenha potencial decisório especializado, organizado e racionalizado, o constitucionalismo democrático baseia-se na incapacidade do setor organizado profissional em assumir o controle total (Teubner, 2012, p. 90).

A rede de atores ainda não dispõe de mecanismos de resolução de todos conflitos em uma sociedade aberta. Os governos estão mais bem equipados para manusear certos conflitos de interesses e valores, além de terem capilaridade para acesso à globalidade dos cidadãos. Assim, não podem ser desprezados o papel do parlamento na edição leis nem o poder de supervisão do governo. O governo deve, pois, conservar o poder de tutela sobre as entidades reguladoras (ainda que mitigado) e o parlamento deve continuar a exercer o controle genérico, *ex ante* – por meio da lei – e também *ex post* – com o escrutínio sobre a atividade dos reguladores (Vicente, 2012, p. 121).

O uso da lei deve ser menos direcionado à formação do conteúdo e mais como instrumento de “ameaça” e definição do quadro geral. Mas o sistema político ainda tem a função de impor decisões vinculantes como último recurso, pois dispõe dos meios que lhe permitem utilizar a força física (Cademartori *et al.*, 2008, p. 98).

O Estado deve continuar a ser o guia do interesse público, a diluir as responsabilidades entre vários atores e ao incentivá-los a assumi-las. Conflito e tensão são inevitáveis e devem ser controlados. É um desafio para os publicistas saber quando, onde e como fazer intervenções estratégicas apropriadas em complexas redes, de maneira a garantir resultados e estruturas normativas adequados. Assim, deve ser montado um complexo sistema de freios e contrapesos, em que certos comportamentos sejam inibidos ou encorajadas pelo equilíbrio global do sistema (Scott, 2006).

É extremamente importante o incremento da transparência e do controle para que a sociedade possa acompanhar, queixar-se e obter retornos favoráveis. Ademais, o tradicional sistema de comando e controle estatal não pode ser totalmente abandonado. O Estado perde a centralidade, mas ainda possui o papel de proteger os interesses da coletividade e de agir quando necessário.

Não é possível que o *soft law* tome o lugar do *hard law*. Ainda que mecanismos flexíveis sejam cada vez mais importantes e necessários na sociedade hipercomplexa pós-moderna, a cogovernança é um processo em evolução, que não admite um corte histórico-cultural abrupto.

O repúdio da tradicional normatização imperativa poderia acarretar graves consequências para o funcionamento das normas jurídicas. Estaria em causa a autoridade da validade jurídica enquanto tal, que até poderia minar a função do direito enquanto garantidor de expectativas. Destarte, o direito opcional não pode aspirar uma aplicação universal, mas antes agir em setores delimitados (Teubner, 1989, p. 189).

Há assuntos muito controversos, que exigem ação estatal mais firme. A regulação sobre certo assunto pode ser altamente prejudicial a um grupo e favorável a outro (como a decisão sobre a implantação de uma usina nuclear), e a ER é demandada a agir. Nesse caso, mesmo que haja prévia discussão pública sobre a melhor forma de agir, o poder estatal deve agir com energia, sustentado na ampla legitimidade dos órgãos políticos.

Em certos momentos, o interesse público deve ser moldado e estruturado dentro do processo administrativo formal, organizado em instrumentos mais estáveis. Pode ser necessária uma rigorosa tramitação procedimental na análise de riscos e na avaliação de

impacto da regulação para trazer legitimidade e segurança ao processo, que também pode exigir consulta ou audiência pública, com a participação genérica dos cidadãos. Por outro lado, em determinados casos, se o procedimento tradicional não puder ser concluído, em virtude das dúvidas geradas ou dos problemas prospectados, a *guidance* poderá ser apresentada como guia preliminar.

Com efeito, a *guidance* deve ser desenvolvida em conjunto com os instrumentos tradicionais, pois é uma técnica alternativa ou mesmo complementar. São, pois, processos a serem integrados em simbiose, conforme a situação a ser regulada, pois em certos momentos a proteção do cidadão-consumidor e da empresa regulada (ou do meio ambiente, da economia etc.) pode exigir a presença estatal, por meio de normas impositivas, sob procedimentos complexos, institucionalizados e submetidos a amplos controles políticos, consoante o interesse público. Ou seja, muitas vezes a negociação e o convencimento funcionam como estratégia de regulação, baseada no senso de responsabilidade de cada ator, mas há situações que exigem atuação fundada na punição. Entre eles mantém-se uma relação fluída, intercambiável e reversível (Esteve Pardo, 2008, p. 15).

Outrossim, um autêntico processo de *accountability* requer habilidades, recursos e tempo distribuídos na sociedade. A interdependência oferece um modelo no qual os tradicionais métodos formais de *accountability* – parlamentares, judiciais e administrativos – são suplementados por uma responsabilização estendida (Scott, 2006, p. 104). Forma-se, assim, uma teia de controle e autocontrole, formal e informal, rígida e flexível, entre todos os interessados, públicos e privados.

*Accountability* não é só controle. Sua perspectiva meramente linear e parcial é atropelada pelos novos desafios do direito público (Scott, 2006, p. 90). Saiu de seu significado “central” em que um órgão tem autoridade sobre um grupo “externo”: expandiu-se para incluir responsabilização “interna” por própria consciência ou em face das normas de ética profissional; “resposta” por parte dos governos às demandas feitas pelos cidadãos; “controle” sobre as instituições através dos freios e contrapesos dos sistemas políticos; e discussão pública “dialógica” entre os cidadãos (Black, 2009, p. 249).

Inclusive, se houver a violação de normas formais (mesmo com a *guidance*), qualquer das partes pode provocar o Judiciário. Contudo, o Judiciário não pode se achar o último salvador da sociedade. Deve ser conservador e somente deve invalidar uma decisão regulatória se ela não puder resistir ao teste de razoabilidade e eficiência, designadamente em escolhas informadas por critérios técnicos (Guerra, 2012, p. 131-132). É importante, pois, que o Judiciário perceba a sistemática da regulação, que o magistrado não tem a mesma experiência e o conhecimento aprofundado da questão, mesmo com o auxílio de peritos, e pode danificar a harmonia ou até destruir o sistema.

## 6. BRASIL: PAÍS EM DESENVOLVIMENTO E SOCIEDADES COMPLEXAS

### 6.1. Uma Comparação Possível: o Brasil e outros Estados

#### 6.1.1. *Panorama Histórico-Cultural da Administração Pública no Brasil*

A história administrativa do Brasil aponta para uma cultura de imposição normativa. Em benefício da Coroa portuguesa, as estruturas administrativas precederam a própria sociedade: houve um transplante concebido para garantir lealdade, ordem e exploração econômica (Cavalcanti, 2007, p. 284). O Estado brasileiro era patrimonialista, a confundir bens públicos e privados, e liberal clássico, a limitar-se a manter a ordem, garantir contratos e respeitar a propriedade privada. Mesmo com a Proclamação da República, em 1889, o aparelho estatal continuou a funcionar como extensão do poder soberano, com corrupção, nepotismo e servidores com *status* de nobreza (Cademartori *et al.*, 2008, p. 144).

A Revolução de 1930 é um marco para a AP brasileira. Avançou com o Estado social e tentou afastar o patrimonialismo. O governo de Getúlio Vargas visou à profissionalização do quadro de pessoal e à racionalização por meio do modelo burocrático (Cavalcanti, 2007, p. 287). Foi criado o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), responsável pela profissionalização da carreira de servidor público, sob o desenho weberiano de normatização da cadeia de mando e subordinação (Guerra, 2012, p. 57). A seguir os influxos do direito administrativo francês, pensou-se na atuação hierarquizada, centralizada e uniformizadora da AP; focou-se na legalidade e em rituais processualísticos; os cargos deveriam ser ocupados por concurso público, segundo critérios técnicos.

Em evolução, a AP brasileira aproximou-se do modelo piramidal weberiano – nunca alcançado totalmente –, mas manteve-se pesada, lenta e ineficiente, ainda que existissem ilhas de excelência (Guerra, 2012, p. 23). O Estado voltou-se a si, à “burocracia pela burocracia”, aos processos de controle, em que pairam o sentimento de desconfiança e o administrador está “sob suspeita” (Cademartori *et al.*, 2008, p. 145-146).

No Brasil, (quase) sempre houve forte intervencionismo estatal.<sup>21</sup> Os controles proliferaram a fim de afastar o patrimonialismo, a corrupção e o nepotismo em favor das classes dominantes. Mas a excessiva intromissão estatal não ocasionou serviços de qualidade nem afastou os aludidos vícios. Manteve-se também o clientelismo, uma relação de interesse pessoal na qual o cidadão-eleitor (normalmente mais preocupado em ter uma sobrevivência digna) tende a votar no político que lhe promete benefícios diretos, imediatos ou futuros.

O Estado brasileiro demonstrou-se incapaz de satisfazer o cidadão. Com a ambivalência nos setores econômicos e sociais, não conseguiu manter razoável estrutura de serviço público. Faltaram recursos pessoais, econômicos e naturais. As formas tradicionais de manifestação do Estado social, pensadas e materializadas sob a ideia do “Estado provedor”, ficaram ameaçadas no plano econômico e, sobretudo, na legitimidade (Clève e Franzoni, 2013, p. 3).

O modelo da AP – sob a ótica da burocracia clássica – esteve subordinado a interesses governamentais, a atuar com preponderância política onde deveria haver preponderância técnica (Guerra, 2012). Assim, a organização pública não se mostrou capaz de planejar, financiar e executar estratégias de desenvolvimento.

Com efeito, a crise fiscal que abateu o Brasil no final do século passado (assim como grande parte do Ocidente) implorou por novas bases funcionais e ajustes estruturais. Na década de 1990, buscou-se implantar um novo marco teórico para a AP. Foram

---

<sup>21</sup> Em resumo, na construção inicial do Brasil, tivemos o domínio imperial português até 1822, período em que foi criado o Banco do Brasil S.A. (1808). Depois, o Brasil foi comandado de forma centralizadora por uma monarquia absolutista até 1889. Após a proclamação da República, até a década de 1920, o país foi dominado por oligarquias de São Paulo e Minas Gerais, no período da República Velha. Veio a República Nova, sob o domínio estatista, com Getúlio Vargas como presidente entre 1930 e 1945, com a ideologia intervencionista do “Estado Desenvolvimentista” (sob inegável influência fascista), e entre 1951 e 1954, a criar-se a Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRAS (1953), entre outras empresas estatais. Durante o século passado, a partir de 1964 até a redemocratização na década de 1980, tivemos o regime militar, sob a ideologia estatizante de proteção do interesse nacional, quando surgiram as Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRAS (1972), Telecomunicações Brasileiras – TELEBRAS (1972) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO (1972). Evidentemente, durante a história nacional, houve momentos de avanço econômico privado: no governo de Eurico Gaspar Dutra (1946-1950) buscou-se reduzir a intervenção do Estado e com Juscelino Kubitschek (1956-1961) houve postura amigável frente ao capital estrangeiro, com a instalação de grupos multinacionais e grande crescimento econômico. Mas é patente que, ao longo da história, predominou a mão estatal na atividade econômica nacional, a ter imensa influência no modelo da Constituição de 1988 (Guerra, 2012).

pensadas entidades reguladoras, tecnicamente independentes, para a execução de políticas públicas continuadas.

No governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2003), surgiu o Programa Diretor da Reforma do Aparelho do Estado com o fito de estabilizar a economia e permitir o desenvolvimento sustentado.<sup>22</sup> Privilegiaram-se as funções de coordenação e regulação, a reduzir a intervenção estatal direta na atividade econômica (Mattos *et al.*, 2006, p. 9). Em 1995, o avanço da desestatização foi permitido com a promulgação de Emendas Constitucionais; com a edição da Lei n.º 8.987/95, sobre concessão e permissão de serviços públicos, aceleraram-se as privatizações.

O Estado deveria armar um ambiente de certeza e estabilidade, de modo a atrair investimentos, sobretudo estrangeiros, e gerar salvaguardas institucionais de compromisso a longo prazo (Guerra, 2012, p. 106). Com efeito, as entidades reguladoras foram destacadas da AP central para agir em setores econômicos, a fim de gerar confiança nos cidadãos e segurança jurídica nos empresários.

O paradigma estrutural de ER no Brasil é a *Independent Regulatory Commission* norte-americana, ente administrativamente autônomo, dirigido em colegiado escolhido pelo Chefe do Poder Executivo, cujo mandato é fixo (Guerra, 2012, p. 117). Cada ER teria competência técnica em sistemas complexos e sensíveis. Os dirigentes só poderiam ser exonerados em razão de fatos delimitados em lei (como descumprimento de metas, crime, ato de improbidade etc.). A autonomia decisória também enfatizava requisitos mais elevados de excelência técnica para o recrutamento de pessoal.

O modelo de Estado regulador prevê entes independentes (função neutral constitucional), a modificar a clássica hierarquia da AP e prever entes com autonomia funcional reforçada (função neutral legal) (Guerra, 2012, p. 43). Mas atitudes reticentes e incoerentes fizeram das reformas uma história de avanços e recuos: houve desconforto político com essa autonomia desde o início do governo do Partido dos Trabalhadores (PT),

---

<sup>22</sup> Antes, no governo de Fernando Collor de Mello (1990-1992), houve privatizações fundadas na Lei n.º 8.031/90. Mas não existiu um programa estruturado.

em 2003, que relutou em assumir os ditames da diferenciação, com entraves financeiros e ingerências como ameaças (ainda que veladas) aos dirigentes (Cavalcanti, 2007, p. 287).

Portanto, a AP brasileira não possui uma clara definição estrutural: convive com a estrutura regulatória, ao menos teoricamente, mas ainda é fundada na centralização hierárquica das decisões, rígidas estruturas piramidais de poder e controle dos processos, além de acolher o patrimonialismo e o clientelismo. Vive um presente de passado contínuo: reitera antigas práticas de compadrio e se perde em amarras burocráticas descoladas dos cidadãos (Clève e Franzoni, 2013, p. 1).

Nota-se falta de flexibilidade, dinamicidade e eficiência. Afasta-se das necessidades gerenciais inerentes à nova sociedade globalizada. O Brasil centra-se, pois, em práticas verticais, muitas vezes populistas ou de favorecimentos pessoais, como quando alguns empresários são beneficiados (chamados de “campeões nacionais”), sem que demonstrem capacidade competitiva no mercado. Assim, alimenta uma máquina burocrática arcaica, bem como não consegue desenvolver uma relevante indústria interna nem preparar seus cidadãos para a pós-modernidade.

### ***6.1.2. Problemas da Globalização e Desigualdade***

No século XIX, até a década de 1970, muitas sociedades democráticas tornaram-se menos desiguais. Na Europa, incremento dos serviços estatais, garantias contra infortúnios e subsídios aos mais pobres permitiram que se abrandassem distâncias entre riqueza e pobreza. Contudo, nas últimas décadas, o excesso de entusiasmo pelo capitalismo de mercado fomentou a indiferença pública e o retorno a privilégios (Judt, 2011, p. 27).

Na economia globalizada, há um esfumaçamento de fronteiras entre interno e externo, nacional e internacional, público e privado, formal e informal, especialmente na UE. A governança acentua a interdependência dos Estados, a colocar questões de governo como problema de multilateralismo e regulações internacionais (Canotilho, 2006, p. 327). O mercado torna-se o motor da economia. O Estado perde força e não mais detém o controle sobre a produção, pois o capital é móvel e transfere-se além-fronteiras, consoante sua conveniência.



O trabalho não qualificado decai com a robotização e também em face da mão de obra mais barata em economias repressivas, com salários degradantes. Então, ainda que as disparidades entre os países possam se atenuar, entre os cidadãos crescem diferenças de riqueza e pobreza. O incremento da desigualdade exacerba a perda de coesão social, ameaça o sentimento de identidade e intimida a legitimidade estatal. Produz a sensação de se viver em comunidades isoladas, que limitam as vantagens a alguns e mantêm de fora os menos afortunados (Judt, 2011).

Quanto mais a sociedade é desigual, menor são a confiança e o estímulo internos. O cidadão perde o interesse em crescer, pois já não acredita em ascensão social e econômica. Perde vínculos e tem sua qualidade de vida social degradada, a qual, aliás, não depende exclusivamente de recursos econômicos. Inclusive, há indicativos de que as pessoas confiam mais nas outras se tiverem algo em comum, como religião, língua, cultura, vínculo estatal e forma de vida (Judt, 2011, p. 74). Portanto, o Estado deve agir para aproximar os cidadãos.

Uma boa sociedade alterna entre a proteção dos desafortunados e o estímulo à livre iniciativa: entre aumentar o tamanho do bolo e dividir as fatias com todos (Sunstein e Thaler, 2008 p. 263). Embora haja variações histórico-culturais, todos os Estados devem se dedicar, pois, à gestão macroeconômica e à redistribuição de renda, além da regulação econômica (Majone, 2006).<sup>23</sup> O empresário não age por caridade. Logo, a preparação dos cidadãos para a dinâmica social deve ser subsidiada pelo Estado, inclusive a reciclagem para o trabalho.

Há fraquezas no processo de transferência de poder a instituições não majoritárias, a modelos specialistocráticos. As entidades reguladoras independentes funcionam em áreas limitadas, onde conhecimento específico, segurança jurídica e

---

<sup>23</sup> As teorias de Estado político-econômicas distinguem três tipos de intervenção pública na economia: redistribuição de renda, estabilização macroeconômica e regulação de mercados (MAJONE, 2006). A regulação visa especialmente à correção de “falhas de mercado” e à satisfação dos consumidores (v. Cap. II); a redistribuição de renda abarca as transferências de recursos de um grupo para outro, assim como provisão de “bens de mérito” (bens de satisfação necessária ou conveniente), como educação primária, assistência médica e seguridade social (ex.: programa “Bolsa Família” no Brasil); e a estabilização macroeconômica objetiva atingir níveis satisfatórios de crescimento econômico e emprego, designadamente por meio da política fiscal e monetária.

reputação sejam a chave para maior eficácia (Majone, 2006, p. 79). Mas hipóteses econômicas não foram suficientemente testadas no domínio da teoria do Estado (Canotilho, 2006, p. 144). Há dificuldade em se ver a eficiência com considerações distributivas (Baldwin, 1995, p. 46). E a carência de comparativos dificulta saber qual abordagem é mais adequada.

É lugar-comum dizer que todos querem as mesmas coisas na sociedade. Mas é uma afirmação falsa: os ricos não querem o mesmo que os pobres; os que dependem do seu emprego não querem o mesmo que aqueles que vivem de investimentos e dividendos; os que precisam de serviços públicos têm interesses diversos daqueles que não se interessam por essas atividades (porque podem adquirir educação, proteção e transporte privados) (Judt, 2011, p. 161).

As sociedades são complexas e possuem interesses em conflito. Afirmar o contrário, negar distinções de classe ou riqueza ou influência, ou sustentar neutralidades é uma forma de promover interesses em detrimento de outros.

Além da produção de riqueza, também é fundamental para o Estado solucionar problemas de desigualdade, especialmente em países em desenvolvimento e com gritantes disparidades de renda – como o Brasil, com baixos índices de escolaridade, difícil acesso à saúde e carência de saneamento básico. A desigualdade corrói a unidade social: diferenças materiais aumentam a concorrência por *status* social e bens; as pessoas experimentam sensação de superioridade ou inferioridade segundo as suas posses; cristaliza-se o preconceito; acentuam-se as patologias de desfavorecimento social; o crime aumenta; assim, mesmo quem prospera em sociedades desiguais é mais feliz quando o fosso que o separa da maioria dos seus concidadãos é reduzido (Judt, 2011, p. 34).

O Estado tem papel especial na equalização de riquezas: possui recursos, legitimidade e singular penetração na sociedade. Por conseguinte, tal como as instituições intermédias da sociedade dificultaram o poder de tiranos em tempos passados, hoje o Estado parece ser a principal “instituição intermédia”: está situado entre os cidadãos impotentes e inseguros e as entidades transnacionais insensíveis e até inimputáveis (Judt, 2011, p. 185).

O remanejamento puro de recursos é um jogo de soma zero: o ganho de um grupo significa perda de outro. Assim, sob a possibilidade de divergência, as decisões que dizem respeito à redistribuição de renda devem permanecer sob o controle político (Majone, 2006).

Outrossim, os problemas sociais não são limitados à caridade. Não basta fornecer um patamar mínimo de segurança social. O Estado deve agir para que os cidadãos tenham vidas decentes e deve-se saber em que condições para os homens de cada tempo é possível e digno viver (Judt, 2011, p. 168). Logo, o excepcional programa de distribuição de renda “Bolsa Família”, implantado no governo do PT, em 2003,<sup>24</sup> já deveria ter sido aperfeiçoado por projetos mais ambiciosos de educação ou fundados nos avanços da TIC.<sup>25</sup> Os cidadãos querem participar de uma comunidade, ter direitos reconhecidos e vida cultural ativa.

Conforme destacado no LBCE sobre Governança (2001), os líderes políticos estão confrontados sob um paradoxo em face dos cidadãos: eles cada vez mais desconfiam das instituições, mas esperam que o Estado aproveite as oportunidades da globalização e dê resposta a desafios como ambiente, desemprego e criminalidade. Destarte, foram apresentadas as seguintes propostas de mudanças: maior participação e abertura, com diálogos sistemáticos; informações facilitadas e atualizadas; melhor política e regulação, com simplificação e flexibilização de regras e utilização de instrumentos variados (como decisões-quadro e corre regulamentação); governança local e global; redefinição das atribuições das instituições, a fim de assegurar coerência política e identificação de objetivos a longo prazo.

---

<sup>24</sup> Na verdade, o programa começou na década de 1990 com outras nomenclaturas (como “Fome Zero” e “Bolsa Escola”), de forma mais modesta.

<sup>25</sup> O Brasil participa do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA), uma prova aplicada pela OCDE para medir o nível de habilidades de estudantes em três áreas do conhecimento: matemática, leitura e ciência. Em 2012, 65 países participaram do Pisa, e o Brasil atingiu péssimas posições: em matemática, ficou em 58º lugar; em leitura, atingiu a 55º posição; em ciência, o 59º lugar (PISA, 2012).

### 6.1.3. *O Progresso nos Países em Desenvolvimento em Rede*

O Estado não mais consegue gerir a complexa sociedade em rede. O modelo estatista é incapaz e ineficiente. A globalização também apresenta problemas, designadamente pela concentração de riqueza, e o Estado não pode ser abandonado.

A América Latina apresenta elevada desigualdade social e baixo desenvolvimento econômico. É extremamente dependente de *commodities*, pois o processo de substituição de importações pós-Segunda Guerra Mundial não foi capaz consolidar um núcleo de acumulação endógeno; o padrão de intervenção do Estado, de fraca construção institucional, foi complacente com uma estratégia de “assistência incondicional” do mercado interno guiada pela concentração do capital (Ramiro Fernández, 2010). Ou seja, foram privilegiadas algumas empresas, ao invés de se fomentar o desenvolvimento técnico-educacional dos cidadãos, o incremento tecnológico e a competição empresarial.

A Ásia apresenta exemplos de países que tendem a sair da periferia (como a Coreia do Sul). O modelo de desenvolvimento do leste asiático tem uma estratégia política de promoção da acumulação endógena: buscou desenvolver a aprendizagem e a inovação para qualificar a inserção nos mercados externos e a substituição de atividades de importação, por meio de ajuda estatal direta e indireta, financeira e fiscal, bem como de assistência científica e tecnológica (Ramiro Fernández, 2010). Lá, o Estado organiza-se para que os cidadãos sejam capacitados e as empresas fortalecidas para se atingir o mercado externo em nível competitivo: coordena blocos tecnológicos com vistas à expansão da produtividade.

Essa análise comparativa confirma a importância da presença estratégica do Estado (e suas qualidades institucionais), da necessidade de formação de um núcleo de acumulação endógeno subordinado à produção e à consolidação de um mercado formal de trabalho (Ramiro Fernández, 2010, p. 334). Deve-se permitir o avanço interno voltado às redes globais por meio da saudável competição em busca de produtividade, que conduza a tecnologia e prepare mão de obra qualificada.

A globalização é uma ameaça para os Estados fracos e uma oportunidade para os eficientes (Cademartori *et al.*, 2008, p. 150). O Estado sempre foi a principal força de

inovação tecnológica, mas, quando se afasta do desenvolvimento tecnológico ou torna-se incapaz de promovê-lo, leva à estagnação com a esterilização da energia inovadora autônoma da sociedade para criar e aplicar tecnologia (Castells, 2011b, p. 47). Ou seja, a atuação estatal pode sufocar o desenvolvimento da tecnologia ou, em sentido contrário, permitir um acelerado processo de atualização capaz de mudar seu destino.

Existem fatores culturais essenciais na distinção entre os sistemas jurídico-políticos de cada país. Certas unidades territoriais vastas – como China, Rússia e Brasil – sempre dependeram do poder estatal para manter a unidade. A burocracia e a legalidade formal desenvolveram-se e tornaram-se arraigadas nessas culturas. Assim, no Brasil, há influente doutrina contrária a flexibilizações e rupturas no direito administrativo, que defende institutos tradicionais moldados em séculos (cf. Bandeira de Mello, 2004; Di Pietro, 2011).

O filósofo irlandês Edmund Burke (1790) descreveu o “espírito da inovação” como resultado de “temperamento egoísta e visões limitadas” (“*selfish temper and confined views*”): as tradições seriam construídas por várias pessoas ao longo de gerações, enquanto as novas teorias e abstrações decorreriam de especulações da mente individual. Burke sustentou que a ciência de governar envolve mais prática e experiência do que uma pessoa pode absorver, independentemente de sua inteligência e capacidade de observação.

É inegável a importância dessa perspectiva. O Estado deve ter suas atribuições estabelecidas segundo a realidade política, histórico-cultural, social e econômica; diante das infinitas variações de resultados em face de situações imprevistas, as atribuições estatais dependem de um período de aperfeiçoamento e absorção. São diversidades a serem tratadas com cautela: a localização regional, a distribuição de renda, a multiculturalidade, a religiosidade e a origem étnica.

A consolidação das instituições e a segurança jurídica demandam tempo e conhecimento. Todavia, ainda assim, o Brasil avança na complexa interligação transnacional, que impõe convergência.

A tradição constitui-se de uma estrutura de conteúdo obrigatório que muitas vezes não tolera questionamentos. Liga-se a uma “memória coletiva” por meio de uma

“estrutura” para a reconstrução do “tempo passado” que organiza o “tempo futuro” (Lash, 2012, p. 299). A repetição chega a fazer o futuro voltar ao passado e também aproxima o passado para reconstruir o futuro: a tradição é, pois, uma orientação para o passado, que é constituído para ter uma forte influência sobre o presente, mas também diz respeito ao futuro, pois as práticas estabelecidas serão a maneira de organizar o amanhã (Giddens, 2012a, p. 99).

As tradições deveriam persistir porque são boas, e não só porque outras pessoas (aparentemente) nelas acreditaram como tal (Giddens, 2012a, p. 99). Mas há evidências de que indivíduos podem seguir tradições mesmo que tenham razões para crer que sejam ruins; podem seguir tradições arbitrárias sem fazer julgamentos próprios; e há os que não têm confiança nas tradições e as acham ruins, mas que aderem às práticas por pressões reputacionais, que variam da reprovação ao ostracismo, de punições informais a formais (Sunstein, 2010, p. 117). Como exemplo de tradições inadequadas, podemos citar relações permissivas entre Estado e religião, que em certos momentos geraram práticas discriminatórias; houve também atos arbitrários fundados na mera supremacia do poder estatal, antes sustentado por evocação divina.

Com efeito, não é possível afirmar que qualquer tradição seja a melhor alternativa. A práxis corrente pode ser arbitrária e injusta, além de atrapalhar o desenvolvimento do Estado.

Os países industrializados continuam a ter influência nas questões mundiais, mas a globalização é um fenômeno descentralizado, que não está sob domínio e controle de nenhum grupo de países ou de grandes companhias (Giddens, 2010, p. 27). O desenvolvimento da economia informacional global ocorre em contextos culturais/nacionais diversificados – como América do Norte, Europa, Japão, China, Rússia, América Latina –, de influência multicultural (Castells, 2011b, p. 209).

Os problemas de países em desenvolvimento merecem reflexão. Mas a excessiva importância dos costumes e tradições locais incrementa as complicações (Giddens, 2012a, p. 132). O estatismo do Brasil não é exemplo de desenvolvimento: mostrou-se ineficiente e fonte de corrupção. Portanto, estudos científicos devem repensar as práticas tradicionais,

analisar e relacionar fatos ocorridos e perspectivas futuras. É imperioso que se verifiquem as razões por trás das práticas e não as práticas em si.

A tecnologia propicia uma aproximação por afinidade entre as pessoas e até mesmo entre países. A divulgação de dados e conhecimento é descomedida. Assim, as tradições perdem força quanto aos fatos passados e a racionalidade emerge na ampla rede de comunicações transnacionais.

A sociedade agora é em rede. A geração, o processamento e a transmissão de informação são fontes de produtividade e poder (Castells, 2011b, p. 65). Em todos os lados, mesmo nas regiões mais pobres do globo, vemos processos mistos de desenvolvimento, subdesenvolvimento e superdesenvolvimento (Giddens, 2012b, p. 279). E o mundo em mudanças exige a compreensão dos movimentos, a reanálise das antigas teorias e a proposição de novas ideias.

Embora haja diversidade histórica, cultural e institucional nas sociedades informacionais, há características homogêneas nos sistemas sociotécnicos (Castells, 2011b, p. 56). Há um paradigma econômico e tecnológico amplamente compartilhado. A especialização é mutável, desincorporadora, porque se baseia em princípios impessoais, que podem ser determinados e desenvolvidos independentemente do contexto (Giddens, 2012a, p. 132). Assim, conhecimento e habilidades especializados podem se espalhar.

A verificação cosmopolita permite a ampliação da visão sobre o objeto estudado para se obter mais informações sobre o que é correto. O avanço do aprendizado ocorrerá sob fundamentos mais sólidos, por meio de novas teorias; os não tradicionalistas, inclusive, enfatizam que a experiência das gerações atuais também utiliza muitas mentes por meio de argumentos racionais (Sunstein, 2009). Aliás, o direito em Portugal teve origem romana e sofreu influências dos direitos francês, inglês e alemão, entre outros. O Brasil incorporou preceitos do colonizador português e depois lidou com influências de outros locais, como França, Inglaterra, Alemanha e EUA.

Certamente, a análise de variadas práticas, especialmente de estruturas desenvolvidas, merece atenção e pode trazer boas inovações a outras sociedades. As economias mais vivas caracterizam-se pelos “três T”: talento, tecnologia e tolerância

(Giddens, 2007, p. 91). Daí, com a facilidade de comunicação e a análise de dados, podemos extrair os melhores exemplos e informações válidas para casos similares.

Contudo, não é razoável a mera repetição de concepções adotadas em outros locais. Os novos modelos de gestão pública podem funcionar bem em países com democracias e economias avançadas e estáveis, mas não em países com fortes desigualdades, pesado endividamento e déficit fiscal (Saravia, 2009, p. 22). As economias regionais e locais, tal como o Brasil, possuem problemas específicos, que não podem ser resolvidos uniformemente. É uma aparente contradição da globalização, que exige reflexão sobre as novas práticas.

Por conseguinte, as hipóteses devem ser ponderadas e estudadas a fundo, racionalmente. Por exemplo, cautelarmente, em face das características regionais, as novidades podem ser introduzidas aos poucos, com delimitações locais ou temporais.

## **6.2. O Paternalismo Libertário**

### **6.2.1. A Liberdade**

Num mundo caracterizado pelo aumento da complexidade, da dinâmica e da diversidade, o incerto não é exceção: os problemas sociais decorrem de fatores interligados e nem sempre conhecidos; os conhecimentos técnicos e políticos sobre os problemas e as possíveis soluções estão dispersos entre atores; e os objetivos da política não são fáceis de definir e invariavelmente devem ser revistos (Kooiman, 1993b, p. 255). Quanto mais o homem tenta controlar o futuro, mais ele lhe traz surpresas (Menezes, 2010, p. 171).

O estatismo revelou-se uma ideia racionalista de alto custo, sem resultados adequados. Nessa linha, a sobrevivência no mundo de contingência e diversidade só é possível se cada pessoa reconhecer a outra diferente como condição para sua própria preservação (Bauman, 2007, p. 264).

Os indivíduos devem ter responsabilidade pessoal para definir o sucesso de suas vidas, um princípio fundamental que suporta a liberdade de expressão, de consciência, de religião e a política (Dworkin, 2012, p. 344). A liberdade de escolher a vida que queremos



contribui para o nosso bem-estar; mais do que isso, a própria liberdade é algo em si essencial para as pessoas (Sen, 2009, p. 58).

A realidade vigente e realizada vai além do quadro organizacional: inclui as próprias vidas que as pessoas conseguem – ou não conseguem – viver (Sen, 2009, p. 57). Logo, a justiça estatal não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem e querem viver. A importância das vidas das pessoas, das experiências e realizações não pode ser suplantada por instituições e regras.

Novos valores informam a mentalidade pós-moderna: liberdade, diversidade e tolerância (Bauman, 2007). Devemos aceitar as escolhas dos outros, que devem ter liberdade (além de opções de consumo). A diversidade significa mais do que vários estilos de vida econômicos. Uma sociedade política só tem força moral para criar e impor obrigações aos seus membros se os tratar com preocupação e respeito iguais; se a vida das pessoas for igualmente tratada como importante e se for respeitada cada responsabilidade individual (Dworkin, 2012, p. 338).

Um círculo fechado de ideias perde sua capacidade de responder com energia ou imaginação a novos desafios (Judt, 2011, p. 152). Onde reina a tolerância, sob a fórmula “viva e deixe viver”, a diferença não é estranha nem ameaçadora (Bauman, 2007, p. 283). E as pessoas criativas gravitam para locais que ofereçam condições para seu estilo de vida. Há, pois, uma proporção elevada de migrantes qualificados, que preferem recreação ativa e participativa e uma cultura de rua, como cafés, restaurantes, galerias e teatros (Giddens, 2007, p. 91).

Por outro lado, deixar a justiça de lado significa negar assistência a quem necessita. Os meios não podem se sobressair aos valores. Há muitos cidadãos frustrados ou excluídos que ainda têm de alcançar a liberdade; há aspectos frágeis, negligenciados e desprezados na vida de todos (incluindo os cidadãos pretensamente livres) que precisam da proteção comunitária, como as questões ambientais (Bauman, 2007).

O mero deslocamento da responsabilidade pública para o setor privado pode não ser benéfico. O desprezo ao interesse público pode enfraquecer a ligação da comunidade. A sociedade exige, pois, uma atuação estatal que garanta as liberdades e ofereça subsídios

para o acesso igualitário aos direitos fundamentais e oportunidade de crescimento. Requer justiça “centrada em realizações” sociais com o escopo de remover as injustiças (Sen, 2009, p. 45). Assim, a AP continua a ser indispensável para realizar funções essenciais do Estado, como manutenção da ordem e resguardo dos grupos mais vulneráveis (Cheema, 2005, p. 4). Mas deve adaptar suas estruturas e funções para responder ao novo contexto social.

### **6.2.2. *Os Arranjos Governamentais Libertários***

Para que um governo seja legítimo, deve subscrever dois princípios dominantes: mostrar igual preocupação com todas as pessoas sobre quem reivindica domínio e respeitar o direito e a responsabilidade das pessoas de decidirem por si sobre como fazerem da vida algo de valioso (Dworkin, 2012, p. 14). As pessoas devem ser livres e até ter a opção de fazerem coisas indesejáveis, como fumar.

No entanto, o governo tem um papel fundamental de aperfeiçoar a liberdade de escolha, especialmente de forma não intrusiva. Deve, por exemplo, oferecer (mais) informações de qualidade, pois não basta jogar infinitos dados e opções sobre os cidadãos, que não são conhecedores dos meandros especializados (Sunstein e Thaler, 2008, p. 5).

É legítimo que o Estado tente influenciar o comportamento a fim de oferecer melhores condições de vida. Deve arquitetar e esclarecer as melhores escolhas para os cidadãos: é o aspecto paternalista. Mas o Estado corre o risco de não conhecer a fundo todos os assuntos, não ser especialista, além de não estar apto a acompanhar todas as mudanças. Por isso, o paternalismo deve ser libertário: as indicações não devem ser rígidas e as pessoas devem ter liberdade para outras opções (Sunstein e Thaler, 2008, p. 5).

Quem rejeita o paternalismo afirma que os seres humanos são seres racionais e devem agir por si; devem ser “totalmente” livres. Alegam que, se as pessoas não sabem fazer boas escolhas, o Estado muito menos, pois não seria habilidoso nem benévolo. Todavia, constantemente, as pessoas fazem escolhas ruins e inúmeros estudos confirmam que as previsões dos cidadãos comuns são falhas (Sunstein e Thaler, 2008).

Um exemplo é a tendência na manutenção do *status quo*. As pessoas podem se manter ocupadas com outras situações do mundo complexo, e não ter ânimo para alterar sua vida. A maioria segue padrões de escolha pré-definidos em razão da facilidade da inércia, como ocorre na renovação automática de assinatura de revista ou na configuração do celular pré-programada pelo fabricante. As pessoas também se sentem mais seguras mantendo o *status quo*, pois odeiam perdas. Normalmente, a tristeza pela perda de algo é duas vezes maior do que a alegria proporcionada pelo ganho da mesma coisa; e essa aversão ao prejuízo funciona como pressão contra mudanças, ainda que sejam favoráveis (Sunstein e Thaler, 2008).

Com efeito, as decisões nem sempre são racionais. E os empresários aproveitam-se da fragilidade humana para obter lucro. O aprendizado é fácil quando há retorno imediato com a tentativa, mas infelizmente muitas escolhas não permitem uma segunda análise: processos longos não oferecem adequado *feedback*. Por exemplo, uma pessoa com dieta desequilibrada ou que fume por várias décadas pode ter um ataque cardíaco sem chance de recomposição. Assim, as orientações estatais são especialmente importantes no caso de decisão difícil e rara, com *feedback* demorado, em escolhas com efeitos retardados ou cuja relação entre a escolha e a experiência seja ambígua (Sunstein e Thaler, 2008). Deve haver, pois, prevenção, instrução ou provocação dos cidadãos sobre os potenciais efeitos das atividades.

A ação estatal deve ser legítima. É importante que interfira o mínimo na vida das pessoas, evite ordens e proibições. Também deve ser fácil e barata, pois o Estado já está sobrecarregado. Assim, o ideal é que seja uma mera orientação – ou cutucada (Sunstein e Thaler, 2008, p. 6).

Melhorar o *feedback* para os consumidores por meio de informações adequadas é uma providência libertária. Há estratégias baratas e pouco intrusivas, como a política de divulgação dos riscos do cigarro, inclusão de rótulos de risco em fármacos e alertas em produtos que destroem a camada de ozônio (Sunstein e Thaler, 2008).

Pesquisas também demonstram que influências sutis ou a remoção de pequenos obstáculos podem facilitar a vida. Por exemplo, nos EUA, alunos universitários receberam informações sobre riscos do tétano e a importância de ser vacinado no centro de saúde,

mas apenas 3% tomaram a injeção; outras pessoas da mesma preleção ganharam uma cópia do mapa com a localização do centro de saúde, e pediu-se que planejassem o horário para ir e o caminho a ser seguido: com esses estímulos, 28% tomaram a injeção (Sunstein e Thaler, 2008).

A arquitetura de escolhas programada pelo Estado pode tornar transparentes gastos dos cidadãos por meio de mapeamentos simplificadores, como o RECAP: Registre, Examine e Compare Alternativa de Preços (Sunstein e Thaler, 2008). Não é fácil saber o custo do cartão de crédito, cheio de “benefícios” (como programa de milhagem) e com custos dispersos; o mesmo ocorre quanto ao telemóvel, com tarifas de uso local e longa distância, mensagens, internet, limite de dados; na compra de carros há custos de garantia, manutenção, revisão, impostos, seguro, combustível, taxa de financiamento; o mesmo ocorre no financiamento de imóveis, seguro de saúde etc. Mas não é adequado que o Estado fixe os preços, pois são operações complexas e dinâmicas, que dependem da competitividade e do momento do mercado. Assim, é interessante que se exija das empresas um mapeamento dos custos por meio de planilha simplificada, a apontar os valores mais relevantes – e não um longo e ininteligível documento em letras minúsculas. Com baixo custo, pois, a planilha RECAP seria preparada ano a ano pelas empresas e disponibilizada aos interessados.

Estudos revelam que, quando as opções são ampliadas ou variam, as pessoas tendem a adotar estratégias de simplificação. Assim, os arquitetos de escolhas estatais devem analisar dados complexos e facilitar a escolha das pessoas, como fazer as seguintes perguntas: “quem usa?”, “quem escolhe?”, “quem paga?”, “quem lucra?”. A disponibilização de poucas alternativas, se bem compreendidas, facilita o exame dos atributos e problemas, a permitir efetivas comparações. Uma pesquisa foi aplicada na escolha de escolas públicas nos EUA, que permitiu a concorrência por mais qualidade e melhoria dos gastos públicos: foram oferecidas aos pais informações simples, mas de qualidade, por meio de uma listagem com a pontuação média em testes e taxas de aceitação das escolas (Sunstein e Thaler, 2008).

No caso dos planos de saúde, por exemplo, pode-se incentivar as pessoas a fazerem escolhas saudáveis. Pode haver prêmios ou descontos se o participante fizer

exercícios numa academia ou obtiver resultados favoráveis na medição da pressão ou quanto ao índice de gordura; a mesma ideia pode ser aplicada em face de adolescentes que não engravidam ou crianças que fiquem matriculadas nas escolas, pois são imensos os custos sociais da gravidez prematura e do analfabetismo (Sunstein e Thaler, 2008).

O empurrão ou cutucada estatal também é essencial no caso do plano de previdência privado, pois os cidadãos devem poupar para o futuro. O Estado pode eleger um plano de previdência automático, que entender mais adequado. Entretanto, deve deixar a pessoa escolher outros. Nos EUA, o programa “Poupe Mais Amanhã” permite o aumento progressivo da contribuição, a usar cinco princípios psicológicos: muitos acham que deveriam poupar mais, mas nunca o fazem; é mais fácil adotar restrições de autocontrole se forem para o futuro; ninguém gosta de ver o contracheque diminuir; as perdas são mais sentidas se ocorrerem em dinheiro nominal; a inércia tem um papel poderoso. Assim, o programa convida os participantes a se comprometerem com os aumentos das contribuições sincronizados com os futuros aumentos salariais; quando combinado com a inscrição automática (mas de possível desistência), a configuração tem altas taxas de participação e poupança (Sunstein e Thaler, 2008).

O Estado também pode direcionar as práticas sociais ao informar o que os outros cidadãos estão fazendo (Sunstein e Thaler, 2008). Uma experiência realizada nos EUA produziu grandes mudanças de comportamento no pagamento de tributos: foram feitas várias intervenções em grupos homogêneos de contribuintes e a que obteve o efeito mais expressivo referia-se ao encaminhamento da singela informação de que 90% dos habitantes haviam cumprido suas obrigações. Os contribuintes, quando informados de que outras pessoas agiam de acordo com a lei, tornam-se menos propensos a trapacear. Outro estudo foi realizado para diminuir o consumo de álcool e cigarro: campanhas enfatizaram que a maioria dos cidadãos não bebia nem fumava, a tentar corrigir ideias falsas de que a maioria das pessoas o fazem, e a estratégia gerou ajustes na percepção social e reduções significativas no consumo de bebidas alcoólicas e tabaco. Mais uma pesquisa exitosa foi feita para a redução do consumo de energia: aos usuários foram encaminhados formulários sobre o consumo de energia médio das famílias e, nas semanas seguintes, os usuários que estavam acima da média reduziram significativamente seu consumo; inclusive, os que também receberam um sinal não verbal (“*emotion*” triste) reagiram melhor. (Os que

estavam com consumo baixo de energia aumentaram o consumo ao saberem disso; assim, não é recomendável que as pessoas saibam que suas ações são melhores do que a média.)

Outro exemplo interessante também se refere ao controle no gasto de energia. Nos EUA, foi feito um teste em que as pessoas recebiam uma bola que ficava vermelha quando se usa muita energia e verde com o uso modesto: em face da informação, os usuários reduziram o consumo em 40% no período de pico (Sunstein e Thaler, 2008).

Igualmente são expostas medidas flexíveis quanto ao meio ambiente. No “Sistema de Limitação e Negociação”, aqueles que recebem (ou compram) “direitos” para poluir com certos limites podem negociá-los no mercado, tendo liberdade de escolha; quem quiser evitar o pagamento pode deixar de poluir; e, ainda, “permite-se” a poluição, desde que se pague pelo dano social. Cada um terá a liberdade de escolher o melhor custo-benefício para sua atividade e quem não polui pode lucrar, a vender sua “cota” (Sunstein e Thaler, 2008).

Evidentemente, o Estado pode errar. Pode não acompanhar os conhecimentos ou não tê-los; os políticos ou burocratas podem agir segundo seus próprios interesses ou ceder a grupos privados; e os céticos temem que as intervenções tendam a aumentar, a permitir campanhas de manipulação, coerção e excesso de proibições. Por isso, a imposição estatal, fundada no tradicional comando e controle, não deve ser a regra. Deve ser mantida a liberdade de escolha com o menor custo possível. O paternalismo libertário é, pois, fraco e não intrusivo: as escolhas não são bloqueadas ou sobrecarregadas, apenas direcionadas (Sunstein e Thaler, 2008, p. 6).

Inclusive, em muitos casos, a orientação é inevitável. A psicologia destaca ser impossível que campanhas informativas e educacionais sejam “neutras” e, assim, o caminho bem informado garante a real liberdade de escolha (Sunstein e Thaler, 2008).

Certamente, o potencial para a boa orientação depende da capacidade do arquiteto de escolhas para prever o melhor. As pessoas devem ser conscientizadas a fazer a escolha certa para uma vida mais satisfatória, mais saudável. Assim, o incremento da *accountability* é essencial para garantir o mérito da proposta estatal. Devem ser previstas regras que mitiguem fraudes e abusos, promovam a competição saudável, restrinjam o

poder de grupos de interesse e criem incentivos para a busca pelo interesse público. A responsabilidade do agente público deve, pois, ser muito mais transparente e controlada, a diminuir erros ou parcialidades.

### **6.2.3. *Equilíbrio entre Público e Privado***

Há séculos, a modernidade do Estado foi caracterizada pela organização formal, unidade interna e soberania, com o sistema jurídico constitucionalmente unificado e centralizado. O Estado é uma criação artificial que reforça o dualismo entre Estado/sociedade civil (Santos, 1990, p. 20).

A sociedade civil foi concebida como domínio da vida econômica, de relações espontâneas orientadas por interesses privados (Santos, 1990, p. 20). Mas no mundo globalizado, os padrões não são mais dominados pelos atores estatais. O poder está aberto e influenciado por atores diversos.

A distinção entre público e privado está ligada à prática política ocidental desde a antiguidade. Pregava-se uma rígida separação entre as esferas pública e privada; e um dos polos era detentor do poder legitimado na lei. Mas esse dualismo nunca foi inequívoco, demonstrou contradições e está sujeito a crises (Santos, 1990, p. 20).

As interações e interdependências esfumaçam a fronteira entre responsabilidade pública e privada. Há o entrecruzamento e a pluralização da atuação; o binômio público-privado está disperso e está difícil dividir atores com agendas mistas.

A crescente interconexão reforça a importância da esfera privada para a criação e a aplicação de normas. Ao expandir-se além dos seus aparelhos burocráticos, por meio de redes sociais informais, o Estado torna-se mais informal e particularístico, menos organizado; assume características antes consideradas exclusivas da sociedade civil; e esse processo – uma situação vista como transição pós-moderna – depende de novos paradigmas conceituais que permitam captar a novidade (Santos, 1990).

Entretanto, a distinção entre público e privado mantém-se como essencial para a análise da sociedade, da política e do direito. A separação entre a esfera pública e a privada

é ainda a instituição social, servida pela cultura e por uma certa visão do mundo e da história, a indicar-nos que há tarefas que deve ser o Estado a assumir, missões que são essencialmente públicas, que correspondem à mais profunda razão de ser e da existência do próprio Estado (Gonçalves, 2008b, p. 231).

Devemos nos livrar da noção de que o Estado é a pior opção (Judt, 2011, p. 190). A concepção dele marginalizado em face das mudanças contemporâneas é exagerada. É fácil argumentar que, nas últimas décadas, o pêndulo voltou a oscilar na direção da sociedade civil, mas o argumento é perigoso, pois o orçamento estatal aumenta, a legislação reguladora acumula-se e, ainda, o Estado permanece presente e atuante, mas sob novas situações de regulação (Santos, 1990, p. 23).

O Estado ainda é a instituição política respeitável. Internamente, é uma importante fonte de energia para mudanças e organização política e social, possui ramificações de legitimidade que nenhuma instituição tem e o monopólio do uso legítimo da força, pois é o único capaz de fazer cumprir a lei por coação. Assim, é um fator decisivo no processo de transformação social. Internacionalmente, é reconhecido como legítimo representante do povo.

Portanto, não se prega o Estado mínimo, voltado à garantia da liberdade e da segurança de poucos. “O modelo neoliberal é tão falho quanto o socialismo burocrático”: o mercado não garante prosperidade econômica nem justiça social e o estatismo privilegia o corporativismo e a ineficiência (Cademartori *et al.*, 2008, p. 148).

Por outro lado, o Estado não ressurgue com a prepotência de fazer todas as coisas. A boa regulação não é nem máxima nem mínima, mas adequada. Por meio de incentivos, orientações e parcerias com o setor privado, o Estado deve ser modesto: já está inchado e não pode controlar tudo; tem limitações econômicas, técnicas e de recursos humanos.

A ação estatal não pode suprimir o conhecimento nem a iniciativa individuais. Deve focar, pois, em situações que os indivíduos não possam solucionar, como garantir liberdade, equalizar a desigualdade na distribuição de riqueza e prover condições mínimas de dignidade às pessoas; subsidiariamente, deve agir em face dos problemas que os atores privados não conseguem ou não têm interesse em resolver.



É inegável a tendência mundial de um Estado menos intervencionista e mais amigável quanto ao mercado, mas isso não significa seu fim ou a declaração de sua inutilidade. Atores não governamentais não podem ser relegados à absoluta autonomia, pois a total descoordenação traz ineficiência; outrossim, há hipossuficientes a serem protegidos. O paternalismo libertário é, pois, uma base promissora em muitos setores, com menos restrição e mais liberdade de escolha (Sunstein e Thaler, 2008, p. 14).

Também não é cabível a centralização do planejamento, sob visão controladora e burocrática. A implementação de políticas públicas requer o entendimento de sua complexidade: é uma sequência de procedimentos que dependem de uma cadeia de interações recíprocas que nem sempre pode ser prevista ou controlada (Oliveira, 2008). Então, na sociedade em rede, deve haver comunicação entre os atores, a exigir atuação colaborativa num processo de construção de confiança, com informações precisas, transparência, ética, temperança, vontade de negociar em busca de soluções e aceitação de visões diferentes.

Em vez de determinar ações, o “Estado pós-heroico” proporciona convenções para a prossecução do bem comum (Canotilho, 2006, p. 148). É, pois, um Estado sob nova roupagem. Deixa de ser o motor central das transformações, mas não abandona o dever de garantir direitos fundamentais e respeito à ordem.

O direito deve continuar a fornecer instrumentos para impedir que as pessoas sejam transformadas em objeto ou que sua dignidade seja pervertida (Canotilho, 2006, p. 159). Mas deve se atualizar dinamicamente em face dos avanços sociais. Logo, o pluralismo jurídico revela que vivemos em diferentes comunidades organizadas em redes de legalidade, ora paralelas, ora sobrepostas, ora complementares, ora antagônicas (Santos, 1990, p. 36). Estamos num tempo de interações, de um direito constituído em múltiplas redes de juridicidade, em constante transição.

O direito deve ter modificações para conseguir adequação funcional ao seu ambiente, absorver as contingências que se apresentam (Cademartori *et al.*, 2008, p. 133). Então, ao contrário do que proclama a dogmática jurídica tradicional, a continuidade da importância do direito estatal pressupõe a não exclusividade e a não unicidade: sua eficácia

reside em ter de negociar com os direitos emergentes das relações sociais (Santos, 1990, p. 34).

O Estado moderno tinha tornado irrelevante as produções não estatais de direito. Porém, agora, a hermenêutica crítica deve problematizar esse monopólio, identificar os contextos sociais que o põem em causa (Santos, 1990, p. 32). O governo também não deve ser radicalmente conservador a ponto de proibir qualquer devaneio reformador, nem tão reformador para abandonar as conquistas da sociedade. Deve ter equilíbrio. Essa é a proposta de *guidance*, que traz mais qualidade à regulação ao permitir que os atores interessados possam interagir de forma flexível e dinâmica, sem que o Estado perca sua relevância.

Japão, China, Brasil e EUA são sociedades informacionais, e deverão ser ainda mais, pois os principais processos de geração de conhecimentos, produtividade econômica, poder político-militar e a comunicação via mídia estão profundamente transformados pelo paradigma informacional e conectados às redes globais de riqueza, poder e símbolos que funcionam sob essa lógica (Castells, 2011b, p. 57). Mas, no caso do Brasil, ainda há um passo preliminar a ser construído, de busca pela tecnicidade da AP. Impõe-se, assim, para além das diretrizes constantes na ordem econômica, a caça pela estruturação da governança brasileira (Guerra, 2012, p. 99).

O mundo pós-moderno impõe o deslocamento de questões complexas para especialistas. As operações que dependem de escolhas de natureza técnica não devem ser reservadas à lei estrita, pois a realidade econômica e tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas jurídicas (Guerra, 2012, p. 96). Ademais, não há razão para a negativa de transferência de atividades econômicas à iniciativa privada, onde brota natural competitividade e eficiência, desde que se possa fiscalizar a qualidade dessa prestação e garantir acesso aos hipossuficientes.

Destarte, a sociedade brasileira necessita de governança pública para atingir resultados claros e transparentes. Devem existir objetivos bem definidos: o acompanhamento das metas deve ser realizado por indicadores de desempenho, métricas e índices, que forcem o abandono do casuísmo e traduzam as ações em melhores condições de vida para o povo (Guerra, 2012, p. 26-27).

Outrossim, no Brasil, a ER deve ter efetiva autonomia técnica, inclusive com leis mais genéricas e prospectivas. A política deve traçar linhas gerais e permitir que o regulador tenha flexibilidade para executar sua atividade, a considerar dados técnicos disponíveis e testados, circunstâncias fáticas de aplicação e impactos prospectivos multilaterais do ato (Guerra, 2012, p. 131).

Com efeito, tendo em vista que o Brasil insere-se na sociedade globalizada, temos como possível a introdução da *guidance*. Por outro lado, não se pode negar que muitas vezes o Estado deve agir de forma rígida. Há situações em que o poder público deve utilizar sua legitimidade para reunir, organizar e distribuir recursos públicos e impor decisões, sob risco de esfacelamento da sociedade (como ações policiais, cobrança de impostos e socorro em caso de desastres). O Estado ainda é um agente estratégico de coordenação, que deve saber usar a dinamicidade e a eficiência social em benefício da coletividade. Portanto, deve-se introduzir o novo, extrair o melhor dos modelos tradicionais, reformulá-los e recombina-los.

## 7. CONCLUSÃO

A densificação da globalização é inegável diante da crescente integração entre os países, assim como pelo desenvolvimento transnacional de organizações intergovernamentais e não governamentais, que aceleram o movimento de capital, bens e serviços. Esse processo intensificou a interação entre atores em rede, a fomentar interdependência em vários níveis: culturais, econômicos e políticos.

O desenvolvimento da TIC influenciou esse processo. Houve incremento exponencial dos sistemas de processamento de dados e da internet, a permitir a disseminação do conhecimento, da produção tecnológica e da movimentação de dinheiro eletrônico. Nos países mais integrados à rede da globalização, designadamente naqueles que fazem parte da UE, edificou-se uma sociedade hipercomplexa, num conjunto de nós interconectados, em que cada sistema tem objetivos e regras de funcionamento próprios, mas com flexibilidade, adaptabilidade e capacidade de autorreconfiguração.

A sociedade atinge um novo estágio ao perceber que o aumento de conhecimento expande a necessidade de seu aprofundamento em setores cada vez mais especializados e desconhecidos, uma vez que não há fronteiras para seu desenvolvimento. Com o aprofundamento do conhecimento e sua análise reflexiva, podemos apontar que as sociedades conectadas estão na pós-modernidade, onde se avolumam o pluralismo, a complexidade, a fragmentação, a indeterminação e a necessidade de tolerância.

Há profundas transformações sociais e nos sistemas circundantes: assumem relevância atores não estatais, empresas transnacionais emergiram com colossal força econômica e o Estado não é mais o centro de poder. Isso ocasionou novos influxos na AP, pois o Estado já não pode assumir todas as tarefas de conformação social.

Como não conseguiram satisfazer a coletividade, o Estado social e a burocracia weberiana foram contestados. A AP teve de se preparar para atuações mais especializadas em redes horizontais, com intercâmbios entre atores públicos e privados, ao invés de focar em estruturas hierárquicas. Mas isso não significa o fim do Estado nem seu abandono. Ele se transforma em regulador, garantidor.

Em Estados mais conectados com a globalização, o novo direito administrativo tende a mirar na melhor forma de otimizar o bem-estar social, a espriar-se por diferentes perspectivas no plano organizatório, funcional e de controle; prega parcerias com o setor privado e delega tarefas, além de incentivar, orientar e controlar as atuações privadas de interesse geral.

O NPM buscou trazer maior agilidade, flexibilidade e eficiência: apontou para a necessidade de um Estado reduzido, mais próximo do mercado e racional economicamente, pois a limitação dos recursos (pessoais, econômicos e naturais) exige maior cuidado no seu dispêndio, inclusive quanto ao local, o melhor momento e a forma de se gastar. Os limites da atuação estatal exigiram uma aproximação com os atores privados, a também usar essa força produtiva em prol da coletividade. Assim, tendeu-se ao abandono das posições hierárquicas de única via para se aproximar da administração gerencial horizontalizada.

A necessidade de decisões de alta qualidade técnica, que utilizem prudentemente os recursos públicos, proporcionem confiança aos cidadãos e ofereçam segurança jurídica aos investidores, impôs a diferenciação da macroestrutura estatal. Então, as entidades reguladoras (econômicas) foram criadas sem controle hierárquico da AP direta para absorver a racionalidade do mercado, a corrigir suas falhas e dissolver assimetrias de informação. Mas a ER mantém-se como pessoa jurídica de direito público, com a função de também assegurar os interesses dos cidadãos. Assim, a direção política não deve interferir nas decisões concretas especializadas, mas é importante que estruture, em termos gerais, cada ER e coordene o sistema administrativo fragmentado, a contribuir para o reforço da capacidade reflexiva em função do bem comum.

Legitimidade significa credibilidade e aceitação social, uma percepção generalizada de que as ações produzidas são adequadas. Assim, agora, a *accountability* pública centra-se na atenção a padrões de qualidade, à transparência no uso dos recursos e a revisões das atividades que não alcançaram os objetivos fixados. Deve-se avaliar, mensurar e controlar os resultados materiais produzidos nas atividades de interesse público. Inclusive, em face da extrema dinamicidade social e alteração tecnológica dos

setores econômicos, é importante que sejam adotados mecanismos flexíveis, capazes de reagirem aos *feedbacks* a contento.

Mais recentemente, nas sociedades globalizadas, a governança estatal ascendeu com o objetivo de promover a boa gestão pública: qualidade da atividade pública com transparência, abertura, responsabilidade, coerência e eficiência. Mais a fundo na integração social, a cogovernança tende a aproveitar mecanismos de interação social para promover uma regulação horizontalizada, em que cada ator contribua segundo sua melhor qualidade; emergiu, pois, um arranjo fundado na comunicação, na colaboração e na cooperação entre agentes públicos e privados, sem um elemento dominador.

A boa relação entre os atores é fundamental para a promoção de um sistema eficiente, desburocratizado e flexível. Emerge o *soft law* como uma forma de direito não impositivo, apresentada pelo próprio sistema jurídico, pelo mercado ou por uma organização não governamental como recomendação ou aconselhamento. Em regra, há prévia negociação e o direito ajustado entre os interessados não é apresentado numa fórmula rígida; sua força surge do contexto dialógico de construção, apresentação e exigência. Funda-se na relação de confiança promovida entre os atores envolvidos (inclusive, por questões morais e sob necessidade de se fazerem parte do mercado regulado). Assim, *soft law* completa espaços normativos segundo a lógica de cada setor especializado, sem que haja a quebra de coerência, e dá brando sentido às disposições do ordenamento, a minorar violações às normas.

No âmbito da regulação colaborativa, a orientação normativa moldada sem a pretensão de comando e controle denomina-se *guidance*. É uma atividade dirigida ao mercado, mas construída com ele, que objetiva trazer previsibilidade e flexibilidade à regulação. De uma forma não impositiva, pretende conformar a atividade dos atores econômicos em busca de homogeneidade e certeza. Traz, pois, regularidade à atividade administrativa, a preencher espaços abertos pela lei, por meio de uma atuação especializada que utiliza o conhecimento e a experiência do mercado. Como é um instrumento maleável, a inovação tecnológica não é prejudicada.

O Brasil é um país de dimensão continental em desenvolvimento, abarrotado de entraves econômicos, políticos e sociais (como baixos índices de escolaridade, difícil

acesso à saúde e carência de saneamento básico). A presença do Estado é fundamental para reduzir as desigualdades sociais e construir um mercado apto a competir externamente. Ademais, a maioria de seus cidadãos não está integrada à sociedade globalizada, a possuir preocupações ligadas à sobrevivência digna. O Brasil possui, pois, peculiaridades histórico-culturais que devem ser respeitadas. Mas o excessivo estatismo do Brasil não trouxe progresso: mostrou-se prejudicial, ineficiente, fonte de corrupção, clientelismo e patrimonialismo.

Na economia globalizada, há um esfumaçamento de fronteiras, e características homogêneas tendem a se espalhar. Conhecimentos e habilidades especializados propagam-se por se basearem em elementos científicos impessoais. Assim, o presente estudo busca uma reflexão sobre as práticas tradicionais e aquelas mais avançadas, a analisar e relacionar fatos e perspectivas futuras.

No campo do direito, a análise de mecanismos locais que consideremos desenvolvidos, no mínimo, merece atenção, pois podem ser verificados seus fundamentos e adaptados a cada realidade. Aliás, as concepções de Estado e de direito foram desenvolvidas na sociedade ocidental durante milênios, utilizadas e aperfeiçoadas por cada país. Destarte, a *guidance*, como uma prática flexível que permite diálogo edificante entre mercado e ER, merece especial verificação mesmo em locais em desenvolvimento. A sociedade exige mais diálogo e repele atos impositivos.

Inclusive, não pregamos uma negação do Estado ou do direito tradicional, nem uma quebra das relações histórico-culturais. O novo deve trabalhar numa relação simbiótica (por exemplo, inicialmente, pode haver experimentos pontuais e verificar seus resultados).

A sociedade brasileira carece de governança pública orientada para atingir resultados específicos e transparentes. A simplificação, a limpidez da ação e a redução dos recursos envolvidos, naturalmente, dificultarão a corrupção. Com eficiência e metas pré-definidas e exigíveis, será possível ao Estado oferecer melhores condições de vida.

Sob o aspecto paternalista, o Estado pode arquitetar e esclarecer as melhores escolhas para os cidadãos. Mas o paternalismo deve ser libertário, pois o Estado não pode

oprimir a criatividade, a responsabilidade nem a liberdade individuais. A fim de não interferir na dinâmica social, as indicações não devem ser rígidas e pessoas ainda devem poder escolher. Assim, a conversa com os atores sociais trará mais noção de comunidade e facilitará a obtenção de legitimidade.

Por limitações de tempo e espaço, o estudo sobre a (nova) função administrativa em sociedades complexas concentrou-se em aspectos teóricos interdisciplinares. Evidentemente, o assunto não foi esgotado nem seria possível. Logo, novas interpretações e avaliações específicas devem ser realizadas, inclusive com experimentos práticos.

Por fim, realçamos que a globalização é um fato, mas suas causas, responsáveis e efeitos ainda são obscuros. O papel estatal, sua dimensão adequada e a forma de interação com os atores sociais não foram totalmente esmiuçados, destacadamente quanto à necessidade de redução das desigualdades sociais e de manutenção do caráter comunitário da sociedade. Democracia e legitimidade demandam, pois, novas explanações. Ou seja, ainda há muito a se aprofundar.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABU-EL-HAJ, Jawdat. “Robert Dahl e o dilema da igualdade na democracia moderna”. *Análise Social*. Vol. XLIII. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2008. P. 159-180.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços Públicos: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

ALENCAR, Leandro Zannoni Apolinário de. “Congresso Nacional: a Geni da política brasileira é descartável?”. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: ano XVII, nº 395, jul. 2013a. P. 46-48.

\_\_\_\_\_. “Ensaio sobre a Escolha do Procurador-Geral sob a ótica da Teoria dos Sistemas Autopoieticos”. *Fórum Administrativo Direito Público*. Belo Horizonte: ano 13, nº 152, out. 2013b. P. 27-40.

ARAGÃO, Alexandra. “A Governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?”. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lucas Pires*. Coimbra: FDUC, 2005. P. 105-166.

ARGIROFFI, Alessandro; AVITABILE, Luisa. *Responsabilità, Rischio, Diritto e Postmoderno: percorsi di filosofia e fenomenologia giuridica e morale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.

AVELÃS NUNES, A. J. *A Constituição Europeia: A Constitucionalização do Neoliberalismo*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10a edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALDWIN, Robert. *Rules and Government*. Oxford and New York: Clarendon Press Oxford, 1995.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation – Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Lisboa: Antropos, 2007.

\_\_\_\_\_. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony Giddens; LASH, Scott. “Prefácio”. In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012.

BECK, Ulrich. “A Reinvenção da Política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva”. In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012a. P. 11-89.

\_\_\_\_\_. “Autodissolução e autorrisco da sociedade industrial: o que isto significa?” In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva – Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012b. P. 259-272.

\_\_\_\_\_. *O que é Globalização? Equívocos do Globalismo – Resposta à Globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BIBER, Eric. *Multiple Agencies and the Future of Administrative Law Scholarship*. Boston: Harvard Law Review, Vol. 125/1131, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLACK, Julia. *Critical Reflexions on Regulation*. London: Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, 2002.

\_\_\_\_\_. “Legitimacy, Accountability and Polycentric Regulation: dilemmas, trilemmas and organisational response”. In PETERS, Anne; KOECHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till; ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel (Ed.). *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 2009. P. 241-269.

\_\_\_\_\_. “Procedimentalizando a Regulação: Parte I”. Trad. Denise Vitale Mendes. In MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006a. P. 141-166.

\_\_\_\_\_. “Procedimentalizando a Regulação: Parte II”. Trad. Denise Vitale Mendes. In MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006b. P. 167-203.

\_\_\_\_\_. *Talking About Regulation*. Oxford: Public Law, Sweet & Maxwell, 1998.

\_\_\_\_\_. *Rules and Regulators*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

\_\_\_\_\_. “Tomorrow’s Worlds: Frameworks for Understanding Regulatory Innovation”. In BLACK, Julia; LODGE, Martin; THATCHER, Mark (Edited). *Regulatory Innovation – A comparative Analysis*. Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2005b. P. 16-44.

\_\_\_\_\_. “What is Regulatory Innovation?” In BLACK, Julia; LODGE, Martin; THATCHER, Mark (Edited). *Regulatory Innovation – A comparative Analysis*. Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2005a. P. 1-15.

BOCHENEK, Antônio César. “A Governância e o Princípio da Coerência: Considerações Preambulares”. *Revista de Doutrina do TRF 4*. Porto Alegre: n. 23, abril/2008. Disponível na internet: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Antonio\\_Bochenek.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Antonio_Bochenek.html). Acesso em 16.07.2013.

BONNY, Yves. “La Gouvernabilité, entre Mutations de la Normativité et perte de Normativité”. PALAU, Yves (direction). *Gouvernance et Normativité – La Gouvernance des Sociétés Contemporaines au Regard des Mutations de la Normativité*. Québec, Presses de l’Université Laval, 2011. P. 13-28.

BOSELDMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability*. Burlington, USA; Surrey, England: Ashgate, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar no Mandado de Segurança nº 24725. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 2.2.2004, p. 91. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 4 de junho de 2014.

BURKE, Edmund. *Reflections on The Revolution in France: and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event in a Letter Intended to have been sent to a Gentleman in Paris*. 1790. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 4 de julho de 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CADEMARTORI, Sérgio de Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Governança Sustentável: Novos Paradigmas Sistêmico e Neoconstitucional*. Curitiba: Juruá, 2008.

CALLAND, Richard; KOEHLIN, Lucy. “Standard setting at the cutting edge: an evidence-based typology for multi-stakeholder initiatives”. In: PETERS, Anne; KOEHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till; ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel (Ed.). *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 2009. P. 84-112.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. “O Administrado e suas Máscaras”. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. I. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. P. 307-318.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Um Livro Branco*. Bruxelas: 2001. Disponível na internet: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001\\_0428pt01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0428pt01.pdf). Acesso em 17 de fevereiro de 2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito Administrativo: Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração*. Belo Horizonte: Editora Jus Podium, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Trad. Ilse Paschoal e Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Administrative Law without the State?: The Challenge of Global Regulation*. New York University Journal of International Law and Politics. New York: 6-nov-06. P. 663-694.

\_\_\_\_\_. *Oltre lo Stato*. Roma: Editori Laterza, 2006b.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2011b.

\_\_\_\_\_. “La Teoria de la Sociedad Red”. In CASTELLS, Manuel (ed.). *La Sociedad Red: Uma Visión Global*. Trad. Francisco Muñoz de bustillo. Madrid: Alianza Editorial, 2006. P. 27-78.

\_\_\_\_\_. Prefácio à edição de 2010. Trad. Marcelo Lino. In: CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2011a. P. I-XXX.

CAVALCANTI, Bianor Scelza. “A Gerência Equalizadora: Estratégias de Gestão no Setor Público”. In MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna (Org.). *Estado e Gestão Pública: Visões do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: FGV, 2007. P. 277-312.

CHEEMA, G. Shabbir. “From public administration to governance: the paradigm shift in the link between government and citizens”. *6th Global Forum on Reinventing Government – Towards Participatory and Transparent Governance*. Seoul: May 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. “Administração Pública e a nova Lei de Acesso à Informação”. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013. P. 1-23.

COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. “Da Ressurreição do Consenso Tácito à Morte da Vontade Política Pública”. In COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe (coord.). *Colóquio*

*Internacional: Autoridade e Consenso no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2002. P. 11-27.

\_\_\_\_\_. *Mito e Realidade da Transparência Administrativa*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o Direito – I: Da Modernidade à Postmodernidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. “500 Anos de direito administrativo brasileiro”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2012.

DICIONÁRIO Michaelis. Disponível na Internet:: <[www.uol.com.br/michaelis](http://www.uol.com.br/michaelis)>. Acesso em 31 de janeiro de 2014.

DUNSIRE, Andrew. “Modes of Governance”. In KOOIMAN, Jan (Org.). *Modern Governance: New Government – Society Interactions*. London: Sage, 1993. P. 21-34.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESTEVE PARDO, José. Prólogo. In SARMIENTO, Daniel. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

FREEMAN, Jody. *Coordinating Agencies in Shared Regulatory Space*. Lecture. Harvard Law School, 2012. Disponível na internet: <<http://www.youtube.com/user/HarvardLawSchool>>. Acesso em 12 de março de 2013.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRIEDMAN, Thomas. Interview. *The MacNeil/Lehrer Newshour*. February/1996. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 22 de novembro de 2012.

FÖRSTER, Till; PETERS, Anne; KOEHLIN, Lucy. “Towards non-state actors as effective, legitimate, and accountable standard setters”. In PETERS, Anne; KOEHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till; ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel (Ed.). *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 2009. P. 492-562.

GAMA, João Taborda da. *Promessas Administrativas: da Decisão de Autovinculação ao Acto Devido*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

GIDDENS, Anthony. *A Europa na Era Global*. Trad. Alberto Gomes. Lisboa: Editorial Presença, 2007.

\_\_\_\_\_. “A Vida em uma Sociedade Pós-Tradiciona”. In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012a. P. 89-166.

\_\_\_\_\_. *As Consequências da Modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1990.

\_\_\_\_\_. *O Mundo na Era da Globalização*. Trad. Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2010.

\_\_\_\_\_. “Risco, Confiança e Reflexividade”. In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012b. P. 272-292.

\_\_\_\_\_. *Sociologia*. Trad. Alexandra Figueiredo et al. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2009.

GONÇALVES, Fernando José. *As Autoridades Regulatórias Brasileiras e seus Relacionamentos com as demais Entidades do Poder Público*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito para a obtenção do grau de Mestre, 2008c. Disponível na internet: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br>>. Acesso em 3 de março de 2013.

GONÇALVES, Pedro Costa. “Advertências da Administração Pública”. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Bol. da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2001. P. 723-796.

\_\_\_\_\_. *Entidades Privadas com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridades por Entidades Privadas com Funções Administrativas (Teses de doutoramento)*. Reimpressão da Edição de Outubro/2005. Coimbra: Almedina, 2008b.

\_\_\_\_\_. “Ensaio sobre a Boa Governança da Administração Pública a partir do Mote da ‘New Public Governance’”. In *O Governo da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2013. P. 7-34.

\_\_\_\_\_. “Regulação Administrativa e Contrato”. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. P. 987-1023.

\_\_\_\_\_. *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações: Estudos de Direito Administrativo da Regulação*. Coimbra: Coimbra Editora, Cedipre, 2008a.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I - Parte General. 7ª Edición. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras: Da Organização Administrativa Piramidal à Governança em Rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIBENTIF, Pierre. “O Direito na Obra de Niklas Luhmann: Etapas de uma Evolução Teórica”. In SANTOS, José Manuel (org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Ta Pragmata, 2005. P. 185-252.

JESSOP, Bob. *¿Narrando el Futuro de la Economía Nacional y el Estado Nacional? Puntos a Considerar acerca del Replanteo de la Regulación y la Re-invenición de la Gobernancia*. Trad. María Delia Bertuzzi. Doc. aportes adm. pública gest. estatal, 2006, n.7. P. 7-44.

JOERNES, Christian. “Supranacionalismo Deliberativo: Uma Defesa”. Trad. Hermes Nereu da Silva Cardoso Oliveira. In MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação Econômica e Democracia: O Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006. P. 119-140.

JUDT, Tony. *Um Tratado sobre os nossos Atuais Descontentamentos*. Trad. Marcelo Felix. Lisboa: Edições 70, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. “Governance matters VII: aggregate and individual governance indicators 1996–2007”. In PETERS, Anne; KOECHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till; ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel (Ed.). *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 2009. P. 146-188.

KIRCHNER, Christian. “Concluding Remarks ‘Public International Law and Economics: The Power of Rational Choice Methodology in Guiding the Analysis and the Design of Public International Law Institutions’”. University of St. Gallen Law & Economics Working Paper. No. 2007-24; University of Illinois Law Review, 2008.

KOECHLIN, Lucy; PETERS, Anne; ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel. “Non-State Actors as Standard Setters: framing the issue in an interdisciplinary fashion”. In PETERS, Anne; KOECHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till; ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel (Ed.). *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 2009. P. 1-33.

KOOIMAN, Jan. Findings, Speculations and Recommendations. In: KOOIMAN, Jan (Org.). *Modern Governance: New Government – Society Interactions*. London: Sage, 1993b. P. 249-262.

\_\_\_\_\_. “Governar en Gobernanza”. In *La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referência* (Coord. Agustí Cerrillo i Martínez). Madrid: Estudios Goberna, INAP, 2005a. P. 57-82.

\_\_\_\_\_. *Governing as Governance*. London: Sage, 2005b.

\_\_\_\_\_. “Social-Political Governance: Introduction”. In KOOIMAN, Jan (Org.). *Modern Governance: New Government – Society Interactions*. London: Sage, 1993a.

LANE, Jan-Erik. *New Public Management*. London: Routledge, 2000.

LASH, Scott. “Sistemas Especialistas ou Interpretação Situada? Cultura e Instituições no Capitalismo Desorganizado”. In BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva – Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012. P. 293-318.

LUHMANN, Niklas. “Iluminismo Sociológico” (1991). Trad. Artur Morão. In SANTOS, José Manuel (org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Ta Pragmata, 2005a. P. 19-70.

\_\_\_\_\_. “Sociologia como Teoria dos Sistemas Sociais” (1991). Trad. Artur Morão. In SANTOS, José Manuel (org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Ta Pragmata, 2005b. P. 71-122.

McCUBBINS, Mathew D.; SCHWARTZ, Thomas. *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*. American Journal of Political Science, American Journal of Political Science, Midwest Political Science Association. Vol. 28, N.º 1, feb. 1984. P. 165-179.

MAJONE, Giandomenico. “Do Estado Positivo ao Estado Regulador”. Trad. Paulo Todescan L. Mattos. In MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006. P. 53-86.

MANTEL, Jessica. *Procedural Safeguards for Agency Guidance: A Source of Legitimacy for the Administrative State*. Administrative Law Review, vol. 61, n.º 2, agosto de 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de direito Público da Bahia, n.º 1, fev 2005. p. 1-18. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoEstado.com.br>>. Acesso em 17 de dezembro de 2012.

MARINI, Caio; MARTINS, Humberto Falcão. “Governança para Resultados: Atributos Ideais de um Modelo”. In *III Congresso Consad de Gestão Pública – CONSAD*. Brasília: março de 2010. Disponível na internet: <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/modules/conteudo>. Acesso em 26 de outubro de 2013.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.



MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan. / abr. 2014.

MENEZES, Manuel. *Modernidade – Riscos e Incertezas*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, Vital. “A Governabilidade (comentário)”. In *A Administração Pública no limiar do Século XXI: Os Grandes Desafios*. Lisboa, Instituto Nacional de Administração – INA, 1999. P. 147-154.

\_\_\_\_\_. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Fabrício. *Função Normativa da Administração*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. Notas sobre Publicidade e Transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 4 de junho de 2014.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico – OCDE. *Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança*, 2012. Disponível na Internet: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 20 de março de 2013.

OSBORNE, Stephen P. “The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?” OSBORNE, Stephen P. (edited). *The New Public Governance? Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*. London and New York, Routledge: Taylor & Francis Group, 2010. P. 1-16.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. “Repensando Políticas Públicas: porque frequentemente falhamos no planejamento?” In MARTINS, Paulo Emilio Matos; PIERANTI, Octavio Penna (Org.). *Estado e Gestão Pública: Visões do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: FGV, 2007. P. 189-204.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PACHECO, Regina Silvia. “Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle”. *Revista de Administração Pública – RAP*. Rio de Janeiro: FGV, Jul./Ago. 2006. P. 523-543.

PEREIRA, Paulo Trigo. “A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?”. *Análise Social*, vol. XXXIII (141). (?) 1997. P. 419-442.

PIERRE, Jon; PETERS, Guy. *Governing Complex Societies: Trajectories and Scenarios*. New York: Palgrave Macmillian, 2005.

PETERS, Anne; KOECHLIN, Lucy; ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel. “Non-State Actors as Standard Setters: framing the issue in an interdisciplinary fashion”. In PETERS, Anne; KOECHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till; ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel (Ed.). *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 2009. P. 1-33.

Programme for International Student Assessment (PISA). Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE). *PISA 2012 Results*. Disponível na Internet: <<http://www.oecd.org/pisa/>>. Acesso em 1 de julho de 2014.

POIRIER, Johanne. *The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective*. London: Constitution Unit School of Public Policy, Public Law, Spring 2001. P. 134-157.

PRADO, Mariana Mota. “O contrato e o plano de gestão no projeto de Lei n. 3.337/04: controle desejável e justificado ou influência política indevida?”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: v. 6, n. 22, abr. 2008. P. 115-139.

PREDIERI, Alberto. *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*. Firenze-Antella: Passagli Editori, 1997.

PROSSER, Tony. “Theorising Utility Regulation”. *The Modern Law Review*. Vol. 62, Issue 2, March/1999. P. 196–217.

PUY-MUÑOZ, Francisco. “O Tópico do Consenso”. In COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe (coord.). *Colóquio Internacional: Autoridade e Consenso no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2002. P. 161-194.

RAMIRO FERNÁNDEZ, Víctor. “Desarrollo Regional bajo Transformaciones Transescalares: ¿Por qué y como recuperar la escala nacional?”. In Directores: Víctor Ramiro Fernández y Carlos Brandão. *Escalas y políticas del desarrollo regional. Desafíos para América Latina*. Editorial Miño y Davila, 2010, Buenos Aires: Argentina. P. 301-341.

REICH, Norbert. “A Crise Regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Econômica Europeia.” Trad. Paulo Todescan L. Mattos. In MATTOS, Paulo Todescan

Lessa (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006. P. 17-52.

RIJGERSBERG, Rudolf W. *The State of Interdependence: Globalization, Internet and Constitutional Governance*. Leiden: TMC Asser Press, 2010.

ROSSI, Jim. *Regulatory Bargaining & Public Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SAND, Inger-Johanne. “Polycontextuality as an Alternative to Constitutionalism”. In *Transnational Governance and Constitutionalism*. Christian Joerges, Inger-Johanne Sand and Gunther Teubner (eds.). Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito*. Coimbra: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 30, junho/1990. P. 13-43.

SARAVIA, Enrique J. Governança social no Brasil contemporâneo. *Revista Governança Social*, Belo Horizonte, v. 7, p. 21-23, 2010.

SARMIENTO, Daniel. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

SCOTT, Colin. “Responsabilização no Estado Regulador”. Trad. Rafael Oliva. In MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.); COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Mariana Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Singular, 2006. P. 87-118.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship*. Special Issue: Public Authority & International, German Law Journal, Vol. 09, n° 11.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Trad. Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

SENN, Myrian. *Non-State Regulatory Regimes: Understanding Institutional Transformation*. London – New York: Springer, 2005.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*. Boston: Harvard Business School Press, 1998.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. “A advocacia pública sustentável como pressuposto da efetivação do princípio da sustentabilidade na Administração Pública”. *Interesse Público - IP*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 15, n. 79, maio/jun. 2013. P. 1-17.

SPADA, Paolo. *Regole e Giurisdizioni in Concorrenza: il crepúsculo della sovranità*. Roma: Editoriale Scientifica, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. *A Era do Radicalismo: Entenda por que as pessoas se tornam extremistas*. Trad. Luciene Scalzo Guimarães. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *Nudge: O Empurrão para a Escolha Certa*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

TAVARES DA SILVA, Suzana. “A nova dogmática do direito administrativo: o caso da administração por compromissos”. *Estudos de Contratação Pública I* (org. Pedro Gonçalves). Coimbra: Coimbra Editora, 2008a.

\_\_\_\_\_. *O Sector Elétrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor*. Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008b.

\_\_\_\_\_. “O princípio (fundamental) da eficiência”. *Revista de Direito da Universidade do Porto*. Vol. 7. Porto: 2010a. P. 519-544.

\_\_\_\_\_. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010b.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. “Global Private Regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?” In Karl-Heinz Ladeur (ed.). *Globalization and Public Governance*. Ashgate: Aldershot, 2004. P. 71-87.

\_\_\_\_\_. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VALADÃO, Marco Aurélio Pereira. *Soft Law como fonte formal do direito internacional público*, 2003, p. 1. Disponível na Internet: <<http://www.marcosvaladao.pro.br>>. Acesso em 18 de novembro de 2012.

VICENTE, Marta de Sousa Nunes. *A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. “Grupos de Interesse, Pluralismo e Unidade Política”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Gráf. de Coimbra, Suplemento XX, 1977.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Administrativo*. 2ª Edição. Coimbra: Editora Universidade de Coimbra, 2011.

WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WHEATLEY, Steven. “Democratic governance beyond the state: the legitimacy of non-state actors as standard setters”. In PETERS, Anne; KOEHLIN, Lucy; FÖRSTER, Till;

ZINKERNAGEL, Greta Fenner Zinkernagel (Ed.). *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi: Cambridge University Press, 2009. P. 215-240.