



Discrecionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes

DEVELOPMENTAL DISCRETION AND DEMOCRATIC ACCOUNTABILITY:
A TYPOLOGY OF MISMATCHES

Mario G. Schapiro¹

Resumo

Partindo de uma abordagem que procura analisar o direito em seu contexto, neste caso, marcado pelos impulsos do desenvolvimento e pelas pressões da democracia, este trabalho enfrenta um problema típico do direito público – o uso do poder e seu controle. Nesse ambiente, caracterizado por um desenvolvimentismo democrático, o objetivo é mapear os tipos de desajustes que podem acometer os mecanismos de controle (*accountability*). O trabalho apresenta uma leitura funcionalista dos mecanismos de controle, organizados pelas funções “democrática”, “republicana” e “liberal”, e sugere tipos possíveis de problema de calibração em sua atuação, destacando desajustes quantitativos e qualitativos. O argumento apresentado não é uma descrição empírica, mas uma construção heurística, ou seja, é uma tipologia dos problemas potenciais de adequação institucional existentes entre a discrecionariedade desenvolvimentista e os controles democráticos.

Palavras-chave

Discrecionariedade; controle; direito; desenvolvimento; democracia.

Abstract

This paper aims at presenting a “law in context” type of analysis, informed by the tensions established between development and democracy. Bearing in mind this institutional context, this article tackles typical problems of public law, which are the power and its control. The objective of this research is conceiving an analytical framework of possible inadequacies presented by accountability tools. This typology focuses on two types of possible problems: quantitative and qualitative ones. The argument developed is not empirical, but a heuristic one. In other words, it is driven to construct ideal types of accountability mismatches that can affect the relationship between executive discretion and democratic controls.

Keywords

Discretion; accountability; law; development; democracy.

I INTRODUÇÃO

É conhecida a convergência teórica que aproximou dois cânones rivais da teoria política no século XIX – os liberais e os marxistas. Ambos convergiam na noção de que o capitalismo e a democracia seriam regimes inconciliáveis (OFFE, 1984, p. 356-359; PRZEWORSKI; LIMONGI, 1993, p. 52-54). Seu ceticismo convergente foi, no entanto, contrastado pelos desdobramentos do mundo real. No decorrer do século XX, o que a teoria política sugeria como inconciliável foi se tornando compatível pelo engenho institucional. Para isso, concorreram a burocratização dos partidos políticos e o *welfare state* keynesiano – ambos relevantes para diluir as pressões políticas e econômicas da democracia de massas (OFFE, 1984, p. 361-382).

A segunda metade do século XX assistiu a um debate semelhante, desta vez opondo desenvolvimento e democracia. Também nesse caso alguns analistas sugeriram uma relação de incompatibilidade, indicando uma tensão incontornável entre uma organização democrática e a necessidade de superar estruturas econômicas estagnadas. Os teóricos da modernização, como Huntington, por exemplo, argumentavam que a viabilidade da democracia seria condicionada pelo alcance de um prévio patamar de desenvolvimento. Diagnósticos semelhantes a esses sustentaram também as análises dos casos de sucesso asiáticos, cujo êxito estaria associado à prevalência de regimes autoritários – caso da Coreia do Sul (WADE, 2004, p. 24-29) – ou às blindagens da burocracia em relação ao sistema político – caso do Japão (JOHNSON, 1982, p. 35-82). Recentemente, com a retomada do ativismo estatal em contextos democráticos, ecos dessa proposição voltaram a ressoar.

Evidências empíricas, no entanto, têm arrefecido o vigor das interpretações céticas. De um lado, abordagens qualitativas revelam relativo êxito de um grupo de países em combinar desenvolvimentismo e democracia. É o caso de África do Sul, Brasil e Índia. De outro lado, trabalhos quantitativos, como os de Przeworski et al. (2000), indicam que não há uma relação necessária entre regimes políticos e crescimento econômico. Há tanto ditaduras que alcançaram sucesso econômico, como as que resultaram em retumbantes fracassos. Mais ainda, a diferença de crescimento econômico entre democracias e ditaduras não se mostrou estatisticamente relevante (PRZEWORSKI et al., 2000, p. 142-158).

Contrastados os argumentos, o caminho que se mostra mais consistente é o de apostar que o grau satisfatório de compatibilidade entre desenvolvimento e democracia será construído no âmbito de cada país, no plano de seus arranjos institucionais, tanto quanto foi a relação entre capitalismo e democracia. Se a relação não é nem de uma antinomia necessária nem de uma convergência natural, o ponto de equilíbrio não se localiza *a priori*, mas é resultado da *práxis* institucional.

Este trabalho parte dessa leitura e pretende contribuir com as análises voltadas a avaliar uma faceta dessa *práxis* institucional: o controle das ações discricionárias encarregadas de promover estímulos para o desenvolvimento econômico. No Estado desenvolvimentista, o núcleo das intervenções econômicas constitui-se de escolhas políticas, portanto, de ações

discricionárias. Na vigência da democracia, por sua vez, essas ações estão sujeitas aos mecanismos de controle que incidem sobre a administração pública. Os mecanismos de controle são entendidos neste trabalho como dispositivos que incidem de modo “*ex post*” na atuação das políticas públicas e decisões governamentais, envolvendo prestação de contas, justificativas e julgamentos das decisões tomadas.¹ O pressuposto da análise é o de que potenciais desajustes apresentados pelos mecanismos de controle impactam o padrão de funcionamento da governança desenvolvimentista. Afinal, como assinala Przeworski (1996, p. 1), a qualidade da intervenção do Estado depende da eficácia dos mecanismos de *accountability*.

Diante disso, o objetivo do trabalho é apresentar um argumento heurístico, isto é, uma tipologia dos desajustes que podem ocorrer na relação entre os controles democráticos e a discricionariedade desenvolvimentista. Este trabalho não apresenta, portanto, uma descrição empírica dessa relação. O propósito do artigo é estabelecer um marco analítico, uma régua, que permita compreender os tipos de patologias que podem acometer essa relação. Nessa linha, o artigo sugere que a atuação dos mecanismos de controle pode enveredar para três tipos de desdobramentos: (i) problemas quantitativos, que se referem a desajustes no montante do controle; (ii) problemas qualitativos, relativos a disfuncionalidades típicas de cada um dos controles examinados – democrático, republicano e liberal² –; e (iii) sobreposição de controles, que diz respeito às suas interações – cooperativas ou competitivas. Embora não seja o objetivo específico deste trabalho, espera-se com isso contribuir para a definição de parâmetros que favoreçam uma correta calibração entre os controles e as decisões discricionárias.

Tomando esse caminho, o trabalho enfrenta um problema típico do direito público – o uso do poder e seu controle –, mas em uma perspectiva contextualizada, que assume a interface entre desenvolvimento e democracia no ambiente brasileiro como seu pano de fundo. O texto é voltado a uma descrição tipológica, orientada para classificar problemas potenciais de adequação institucional.

...

- 1 Controle, portanto, se diferencia de participação, que se estabelece em um momento anterior, de formação do poder ou de tomada da decisão, como assinala Ayres Brito: “Não há confundir a participação popular com o controle social, pois o fim de quem efetivamente participa não é atuar um comando que força o Estado a olhar para trás” (AYRES BRITO, 1992, p. 120). Para uma descrição dos controles como dispositivos incidentes em um momento “*ex post*”, ver o trabalho de Bovens, Schillemans e Hart (2008, p. 227), que apresentam *accountability* (ou controle) em uma dimensão estrita, significando a relação de prestação de contas, explicação e justificativa de um ator público diante de um fórum, em um momento posterior ao de sua conduta.
- 2 Baseado em O’Donnell (1998) e em uma leitura aplicada do direito público, este trabalho aborda os controles como instrumentos voltados a cumprir três primados da democracia: (i) os interesses e valores da maioria (*demos*); (ii) os interesses e valores da minoria (liberal); e (iii) os interesses e valores associados à ordem pública e ao bom governo (republicano). Esses primados e os tipos de controle construídos a partir deles são apresentados adiante, nos itens 3.1 e 3.2.

Para isso, o artigo está organizado em outras quatro seções. A próxima apresenta uma conceituação da discricionariedade e sua vinculação com uma governança desenvolvimentista. A terceira seção, apresentada simetricamente em relação à anterior, discute a noção de controles democráticos e sugere uma abordagem funcional e pretensamente mais realista desses controles. Partindo da noção de discricionariedade e de controle, a quarta seção reúne o argumento central do artigo e expõe uma tipologia de seus desajustes. A quinta seção conclui o artigo.

2 DISCRICIONARIEDADE E DESENVOLVIMENTO

Situando o problema da compatibilidade entre desenvolvimento e democracia no terreno institucional, notadamente no campo do direito público, o ponto de partida desta análise é a discricionariedade do Estado, para, em seguida, percorrer seus mecanismos de controle. Esta seção procura responder a duas questões: (i) o que se entende por discricionariedade?; (ii) por que a discricionariedade é central na governança desenvolvimentista?

2.1 DISCRICIONARIEDADE

A questão da discricionariedade foi pontualmente enfrentada por Hart, em um ensaio de 1956 (HART, 2013).³ Nesse trabalho, Hart aproxima a discricionariedade de conceitos como “sabedoria prática”, ou “prudência”, e assim procura qualificar o conceito como a virtude intelectual de fazer juízos, com a finalidade de discernir o que deve ser feito em situações práticas.⁴

Nessa medida, discricionariedade não é apenas o poder de escolher, entendendo escolha como uma opção sujeita ao capricho e ao desejo frívolo. É uma decisão assentada nos quadrantes da legalidade, que pode ser justificada por critérios racionais. Por outro lado, tal decisão também não resulta de um mero atendimento a regras previamente estabelecidas, mas de uma escolha efetiva, o que comporta alguma variedade de possibilidades, desde que sujeitas a motivação (HART, 2013, p. 656-660).⁵

...

3 Embora apresentado em 1956, esse texto foi republicado em 2013.

4 Hart trata nesse texto da discricionariedade judicial, afinal, como lembra Galligan (1986, p. 1-4), apesar do crescente envolvimento da burocracia na tomada de decisões, a teoria prevalecente segue tendo o direito como um sistema de regras (ou regras e princípios), em que a discricionariedade ocupa um espaço circunscrito e limitado ao ambiente jurisdicional. Apesar disso, a descrição de Hart sobre a discricionariedade é um ponto de partida relevante. O contexto judicial da análise é temperado na seção seguinte, ao se situar a discricionariedade no âmbito do Executivo de Estados desenvolvimentistas.

5 A visão de Hart sobre a discricionariedade é confrontada por Dworkin, que entende a discricionariedade de uma forma mais restrita, sendo limitada a um sentido fraco. Isto é, a liberdade de escolha diante

Nessa linha, pode-se diferenciar as ações discricionárias de duas alternativas extremas: as ações vinculadas e as ações arbitrárias. As vinculadas são aquelas em que um comando normativo realizou previamente as escolhas. Compete à autoridade apenas um juízo de subsunção, isto é, um julgamento de pertinência do fato concreto à regra estipulada. As ações arbitrárias, por sua vez, decorrem da vontade privada, das idiossincrasias pessoais, mas não se pretendem justificáveis nem constitutivas da busca da solução mais acertada para o caso. No Estado de Direito, o direito público admite para os administradores públicos soluções vinculadas e discricionárias, mas não autoriza as decisões arbitrárias.

Diferentemente do que prescreve a doutrina tradicional do direito administrativo, a construção dos regimes como vinculados ou discricionários é política, processada no âmbito da política legislativa (SUNDFELD, 2014, p. 231-255). Para a abordagem tradicional, no entanto, tais regimes são constituídos doutrinariamente. É o caso da diferença estabelecida entre licença e autorização: enquanto a licença é definida como um ato vinculado, a autorização é descrita como um ato discricionário (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 448; DI PIETRO, 2005, p. 235-236). O problema dessa compreensão essencialista é que, ao pretender prescrever o que devem ser os institutos jurídicos, em vez de oferecer uma classificação sistemática a partir das leis postas e das decisões judiciais, acaba-se por opor a doutrina e a democracia – as leis podem dispor dos conceitos de modo diferente do estabelecido na doutrina.⁶ O resultado é a perda de consistência, verificada em situações de divergência entre as opções legislativas e as prescrições doutrinárias.⁷ Tendo isso em conta, este trabalho

...

do direito se coloca apenas naquelas situações de interpretação operacional da lei. Já nas situações fortes, como as tratadas por Hart, em que o decididor se vale da discricionariedade em razão da ausência de regras estabelecidas, Dworkin entende que não há um espaço discricionário de decisão. Nesses casos, a ausência de regras deve ser superada pela busca da resposta juridicamente correta, que é estabelecida pelos princípios não positivados como regras. É interessante assinalar que Dworkin apresenta uma visão bastante restritiva da discricionariedade, descrevendo-a como o buraco de uma rosca – um vazio limitado pelas regras e princípios. Sua visão sugere quão excepcional é a discricionariedade nos cânones de uma teoria liberal do direito bastante prevalente (DWORKIN, 1978, p. 31-39).

- ⁶ A Lei de Telecomunicações, por exemplo, define a autorização como um ato vinculado (art. 131, § 1º). Já o serviço de fretamento com ônibus no município de São Paulo, estabelecido pela Lei n. 14.971/09, prevê um regime de autorização em que há uma combinação de juízos vinculados, relacionados a verificação documental da empresa e do condutor, com juízos discricionários, relacionados à rota de tráfego elaborada pela empresa. Uma vez concedida a autorização, esta tem um prazo definido e não pode ser revogada, sob pena de ensejar perdas e danos.
- ⁷ A seguinte passagem de Di Pietro é exemplificativa dessa tensão entre a democracia e a doutrina: “a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16-7-97), no artigo 131, §1º, define a ‘autorização de serviço de telecomunicações’ como ‘ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições subjetivas necessárias’. No entanto, esse emprego do vocábulo, utilizado para dar a impressão de que a lei se afeiçoa aos termos do artigo

assume uma visão distinta, a de que discricionariedade e vinculação são regimes que materializam diferentes opções políticas de atribuição de competência decisória – seja para a burocracia, no extremo da discricionariedade, seja para o parlamento, no extremo da vinculação.

A constatação de seu fundamento político, não impede, todavia, a formulação conceitual de critérios que sejam úteis tanto para auxiliar essas escolhas como para avaliá-las (HUBER; SHIPAN, 2002, p. 9-12; THATCHER; SWEET, 2003, p. 1-9; KOMESAR, 1994, p. 90-97). Afinal, a opção política por constituir um regime vinculado ou discricionário não é neutra. Ações vinculadas oferecem maior proteção aos cidadãos ante o Estado, já que as decisões a serem tomadas são previamente conhecidas. Por outro lado, a vinculação de todos os atos *a priori* pode ensejar situações de prejuízo público, uma vez que levaria a decisões inconsistentes ou a inação, naqueles casos em que é impossível se antecipar a melhor escolha desde antes.

Hart (2013, p. 661-663) discute dois possíveis critérios para se optar pela constituição de um regime discricionário, são eles: (i) a ignorância dos fatos e a (ii) indeterminação dos propósitos. Em ambas as situações, a imprecisão dos desdobramentos futuros impede um fechamento normativo e recomenda a atribuição de uma margem de escolha para o tomador de decisão.

No primeiro caso, *a ignorância dos fatos*, os fatos que demandam decisão não podem ser exaustivamente regulados desde antes. É o caso, citado pelo autor, da proibição de veículos em parques. É impossível que uma regra estipule todas as situações factuais em que a proibição incida, eximindo assim a autoridade jurisdicional, ou a burocracia, de fazer escolhas justificáveis diante de situações concretas, como uma bicicleta, uma charrete ou um patinete motorizado que pretendam adentrar no parque (HART, 2013, p. 661-663).

O segundo caso lida com situações em que é impossível estabelecer por meio de uma regra, sem equívocos, os fins a serem alcançados com a sua aplicação. Isso porque esses fins não são inequívocos. Ainda no exemplo do parque, Hart (2013, p. 661-663) assinala que uma regra voltada a perseguir um desfrute pacífico dessa área é sujeita a controvérsias que não são antecipáveis e que se colocam no plano operacional. Afinal, jovens e idosos, por exemplo, apresentam visões diferentes para o que venha a ser um uso pacífico do parque. Para os jovens, essa finalidade é consentânea com o uso de skates, já para os idosos essa opção pode representar um tormento.

Em casos como esses, há que haver margem de escolha da autoridade responsável para, em uma situação concreta, escolher a solução que pareça mais acertada. Se procurar apenas seguir a regra, não obterá respostas. Diante dos interesses conflitantes, a regra pode não

...

21, XI, da Constituição (que fala em concessão, permissão e autorização), não está corretamente utilizado, não se amoldando ao conceito doutrinário. O uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito” (DI PIETRO, 2005, p. 237).

ser capaz de antecipar fins incontroversos. Se, por sua vez, optar por uma decisão com base em suas preferências idiossincráticas, será arbitrário. A decisão esperada é a discricionária: uma escolha que pode ser justificada como adequada para a situação concreta e exercida nos quadrantes autorizados pela moldura legal, que circunscreve o espaço decisório da autoridade. Essa decisão, por sua vez, pode ser consubstanciada como um ato judicante (decisão de um caso administrativo), como um ato normativo (função regulatória) ou como um ato de gestão, um ato tipicamente administrativo.⁸

2.2 DISCRICIONARIEDADE NA GOVERNANÇA DESENVOLVIMENTISTA

A discricionariedade resulta, portanto, de um tipo de regime em que ao tomador de decisão é aberta uma margem de escolha justificável. Nesses termos, regimes discricionários não são uma prerrogativa de Estados desenvolvimentistas, muito embora sejam frequentes nesse tipo de governança. Sua verificação está associada, na realidade, ao desempenho de políticas públicas pelo Estado.

Recorrendo aos tipos ideais, a sociologia do direito descreve esta relação entre Estado, direito e políticas públicas como constitutiva de um tipo de ordem político-jurídica pós-liberal, que se consolidou na segunda metade do século XX (NONET; SELZNICK, 2008, p. 73-113; TEUBNER, 1983, p. 250-257; HABERMAS, 1995, p. 772-775). Conforme essa tipologia, os mercados, que na ordem liberal são descritos como arranjos espontâneos, passam a ser entendidos como ambientes demandantes de regulação, cuja finalidade é mitigar suas falhas de funcionamento e também as desigualdades sociais.

Nesse caminho, tem-se que a constituição de um tipo rival de ordem político-jurídica responde por um longo processo de materialização do direito (WEBER, 1999, p. 142-153) e por uma inevitável rearticulação entre direito e política, trazendo para a alçada do direito temas que o liberalismo havia deslocado ora para o campo da política, ora para o campo da liberdade individual. Com isso, parte substantiva das escolhas que, na ordem liberal, era realizada no âmbito da autonomia privada passa a ser feita pelos formuladores de política e concretizada pelo direito substantivo (TEUBNER, 1983). Isso corresponde à edificação de uma ordem jurídica caracterizada por um direito instrumentalizador de políticas e por

...

8 Diferentemente da legislação norte-americana (Administrative Procedural Act – APA, de 1946), a legislação brasileira não diferencia os atos administrativos conforme as suas finalidades. As diferenças são apresentadas pela doutrina, que costuma apresentar diferenciações estruturais, pelos tipos de ato, como *simples* e *complexos*, *de império* e *de gestão*, ou pelas suas espécies, como licença, aprovação, autorização. No direito administrativo norte-americano, a lei de processo administrativo classifica os atos da administração de modo funcional, como atos de adjudicação (*adjudication*) ou atos normativos (*rule-making*), e assim estabelece parâmetros de governança e de controle específicos para cada tipo. Sobre os critérios do APA, ver Shapiro (1982, p. 1488). Para fins didáticos, utilizou-se a referência do APA pela sua capacidade de classificar de forma abrangente os diferentes tipos de atuação administrativa.

um Estado regulador dos mercados e das injustiças sociais (TEUBNER, 1983, p. 250-257; NONET; SELZNICK, 2008, p. 73-113).

A esse direito materializado compete uma regulação prospectiva e não (ou não apenas) uma intervenção retrospectiva, que é típica do direito formal-liberal (LOPES, 2005, p. 182-191). Como assinala Lopes (2005, p. 172-179), a intervenção retrospectiva (“*backward-looking*”) é aquela em que a função precípua do aplicador do direito é decidir uma lide, subsumindo um caso já ocorrido à regra válida, em um arranjo institucional que privilegia a função de adjudicação e uma orientação para a legalidade. Já na intervenção prospectiva (“*forward-looking*”), o manuseio do direito volta-se a constituir e implementar objetivos de política, o que demanda não só um juízo de legalidade, entre o lícito e o ilícito, mas também um juízo de conveniência e oportunidade sobre o meio mais adequado, entre as diversas possibilidades igualmente lícitas, para a concretização dos fins visados – um juízo discricionário. Nesse arranjo, ainda, a formulação e a aplicação do direito deixam de ser centralizadas na díade Judiciário (adjudicação) – Parlamento (legislação) e passam a se concentrar nas instâncias do Executivo, encarregado das escolhas de agenda e da implementação das políticas públicas.

Nos países de desenvolvimento tardio, as literaturas de economia política e de sociologia do direito identificam um tipo de governança com traços semelhantes às do direito substantivo e do Estado prestador de políticas públicas, mas que guarda também traços singulares. Como tipo ideal, o assim chamado Estado desenvolvimentista (JOHNSON, 1999, p. 32-60; SCHNEIDER, 1999, p. 276-305; AMSDEN, 2001, p. 125-160) é uma organização política direcionada a dar impulso ao capitalismo local. Nesses termos, sua intervenção volta-se não só para a correção das falhas de mercado e para a provisão de direitos sociais, mas principalmente para a inversão produtiva e para a conseqüente estruturação nacional de empreendimentos econômicos (EVANS, 1995, p. 28-42; AMSDEN, 2001, p. 276-305).

A esse Estado desenvolvimentista corresponde um direito regulatório (TRUBEK, 1972, p. 29-31), que é estruturado em uma combinação de comandos legais, gerais e abstratos, com disposições normativas específicas, quase particularizadas. Trata-se de uma articulação institucional que conjuga uma governança legal, encarregada das regras gerais indispensáveis para uma economia de mercado, com uma governança administrativa, voltada a viabilizar os objetivos específicos das políticas de desenvolvimento – campo de exercício da discricionariedade.

Nessa composição de comandos gerais e regras particulares, o direito regulatório conta com três tipos de ferramentas: dispositivos indutores, regulatórios (propriamente ditos) e proprietários (SCHAPIRO; TRUBEK, 2012, p. 28-34). Os primeiros são, notadamente, os incentivos fiscais, que são dirigidos a uma clientela específica e concreta, mas que, apesar disso, são parte da legalidade tributária. Os incentivos são criados em lei, mas a lei contempla objetivos particulares, como é o caso da promoção da inovação tecnológica, debatida na seção 4. Os dispositivos de regulação são regras editadas por agências reguladoras, com

lastro em leis setoriais, e que são manejadas para concretizar objetivos de política econômica. É o caso, tratado a seguir, de regras que estipulam patamares de conteúdo local em setores estratégicos, como a exploração de petróleo. Já os dispositivos proprietários, como empresas estatais e bancos públicos, como o BNDES, são mecanismos igualmente instituídos no âmbito da governança legal, que atribuem ao Estado um poder de atuar como agente econômico.

Para além das falhas de mercado e das desigualdades sociais, esses dispositivos voltam-se a mitigar problemas estruturais de uma economia em desenvolvimento, tais como: (i) as limitações institucionais da organização dos mercados; (ii) as incertezas da transformação produtiva; e (iii) os conflitos políticos decorrentes do desenvolvimento.

O primeiro desses problemas diz respeito às debilidades das instituições da ordem pública, que nessas economias são menos aptas a internalizar os custos de transação ínsitos a uma economia de mercado, como o *enforcement* de contratos ou a solução de litígios. A consequência disso é a formação de mercados incompletos ou com deficiências de formação (KHAN, 2008, p. 126-147).⁹ Um segundo tipo de problema decorre da própria necessidade de transformação estrutural dessas economias. Por ser um empreendimento dado a incerteza, os mercados autorregulados apresentam-se como um arranjo institucional limitado para isso, daí a necessidade de maior coordenação pública nos processos de *catch up* (CHANG, 2003, p. 130-139; RODRIK, 2007, p. 102-109). Finalmente, nas economias em desenvolvimento, o Estado assume ainda um papel de administração dos conflitos políticos ínsitos ao processo de desenvolvimento (CHANG, 1999, p. 196-198). Na medida em que desempenha um papel ativo na consecução de políticas econômicas voltadas a induzir os mercados, o Estado também toma parte na distribuição política de seus benefícios (EVANS, 1995, p. 5-6).

Nessas circunstâncias, as ordens política e jurídica são encarregadas do processamento de um amplo contingente de demandas, que se convertem em uma agenda de escolhas e objetivos políticos pelo Estado. A tradução disso na anatomia jurídico-institucional passa pela constituição de regimes discricionários. Afinal, ante a multiplicidade e a conflituosidade de temas a serem inseridos na agenda, as normatizações legislativas tendem a padecer da *ignorância dos fatos* ou da *indeterminação dos propósitos*, de que tratava Hart (2013, p. 661-663). O resultado é um fortalecimento das burocracias econômicas e de seu poder de escolha, por meio dos dispositivos indutores, dos regulatórios ou dos proprietários.

...

⁹ Arida, Bacha e Resende (2004), embora trabalhem em outra perspectiva teórica, apresentam um exemplo que dialoga com a interpretação de limitação institucional dos mercados. Os autores assinalam que a atuação do Judiciário no Brasil é portadora de incerteza, o que gera dificuldades para a formação de um mercado de crédito de longo prazo. Esse problema é enfrentado pelos formuladores de política por meio de uma solução *second best*: a instituição de bancos públicos e bancos de desenvolvimento que fazem as vezes do mercado de capitais.

3 CONTROLES E DEMOCRACIA

Se a discricionariedade é constitutiva de uma governança desenvolvimentista, os controles da administração pública são igualmente conformadores de uma governança democrática. Em outras palavras, na democracia, ao poder de escolha adquirido pela competência discricionária, justapõem-se dispositivos de controle, que delimitam os espaços decisórios e também funcionam como incentivos para os tomadores de decisão.

3.1 CONTROLES DEMOCRÁTICOS

Tomando a democracia na forma discutida por Dahl (1971, p. 1-16), isto é, como um regime assentado nas possibilidades de participação e de oposição, e em que o governo é responsivo às preferências dos cidadãos, os controles das ações de governo são mecanismos constitutivos de seu funcionamento. É por meio desses controles que os cidadãos são capazes de garantir maior aderência dos governos às suas opções políticas. É também por meio desses mecanismos que são garantidos os direitos de oposição e de contestação às decisões do governo vigente.

Nessas bases, o primeiro mecanismo de controle de uma democracia é a eleição, momento em que a maioria pode formar e expressar as suas preferências, orientando assim as ações de governo. Ocorrendo de modo periódico, a eleição cumpre um papel de controle porque permite um escrutínio público do êxito ou do fracasso dos governos eleitos – premiando com a reeleição os bem-sucedidos e punindo com a derrota eleitoral os malsucedidos.

Ocorre, contudo, que, se a eleição é uma condição necessária, não é suficiente para assegurar uma poliarquia¹⁰ – uma democracia efetiva. Isso porque as eleições, embora necessárias, enfrentam restrições, seja como foro de formação das preferências da maioria, seja como mecanismo de controle da responsividade governamental (O'DONNELL, 1998, p. 27-30; CAMPOS, 1990, p. 7-10).

Em primeiro lugar, em razão de adversidades da conjuntura, as opções estabelecidas em uma eleição não são garantia de que o mandato estipulado pelos vitoriosos será cumprido em sua inteireza (PRZEWORSKI, 1996, p. 10). Além disso, os debates eleitorais não são capazes de percorrer um amplo leque de temas, como, por exemplo, aqueles dados a uma maior densidade técnica. Em suma, pode haver na relação entre o eleitor e o governante um potencial custo de agência, isto é, uma possível deficiência de representação. Do ponto de vista do controle, a eleição pode não garantir as punições e as premiações condizentes.

Em segundo lugar, uma democracia real pressupõe algo mais que a vontade da maioria. Como lembra O'Donnell (1998, p. 35-37), uma democracia efetiva é a síntese histórica de três primados políticos: (i) a noção de maioria; (ii) a garantia liberal de autonomia privada;

...

¹⁰ Sobre a poliarquia como uma democracia efetiva, que combina o máximo de participação e o máximo de oposição, ver Dahl (1971).

e (iii) o objetivo republicano de se constituir um governo virtuoso. Assim, para além da formação das preferências eleitorais, uma democracia demanda também a garantia de espaços de liberdade para os indivíduos, bem como a persecução de um governo eficiente e honesto. Esses valores não são assegurados apenas pela vontade da maioria, mas pelo que O’Donnell (1998, p. 40-44) chama de mecanismos horizontais de *accountability*, tais como direitos e garantias individuais, que são protegidos por meio da intervenção do Judiciário, ou deveres de probidade, fiscalizados por órgãos correccionais.

Os arranjos em que a vontade da maioria sufoca os valores liberais e republicanos aproximam-se de uma monarquia eleita, não de uma democracia real. É o que Dahl (1971, p. 7) definiria como “hegemonias”, que podem ser mais abertas ou mais fechadas. Por sua vez, um regime assentado em rivalidade e contestação pública, mas sem eleições, tende a um arranjo “oligárquico”, com maior ou menor competição (DAHL, 1971, p. 7). A poliarquia, por sua vez, pressupõe tanto participação política e a inclusão dos cidadãos na tomada de decisão pública como mecanismos de contestação pelas minorias e de preservação da qualidade do poder constituído. Para isso, as escolhas políticas devem ser controláveis, vertical e horizontalmente, no que diz respeito ao mérito substantivo de suas escolhas.

3.2 OS MECANISMOS DE CONTROLE

Se a democracia efetiva pressupõe mecanismos de controle, a questão seguinte é saber quais são esses mecanismos no panorama brasileiro. A resposta a essa questão demanda uma releitura da forma com que o direito administrativo convencional concebe tais mecanismos.

A forma usual de compreendê-los baseia-se em uma leitura estrutural do direito, voltada a descrever os institutos jurídicos pelo seu regime e pela sua composição organizacional. Por essa via, o direito público diferencia os mecanismos de controle de forma topográfica, distinguindo-os entre internos e externos, e esses últimos entre mecanismos judiciais e extrajudiciais (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 963-985). Como, no entanto, essa tipologia não se atém à missão institucional dos mecanismos,¹¹ não oferece parâmetros normativos para uma avaliação de sua atuação e de seus potenciais problemas.¹² A descrição apresentada por Bandeira de Mello é representativa dessa abordagem:¹³

...

11 Marques Neto apresenta uma proposta alternativa de classificação dos controles. Embora mais realista, é ainda tributária de uma análise estrutural, sendo assentada em múltiplos critérios de classificação (quanto ao método, quanto ao momento, quanto ao vetor), o que dificulta a sua utilização para uma análise de adequação institucional. Ver Marques Neto (2009).

12 A oposição entre estrutura e função como forma de abordagem do direito é proposta por Bobbio desde 1977, no ensaio *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi de teoria del diritto*. Em português, ver Bobbio (2008).

13 Na mesma linha de análise estrutural de Bandeira de Mello, embora utilizando outra terminologia classificatória, ver Meirelles et al. (2011, p. 729) e Di Pietro (2005, p. 694-696).

a administração pública, direta, indireta ou fundacional, assujeita-se a controles internos e externos. Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração [...] O controle externo compreende (i) o controle parlamentar direto, (ii) o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo neste material) e (iii) o controle jurisdicional. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 963, 967).

Tanto a ciência política como o direito administrativo de tradição realista trazem insu- mos que permitem uma reorganização funcional desses mecanismos, o que é uma condição necessária para os propósitos deste trabalho. A construção de seu argumento analítico, des- tinado a classificar as possibilidades de inadequação institucional, demanda uma compreen- são dos controles pelos seus objetivos e pelo modo de seu funcionamento.

Nesse caminho, Bovens, Schillemans e Hart (2008, p. 225) descrevem os mecanismos de controle como uma relação estabelecida entre um ator (autoridade), um fórum de responsa- bilização e um objetivo (conteúdo do controle). Assim, o controle pode se voltar a monitorar o respeito às preferências dos cidadãos, pode se relacionar à prevenção contra a corrupção e o abuso de poder, ou pode ainda estruturar um mecanismo procedimental, assentado em um processo de interação e aprendizado entre as agências de Estado (atores responsáveis e fóruns responsabilizadores) (BOVENS; SCHILLEMANS; HART, 2008, p. 230-232).

Ainda no campo da ciência política, O'Donnell (1998, p. 40-44) organiza os dispositi- vos de *accountability* segundo três missões: o controle para garantir as preferências da maio- ria; o controle liberal, voltado a preservar as liberdades individuais; e o controle republica- no, cuja finalidade é assegurar qualidade na gestão administrativa. Essas funções advêm da já descrita leitura de O'Donnell (1998, p. 30-33) sobre as matrizes fundadoras de uma demo- cracia real, que não se esgota na noção de um governo de maioria.

Já os administrativistas de tradição realista, como Mashaw (2006) e Rose-Ackerman (2010), ao tratarem dos mecanismos de controle, enfatizam não só as suas diferentes finali- dades, como também a prevalência de um regime de responsabilização, cuja dinâmica envol- ve o estabelecimento de deveres e consequências entre os agentes participantes do processo. Para Mashaw (2006, p. 117-125), esse regime se estrutura em torno de seis questões que constituem a relação de responsabilização: quem é responsável?; perante quem?; sobre o quê?; através de qual processo será responsabilizado?; com qual parâmetro será avaliado?; e qual o efeito da responsabilização? A resposta a essas questões depende, por sua vez, do con- texto institucional em que o regime de responsabilização se estabelece, e eles podem se situar no âmbito do Estado, do mercado ou dos laços sociais (MASHAW, 2006, p. 117-125).

No âmbito do Estado, o regime de responsabilização volta-se a três tipos de controle: (i) político; (ii) gerencial; e (iii) legal (MASHAW, 2005, p. 154-157; 2006, p. 17-25). Rose-Acker- man lida com outra nomenclatura, mas descreve os mesmos regimes de responsabilização

empregados por Mashaw. Para a autora, os controles do Estado são classificados em três tipos: *policy-making*; *performance* e *right-based* (ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 523-525).

O controle político ou de *policy making* é de natureza democrática e diz respeito às opções políticas tomadas pelos governos (MASHAW, 2006, p. 17-25; ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 523-525). O controle gerencial ou de *performance* tem uma natureza tecnocrática e diz respeito à etapa de formação e implementação das políticas públicas, tendo a finalidade de garantir ações públicas eficazes e dotadas de probidade (MASHAW, 2005, p. 154-157, 2006, p. 17-25; ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 523-525). Por último, o controle legal, ou baseado em direitos, recai sobre as atuações do Executivo que porventura possam ter afetado direitos dos indivíduos (MASHAW, 2005, p. 154-157; 2006, p. 17-25; ROSE-ACKERMAN, 2010, p. 523-525).

Cotejando essas classificações com o panorama brasileiro, os mecanismos de controle que incidem sobre os administradores públicos podem ser reorganizados de modo a combinar as finalidades com o regime de responsabilização que as conforma. Em uma chave funcional, extraem-se de O'Donnell (1998) os fins esperados do controle: a preservação dos três primados da democracia. Daí que os regimes são organizados de acordo com três funções: controles democrático, republicano e liberal.¹⁴ Já dos administrativistas e da ciência política, aproveita-se a noção de um regime de responsabilização relacional. Assim, cada um dos tipos, organizados pelas suas funções, é assentado em um regime composto dos seguintes elementos: o ator responsável, o fórum encarregado de sua responsabilização e o principal marco regulador. A tabela a seguir apresenta uma síntese esquemática dessa tipologia na organização administrativa brasileira. Como mencionado na introdução, os controles são entendidos neste trabalho como mecanismos de verificação que incidem em um momento “*ex post*” à decisão administrativa, diferenciando-se assim da participação pública, que se localiza no momento “*ex ante*”, isto é, na tomada de decisão política.

A classificação a seguir não trata de outras modalidades de controle, cuja atuação é mais voltada para as atividades e para os serviços da administração do que propriamente para as decisões administrativas. Entre outros, é o caso do controle via mercado, que se estabelece com a oferta privada dos serviços. Nesse caso, os controles públicos, usualmente exercidos por meio de “voz” (reclamações, oposição, denúncias e processos), são substituídos pelo regime de concorrência, em que as possibilidades de troca do fornecedor exercem uma pressão de controle sobre a qualidade do serviço (“saída”).¹⁵ O controle social, uma inovação

...

14 Na mesma linha, situando os mecanismos de controle brasileiros nessas três funções, ver Teixeira (2010).

15 Os termos “voz” e “saída” referem-se às categorias empregadas por Hirschman para estabelecer as formas de relação entre indivíduos e organizações. Enquanto *voice* tende à democracia, *exit* tende ao mercado. Ver a respeito Hirschman (1970, p. 1-20). Baseado nessas categorias de análise, Paul apresenta um marco analítico comparando possibilidades de *voice* e *exit* no desenho de alternativas de regimes de *accountability* (PAUL, 1992).

institucional relevante no Brasil, é inserido nas possibilidades de controle exercidas pela maioria (controle democrático). Um tratamento detalhado a respeito dessas alternativas de *accountability* escaparia dos propósitos deste trabalho, cujo objeto são os tipos de desajustes e não propriamente os diferentes tipos de controle.¹⁶

QUADRO 1 – TIPOS DE MECANISMOS DE CONTROLE

TIPO DE CONTROLE	ATOR CONTROLÁVEL	FÓRUM	PRINCIPAIS MARCOS REGULATÓRIOS
DEMOCRÁTICO OPÇÕES POLÍTICAS	GOVERNO (AUTORIDADE ELEITA)	ELEIÇÕES E 9.504/97)	CONSTITUIÇÃO FEDERAL (DIREITOS POLÍTICOS); LEI ELEITORAL (13.165/15
	GOVERNO (AUTORIDADE ELEITA) DIRIGENTES PÚBLICOS	ESFERA PÚBLICA (ONGS, IMPRENSA); CONTROLE SOCIAL (CONSULTAS PÚBLICAS, CONFERÊNCIAS)	LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO (9.784/99)
	GOVERNO (AUTORIDADE ELEITA) DIRIGENTES PÚBLICOS	CONGRESSO	CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO)
REPUBLICANO EFETIVIDADE E QUALIDADE DO GOVERNO; PROBIDADE	DIRIGENTES PÚBLICOS BUROCRACIA	COMANDOS INTRAEXECUTIVO (COMANDO E CONTROLE)	CONSTITUIÇÃO FEDERAL (PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA) DECRETO-LEI N. 200/67
	GOVERNO (AUTORIDADE ELEITA) DIRIGENTES PÚBLICOS BUROCRACIA	CONTROLES INTERNOS (EX. CGU); TRIBUNAL DE CONTAS; CONGRESSO (CPI); MINISTÉRIO PÚBLICO (INVESTIGAÇÃO E AJUSTAMENTO DE CONDUTAS); JUDICIÁRIO	LEI DA CGU (10.683/03); LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (8.443/92); LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (8429/92); LEI DE AÇÃO POPULAR (4.717/65)

...

16 Para um trabalho sobre controle social no direito econômico, ver Aguillar (1999).

LIBERAL DIREITOS E GARANTIAS	GOVERNO	JUDICIÁRIO	LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (12.016/09)
	DIRIGENTES PÚBLICOS BUROCRACIA	ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS	LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (12.527/11)

Fonte: Elaboração própria.

O controle democrático é o que se volta às autoridades eleitas e aos dirigentes públicos.¹⁷ Os fóruns de controle verticais são as eleições e a esfera pública, representada pela sociedade civil, cuja atuação pode ocorrer em audiências e consultas públicas, conforme estabelece a Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99, arts. 31 a 34), e também por meio da imprensa ou demais formas de mobilização política. O fórum de controle horizontal é o Congresso Nacional, notadamente as suas comissões temáticas. O objetivo do controle democrático é permitir verificação e julgamento das escolhas políticas realizadas pelo governo (*policy-making*).

O controle republicano diz respeito a duas finalidades: os controles de qualidade e os controles de probidade administrativa. No que se refere às ações voltadas à qualidade de governo, a responsabilização recai sobretudo sobre dirigentes públicos e burocratas, e visa garantir a implementação satisfatória das decisões políticas. Para tanto, um dos principais mecanismos de controle é a análise de impacto regulatório, isto é, um procedimento de controle prévio cujo propósito é permitir uma mensuração dos custos e benefícios ou dos custos e da efetividade das escolhas políticas. No Brasil, como será descrito a seguir, os mecanismos de avaliação de impacto ainda são incipientes, e a principal forma de controle das decisões da burocracia ainda se estabelece na forma de delegações funcionais, de comandos e controles, entre chefes e subordinados, atentando-se para o monitoramento da implementação das políticas e não propriamente para os seus impactos.

O controle da probidade, que incide sobre autoridades públicas indistintamente, concentra boa parte do controle republicano. Destacam-se quatro tipos de fóruns: as corregedorias, como a Controladoria-Geral da União (CGU), os controles desempenhados pelos tribunais de contas, como é o caso do Tribunal de Contas da União (TCU), as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), que costumam ter como alvo denúncias de corrupção, e

...

¹⁷ Sobre a noção de dirigentes públicos, ver Bonis e Pacheco (2010). Trata-se de um agente público que combina uma atuação com características próprias da burocracia com as de autoridade eleita.

a atuação do Ministério Público (MP). Esses fóruns (MP, CPIs, CGU e TCU) exercem o controle nas raias do *hard law*, quando respectivamente ajuízam ações civis ou penais (MP) no Poder Judiciário, ou propõem medidas administrativas ou de intervenção sobre a execução orçamentária no âmbito do Congresso Nacional (TCU). Para além de seus possíveis desdobramentos, parlamentares ou judiciais, as próprias ações de fiscalização desempenhadas por esses mecanismos funcionam também como fóruns de controle. Por envolver custos reputacionais, o risco de ser alvo de uma investigação ou a possibilidade de sofrer um processo por improbidade apresentam-se em si como mecanismos de controle, atuando em uma banda de *soft law* na dissuasão das condutas impróprias.

Por fim, o controle liberal incide sobre as autoridades eleitas, dirigentes públicos e burocratas. Processa-se nos âmbitos administrativo ou judicial e tem o objetivo de preservar a autonomia privada, respaldada pelos direitos e garantias individuais. Seu principal instrumento é o mandado de segurança, que protege direitos líquidos e certos de abusos ou ameaças perpetrados por autoridades públicas. Funciona como uma reação aos efeitos abusivos de uma dada decisão discricionária.

4 DISCRICIONARIEDADE DESENVOLVIMENTISTA E CONTROLES DEMOCRÁTICOS:

MAPEANDO IMPASSES

Os mecanismos de controle são variáveis críticas da atuação do Estado. Sua atuação contribui para um uso do poder ajustado aos valores da poliarquia, favorecendo ações responsáveis. O contrário também é verdadeiro: quando mal calibrados, oferecem incentivos distorcidos e favorecem escolhas equivocadas. Esta seção procura apresentar um marco analítico dos tipos possíveis de desajustes desses mecanismos. Nesse percurso, identifica problemas quantitativos, relativos ao quanto de controle é exercido, e qualitativos, relativos a propriedades problemáticas de cada tipo de controle. Por fim, um último ponto da seção explora as possibilidades de sobreposição entre os mecanismos de controle, que podem resultar em cooperação ou competição.

4.1 PROBLEMAS QUANTITATIVOS: CONTROLES DE MAIS E CONTROLES DE MENOS

O primeiro tipo de desajuste é quantitativo e refere-se à quantidade de controle exercida sobre a administração pública. Nessa linha, Bovens, Schillemans e Hart (2008, p. 225-226) assinalam que os mecanismos podem padecer de duas disfuncionalidades extremas: o excesso e a falta.

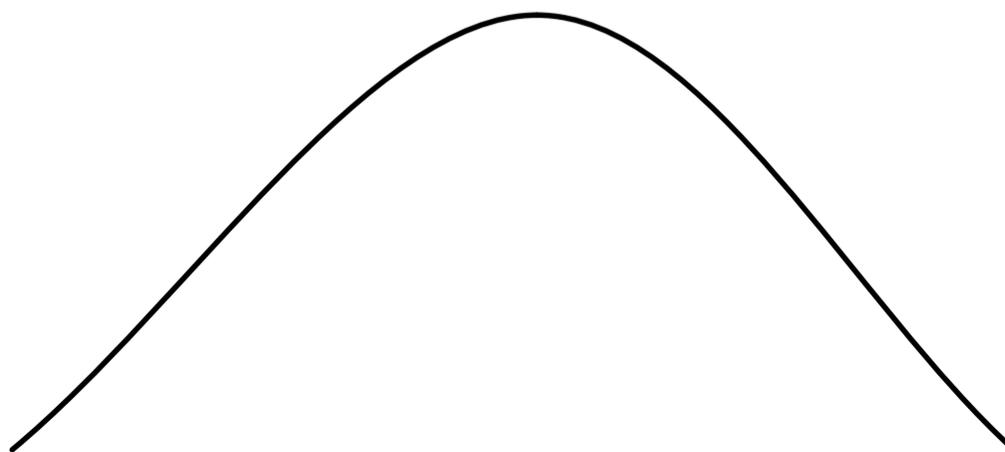
O excesso de controle, ao burocratizar indevidamente os procedimentos decisórios, representa um alto custo de transação para a gestão administrativa. Autoridades públicas podem ser, por exemplo, submetidas a um desmedido contencioso, que se estabelece por meio de uma utilização enviesada dos mecanismos de *accountability* (BOVENS; SCHILLEMANS; HART, 2008, p. 225-226).

O saldo dos controles excessivos pode não ser o de um jogo de soma positivo. Isso porque, como apontam os autores, os controles excessivos levam a uma armadilha em que as autoridades podem ser capazes de atender às gincanas estabelecidas pelos controladores, sem que isso resulte em ganhos para a coletividade. Além disso, outro risco potencial dos controles exagerados é o estímulo para comportamentos conservadores, avessos ao risco e à inovação (BOVENS; SCHILLEMANS; HART, 2008, p. 225-226). Desse modo, gestores resguardam-se contra punições, mas não formulam respostas que poderiam qualificar as políticas públicas de que são encarregados.

O reverso da moeda é a falta de *accountability*. Sem mecanismos de controle satisfatórios, agências do Estado podem usar do poder de modo a não satisfazer o público. Para além de deficiências evidentes como essa, há também novos problemas, que decorrem do caráter técnico assumido por segmentos da gestão pública. É o caso dos bancos centrais ou das agências reguladoras independentes, que se constituem como órgãos de Estado apartados do funcionamento político. O risco é que tais agências se tornem técnicas demais para serem controladas.

Aplicando esse diagnóstico ao caso brasileiro e tendo como referência as ações discricionárias que se voltam a induzir os mercados, pode-se ilustrar os problemas quantitativos de controle na forma de um “U” invertido, apresentado no gráfico a seguir. Controles de menos não oferecem a devida tração para os gestores públicos, o que pode levar a decisões com pouca capacidade de gerar resultados desenvolvimentistas. É o caso de ações inconsistentes, sem métricas de impacto, causadoras de mais custos do que benefícios e sujeitas a corrupção – atuações, enfim, que se desviam de sua finalidade pela ausência de controle. Controles de mais também podem ter efeito predatório sobre o desenvolvimento, favorecendo apostas seguras, do ponto de vista do controlador, mas que são conservadoras, avessas a risco, e não são capazes de gerar o efeito necessário.

AÇÃO DESENVOLVIMENTISTA



INTENSIDADE DOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS

Um exemplo de descalibração quantitativa e de possíveis incentivos distorcidos é o dos mecanismos de controle incidentes sobre os tomadores de decisão do BNDES, que se veem as voltas com controles de mais e com controles de menos. De um lado, há poucos controles relativos ao impacto das políticas de financiamento do banco. Esse problema foi inclusive objeto de um acórdão do Tribunal de Contas da União, em 2012 (TCU, 018.693/2012-1), que apontou deficiências na forma de controle dos efeitos de seus programas, recomendando ao BNDES que instituisse métricas de controle mais apuradas sobre a efetividade de suas opções. Trata-se, na verdade, de um problema que afeta as políticas industriais do continente de modo geral. Peres e Primi (2009, p. 38-40), em um trabalho para a Cepal, indicam que na América Latina os governos padecem da falta de mecanismos de controle sobre o impacto e a efetividade de suas políticas industriais.

No caso do BNDES, a falta de controles quanto aos impactos esperados permite opções de financiamento que podem não resultar no máximo retorno para o desenvolvimento, embora possam fazer sentido econômico para o banco.¹⁸ O perfil de seus desembolsos revela, por exemplo, uma preferência para os setores de commodities e não para os setores difusores de progresso técnico. É um padrão de desembolso mais voltado a conservar as atuais vantagens comparativas e menos dado à sua transformação (ALMEIDA, 2009 p. 23-44). Mecanismos de controle mais apurados, no que se refere à verificação do custo e à efetividade das decisões de financiamento, poderiam incentivar os gestores do banco a alterar o seu perfil de clientela.

De outro lado, os gestores do BNDES são expostos a excessivos controles, relativos à probidade de sua gestão. Desembolsos para empresas e projetos que porventura sejam mal-sucedidos podem resultar em ações de responsabilização, promovidas pelos órgãos de controle. Isso pode ocorrer se os órgãos de controle se ativerem a um escrutínio individual dos contratos, em vez de verificarem sua consistência com as políticas e padrões adotados pelo banco.¹⁹ Para o BNDES, como banco, a lógica de gestão é a de carteira de projetos, isto é, o resultado é perseguido em um conjunto de empreendimentos, o que deveria permitir uma dosagem entre apostas arriscadas e empreendimentos conservadores. O efeito colateral de

...

18 O BNDES é um banco lucrativo e mesmo quando comparado com outros bancos de desenvolvimento apresenta um retorno positivo sobre o patrimônio líquido, registrado em 12,5%. A título de comparação, o banco de desenvolvimento da China (CDB) apresenta um retorno de 13,37% e o KfW, da Alemanha, de 11,52%. Ver a respeito Ferraz, Além e Madeira (2013, p. 30).

19 Esse não é o caso do citado acórdão TCU – 018.693/2012-1, em que o TCU verificou o procedimento de avaliação do banco, procurando assim verificar seus métodos e políticas e não propriamente suas decisões pontuais. Evidente que os contratos devem ser objeto de controle, mas sua verificação precisa situá-los no âmbito de uma política e dos padrões estabelecidos para aquele segmento, e não fragmentá-lo do restante das operações setoriais.

um controle caso a caso é uma restrição dos benefícios da gestão de carteira e o favorecimento de um perfil conservador dos gestores do banco. Uma análise de seus desembolsos permite estabelecer uma inferência a esse respeito: setores consolidados, portadores de expressivas garantias e com capacidade de pagamento contam com mais suporte do que empresas portadoras de maior risco.

O caso do BNDES e as descrições da literatura ilustram uma conclusão simples, mas não trivial: mecanismos de controle não são sempre necessariamente positivos. Mais controle pode também significar mais custos de transação e menos resultados. No limite, o receio da discricionariedade pode levar a um fetiche do controle e este, por sua vez, a situações cujo saldo público não é positivo: as ações de governo não se tornam melhores, quanto mais controladas forem. A relação entre controle e realização não é a de uma proporção direta, mas a de um “U” invertido. Isso significa que o incremento das ações de governo não depende da existência de mais controle, mas sim de uma calibração acertada dos mecanismos existentes.

4.2 PROBLEMAS QUALITATIVOS: DEMOCRÁTICOS, REPUBLICANOS E LIBERAIS

Tomando cada um dos mecanismos de controle – democrático, republicano e liberal – acima apresentados, sua atuação se localiza em uma régua, que rivaliza atuações potencialmente bem-sucedidas e malsucedidas. Assim, se o quadro da seção 3.2 apresentou as suas finalidades assumindo o seu funcionamento virtuoso, os itens a seguir descrevem tipos possíveis de problemas qualitativos.

4.2.1 DESAJUSTES DO CONTROLE DEMOCRÁTICO: POPULISMO E PARALISIA

Se o controle democrático tem como finalidade garantir uma verificação das opções políticas tomadas pelo governo, quando mal calibrado pode ensejar duas situações problemáticas opostas: o populismo e a paralisia. Na primeira, o governo conta com incentivos fortes para ações de curto prazo e com apelo eleitoral, mas com menor consistência intertemporal. No limite, estabelece-se uma governança democrática denominada por O’Donnell (1991) de “democracia delegativa” – um arranjo com ampla delegação de poderes pelo eleitor e de baixa prestação de contas no curso da gestão. Nesse caso, a ausência de mecanismos de *accountability* enfraquece a realização da democracia e configura um arranjo em que “um super Estado corresponde, então, a uma subcidadania” (CAMPOS, 1990, p. 8). Na segunda situação, o governo é paralisado pelo uso excessivo dos meios de controle à disposição dos atores políticos – uma situação de *checks sem balances*.

A politização da gestão das empresas estatais é um caso que exemplifica os controles democráticos de menos. Nos anos 1980, as empresas estatais foram seguidamente utilizadas como mecanismos de ajuste inflacionário: as tarifas de seus serviços eram congeladas, a fim de evitar repique inflacionário na economia, o que acabou por estrangular a sua capacidade de investimento. A controvérsia recente em torno da manutenção dos preços da gasolina em

patamares inferiores ao precificado pelo mercado indica um comportamento semelhante. Ambas as situações sugerem que o controle das opções políticas é concentrado na eleição, e os mecanismos horizontais de avaliação das opções políticas são falhos. O resultado disso é o incentivo para que as decisões econômicas sejam submetidas aos interesses eleitorais de curto prazo.²⁰

Na via oposta, controles democráticos de mais levam a uma governança democrática assentada em múltiplos pontos de veto, de modo que os governos eleitos são imobilizados pelos mecanismos de controle político (BARDHAN, 1999). Em um cenário agudo, controles democráticos distorcidos podem levar a uma situação de ingovernabilidade (LAMOUNIER, 1991, p. 12-15). É o caso da república de 1946.

Naquele arranjo constitucional, o poder de agenda do Executivo era partilhado com o Legislativo, que contava com múltiplos pontos de veto. Dados de Santos (1997) ilustram a dimensão das dificuldades do governo nesse período: entre 1951 e 1954, apenas 38,3% dos projetos de lei do Executivo foram aprovados pelo Legislativo. Esse percentual cresceu nas legislaturas seguintes, mas sempre ficou abaixo dos patamares pós-1988 (entre 1955 e 1958, o Executivo aprovou 57,1% de suas iniciativas e, entre 1959 e 1962, 60%).

No regime constitucional de 1988, os problemas vivenciados em 1946 foram mitigados por meio de regras que tiveram o efeito de enfraquecer alguns dos detentores de veto político. Embora ainda perdure um presidencialismo em bases consociativas, o que Abranches (1998) denomina “presidencialismo de coalizão”, as regras constitucionais centralizaram no Executivo o poder de agenda, o que reequilibrou o seu poder de ação *vis a vis* os dispositivos de controle parlamentar (SANTOS, 1997; LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998). É o caso da previsão constitucional das medidas provisórias, da possibilidade de o Executivo pedir urgência em votações, da ampliação das competências legislativas do Executivo (SANTOS, 1997), e por fim da centralização da governança parlamentar na atuação do colégio de líderes, garantida pelo regimento do Congresso (LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998; FIGUEIREDO, 2001, p. 694).

Esse arranjo, no entanto, também tem seus efeitos colaterais. O primeiro deles é o esvaziamento temático do Congresso, que, privado de um maior poder de agenda, é menos habilitado a análises setoriais, o que suprime a sua capacidade de um controle das políticas

...

²⁰ Na literatura nacional, um dos primeiros trabalhos sobre *accountability* é o de Campos (1990), que destaca a insuficiência das eleições e de outros mecanismos internos de controle da burocracia. O título do trabalho é sugestivo: “*Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?” (CAMPOS, 1990). Quase duas décadas depois, o trabalho original de Campos foi revisitado por Pinho e Sacramento (2009) em um artigo que questiona se já é possível traduzir o conceito, ou seja, entendê-lo como efetivo. A conclusão dos autores, embora reconheçam sucessivos avanços institucionais, ainda indica uma carência de controle democrático nas instâncias da administração pública brasileira.

públicas do Executivo – resultando nos controles democráticos de menos.²¹ Em seguida, outra possível consequência dessa configuração é uma usurpação do controle político-democrático, parcamente exercido pelo Congresso, por outras instâncias de controle, como o Ministério Público e o Judiciário. A seção 4.3 voltará a esse ponto.

4.2.2 DESAJUSTES DO CONTROLE REPUBLICANO: INCONSISTÊNCIA E ELITISMO TECNOCRÁTICO

Se o controle republicano tem a finalidade de garantir eficiência e probidade na gestão pública, seu desenho institucional desbalanceado pode levar ao patrimonialismo, à inconsistência regulatória e ao elitismo tecnocrático. O patrimonialismo é uma consequência relativamente evidente: na ausência de controle, decisões discricionárias podem levar recursos públicos a ser apropriados para fins privados. A descrição a seguir terá como objeto os outros dois tipos de desajustes: a inconsistência regulatória e o elitismo tecnocrático.

A inconsistência regulatória remete a escolhas de intervenção econômica tomadas em um ambiente com baixo controle da qualidade das ações administrativas. A consequência disso é um descompasso entre os fins visados e os meios escolhidos, o que pode levar a efeitos não pretendidos pelos tomadores de decisão. Em uma situação extrema, constitui-se o que Sunstein (1990) descreve como paradoxos do Estado regulador: situações em que o resultado alcançado é justamente o oposto do almejado.

No Brasil, como já assinalado, a análise de impacto regulatório é ainda incipiente, estando concentrada em algumas experiências piloto (LIMA, 2010, p. 104-131). Em 2007, por meio do Decreto n. 6.062, foi instituído no Ministério da Casa Civil o PRO-REG – Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, cujo objetivo era criar as bases para uma qualificação da governança regulatória. Apesar do programa, a análise de impacto regulatório é ainda pouco estruturada, não contando com uma rotina no âmbito das Agências Reguladoras, nem tampouco com um volume satisfatório de gestores capacitados. O risco potencial dessa incipiência é a adoção de regras e desenhos regulatórios inconsistentes, assentados mais no voluntarismo administrativo do que na adequada seleção de meios e fins.

No lado oposto da régua, os controles republicanos demais podem ensejar um ambiente elitista de tomada de decisão e de implementação das políticas públicas. Nessa linha, a busca obstinada por soluções eficientes pode enveredar para uma crença tecnocrática de que as opções de política não decorrem de preferências distintas, mas apenas de opções estabelecidas entre técnicas mais ou menos acertadas.

A crítica da literatura experimentalista (SABEL, 2004; SABEL; ZEITLIN, 2012) tem como alvo justamente essa pretensão tecnocrática, presente nas proposições da “nova gestão pública” (“*new public management*”). Como salienta Sabel (2004, p. 5-10), o campo da administração

...

21 Há uma ampla literatura na ciência política indicando as falhas de funcionamento do Congresso como instância de *accountability*. Ver Arantes et al. (2010); Moisés (2011); Figueiredo (2001); e Anastásia (1999).

pública é dado a contingências não plenamente programáveis e o êxito das políticas depende da constituição de uma governança aberta ao experimentalismo. Isso implica que a agenda inicial possa ser reconfigurada e adaptada a partir da interação com os agentes, em um processo assentado em uma permanente retroalimentação – *feed back looping*. Tendo isso em conta, controles republicanos que procurem estabelecer rigidamente as soluções mais eficientes e tecnicamente acertadas, tanto para as opções de política como para o modo de sua implementação, podem impedir o percurso de experimentalismo institucional, limitando assim o aprendizado da gestão e o satisfatório aperfeiçoamento das políticas públicas.

Mais ainda, a ideia de experimentalismo pressupõe uma visão crítica dos fetiches institucionais, como assinala Unger (2004, p. 16-21). As opções políticas e os modelos institucionais quando limitados por um juízo técnico, que se supõe ideologicamente neutro, pode impedir a construção de arranjos alternativos, advindos da experiência, mas que não são formatados nos termos dos cânones técnico-científicos hegemônicos. O campo do desenvolvimento é, particularmente, fértil para esse tipo de embate entre o que recomendam os postulados científicos e o que demanda a realidade social e econômica. A rejeição à política industrial é um exemplo eloquente. Daí que a busca da solução supostamente eficiente pode muitas vezes não se mostrar materialmente efetiva.

O desenho regulatório do setor de petróleo brasileiro pode ser um exemplo de ambas as possibilidades de desajuste nos mecanismos de controle. Nesse setor, regras da Agência Nacional do Petróleo (ANP) exigem percentuais de conteúdo local para as aquisições de empresas que exploram petróleo nas reservas nacionais (XAVIER, 2010). Ausentes mecanismos de avaliação de impacto mais apurados, as regras podem impor montantes de conteúdo local exagerados, ocasionando assim um desarrazoado aumento de custos para o setor, que terá de adquirir no país parte substantiva de seus insumos produtivos. A consequência disso pode ser a produção de um efeito *Sunstein*. A pretensão nacionalista pode tornar a exploração de petróleo não competitiva, prejudicando o seu desenvolvimento, impondo, ainda, perdas para a Petrobras, que é o principal agente da política (XAVIER, 2010, p. 10-14).²²

Por outro lado, uma avaliação de impacto regulatório transplantada das melhores práticas internacionais pode impor parâmetros de avaliação na chave custo-benefício que podem não ser capazes de ponderar as singularidades presentes na perseguição de uma nova vantagem comparativa. Em outros termos, uma avaliação moldada nessa chave, assentada em uma métrica de eficiência estática, pode não mensurar habilidosamente os custos decorrentes da curva de aprendizado setorial e os benefícios intergeracionais de se criar competência nacional em indústrias estratégicas, como a naval.

...

22 Para uma crítica do modelo e das regras da ANP, ver Guimarães (2012, p. 33-46).

Na realidade, há um desafio na formulação de um padrão de governança regulatória no Brasil. Isso porque as métricas de avaliação de impacto foram concebidas para amparar intervenções regulatórias corretivas dos mercados. São assim mecanismos afinados para uma mensuração estática, ou seja, uma avaliação que assume a manutenção das condições de mercado. Ocorre, contudo, que parte relevante da intervenção econômica do Estado brasileiro insere-se em um arranjo de política industrial e volta-se a perseguir uma eficiência dinâmica, isto é, uma alteração das condições correntes de organização dos mercados – a criação de novas vantagens comparativas. Nesse cenário, portanto, os controles precisam estar ajustados a mensurações de eficiência intertemporais.

4.2.3 DESAJUSTES DO CONTROLE LIBERAL: EXPROPRIAÇÃO PÚBLICA E APROPRIAÇÃO PRIVADA

Tendo o controle liberal a finalidade de resguardar os espaços de autonomia privada, os tipos de desajustes de sua atuação levam aos extremos de expropriação pública e apropriação privada. A expropriação pública corresponde ao que, no campo da regulação econômica, a literatura denomina expropriação regulatória – *regulatory taking*: a imposição de perdas econômicas ocasionadas por decisões do Estado. Já a apropriação privada remete ao oposto: um excesso de proteção liberal que favorece interesses privados em detrimento do público.

O funcionamento do sistema tributário no Brasil fornece exemplos para ambas as situações. No lado dos controles de menos, figura a ampla competência normativa da Secretaria da Receita Federal, que, por via regulamentar, pode estabelecer entendimentos sobre a forma de incidência dos tributos. Trata-se de uma competência discricionária alargada, que repercute na cobrança de tributos e, conseqüentemente, na possibilidade de autuar empresas que estejam em desconformidade com o entendimento tributário da Receita.

Um caso exemplificativo é o da Lei do Bem (Lei n. 11.196/2005). A lei foi promulgada no contexto da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) e tinha o objetivo de garantir benefícios fiscais de PIS/Pasep, Cofins, IRPJ e CSLL para atividades de inovação. Em 2011, seis anos após a sua promulgação, e cinco anos após a edição do Decreto n. 5.798/2006, que a regulamentou, a Receita editou a Instrução Normativa 1.187/2011, para regular o entendimento sobre alguns de seus conceitos operativos. Entre outros temas, a Instrução Normativa limitou a possibilidade de se estender os benefícios da lei para as atividades de encomenda, restringiu a noção de pesquisador, para fins de dedução tributária dos custos de remuneração, e apresentou regra sobre a forma de cálculo da amortização e depreciação dos bens vinculados às atividades de pesquisa e desenvolvimento – temas que impactam a forma de cálculo do imposto devido.²³

...

23 Ver a respeito Carpinetti, Paiva e Chiavassa (2011).

O ponto é que não só a Instrução Normativa incide na forma da operação da lei, a partir de sua edição, como também permite à Receita Federal autuar as empresas que arrecadaram tributos, desde 2005, em desconformidade com o que seria a forma correta de cumprimento da lei. Situações como essa indicam dois problemas. Primeiro, revelam que a ideia de estrita legalidade tributária é matizada materialmente pelo poder normativo infra-legal da Secretaria da Receita Federal. Uma situação para a qual os controles liberais mostram-se exíguos. Segundo que, antevendo esses riscos, empresários podem rejeitar o uso de benefícios tributários até a sua regulamentação pela Receita, o que pode trazer prejuízos para o desenvolvimento.

A situação oposta, relativa aos controles de mais, pode ser exemplificada pelas excessivas proteções contra o poder de tributar que são reforçadas pelo Poder Judiciário. A Constituição Federal estabelece em seus artigos 150 a 152 os limites incidentes nessa área. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7 que parte dessas limitações tem a natureza de cláusula pétrea, isto é, não pode ser alterada sequer por reforma constitucional. Na ADI 939-7, o STF julgou a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, relativa à instituição do Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF). O texto da emenda excluía a IPMF de duas limitações constitucionais, previstas nos artigos 150, III, b, e VI, a saber: (i) vedação de cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu e (ii) limitações tributárias em razão das imunidades constitucionais (imunidades recíprocas entre os entes federados, imunidades para partidos políticos, templos de qualquer culto e livros, jornais e periódicos). O acórdão decidiu pela inconstitucionalidade de ambas as exclusões, entendendo que as garantias do art. 150, por serem equiparáveis a cláusulas pétreas, estão a salvo das reformas constitucionais.

A equiparação de matéria tributária à cláusula pétrea sugere um caso de controle de mais por razões de princípio e de resultado. Pelas razões de princípio, porque desequilibrou a relação entre direito e política, tornando imutável matérias que, sob regras de um reformismo regulado, deveriam se situar no campo de ação da política. A Constituição já apresenta uma relativa rigidez para ser reformada – emendas constitucionais só podem ser aprovadas com o quórum qualificado de 3/5 dos deputados e dos senadores, em votações em dois turnos em ambas as casas. Daí porque a elevação das garantias tributárias à posição de regras constitucionais imutáveis é uma blindagem à ação política que parece exagerada. Pelas questões de resultado, a decisão da ADI 939-7 permite uma amplificação da rigidez constitucional nessa matéria, o que pode limitar as possibilidades de uma reforma tributária. Afinal, dado o precedente da ADI 939-7, pode haver a construção jurisprudencial de novas cláusulas pétreas tributárias.

Os exemplos sugerem um típico problema de calibração. De um lado, o poder normativo da Receita está sujeito apenas à crença formal e irrealista do direito público de que

“só a lei inova na ordem jurídica”. Na realidade, são os regulamentos, parcamente controlados, os principais instrumentos normativos da ordem econômica. De outro lado, o Judiciário atira-se em ímpetos de proteção, bloqueando as possibilidades da política, justamente onde as proteções já existem. A tabela a seguir compila as patologias.

QUADRO 2 – TIPOS DE CONTROLE E PATOLOGIAS

MECANISMOS DE CONTROLE	CONTROLES DE MENOS	CONTROLES DE MAIS
DEMOCRÁTICOS	POPULISMO	PARALISIA
REPUBLICANOS	INCONSISTÊNCIA	ELITISMO TECNOCRÁTICO
LIBERAIS	EXPROPRIAÇÃO	APROPRIAÇÃO PRIVADA

Fonte: Elaboração própria.

4.3 SOBREPOSIÇÃO DOS CONTROLES: COOPERAÇÃO E COMPETIÇÃO

Os controles podem ser quantitativamente de mais e de menos, apresentar diferentes tipos de desajustes qualitativos e podem ainda experimentar situações de sobreposição. Afinal, atuam simultaneamente, de modo que há também entre eles uma interação. Dessa maneira, em um retrato tipológico, tem-se que a relação entre os mecanismos de controle se estabelece entre os extremos de cooperação e de competição. No primeiro caso, há uma conjugação de esforços e uma atuação capaz de produzir resultados que sejam igualmente satisfatórios para as finalidades de cada mecanismo. Trata-se de uma situação tendente ao mutualismo.²⁴ No segundo caso, há uma relação de usurpação, segundo a qual a perseguição das finalidades de um mecanismo de controle compete com a atuação do mecanismo adjacente, sugerindo uma situação de predação. Dois exemplos ilustram as possibilidades de cooperação e de competição: (i) a Lei de Acesso à Informação e (ii) o controle judicial da regulação econômica.

...

²⁴ Essa descrição é inspirada nos tipos de relação que Trubek e Trubek assinalam para os mecanismos regulatórios e de governança utilizados pelo Estado. Os autores assinalam que regras de natureza “comando e controle” e mecanismos de autorregulação podem desenvolver três tipos de relação: coexistência, rivalidade e transformação. Ver sobre isso Trubek e Trubek (2006).

A Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) estabelece um marco regulatório que dá operatividade ao dever de publicidade da administração pública, inscrito no art. 37 da Constituição Federal. Ao estipular procedimentos de acesso e definir critérios de sigilo para as informações, a lei inverte o ônus da transparência, atribuindo à administração pública o dever de justificar a eventual recusa em prestar as informações solicitadas. Cria assim um mecanismo de controle liberal do Estado, voltado a dotar o cidadão de ferramentas para obter informações públicas que sejam de seu interesse.

O manuseio desse instrumento, no entanto, pode ser cooperativo com as finalidades dos controles democrático e republicano. Ao favorecer a circulação de informação, tende a fornecer insumos para um acompanhamento qualificado das opções de política do governo. Com isso, se por razões institucionais, o Congresso não desempenha satisfatoriamente o seu trabalho de “patrulha de polícia”²⁵ do Executivo, a Lei de Acesso à Informação, ao garantir transparência, pode amplificar os controles democráticos a cargo da esfera pública. Pelas mesmas razões, pode estimular a constituição de ferramentas que levem a escolhas políticas mais consistentes.

Um caso ilustrativo nesse sentido foi a decisão liminar do ministro Ricardo Lewandowski, nos autos da Reclamação 17091, que garantiu à Empresa Folha da Manhã S/A acesso aos relatórios de análise do BNDES. Esses relatórios dão suporte às decisões de empréstimos e financiamentos do banco, e seu acesso sempre foi recusado pelo BNDES, com base na lei do sigilo bancário. Com decisões como essa, respaldadas na Lei de Acesso à Informação, os critérios de empréstimos do banco podem ser mais expostos publicamente, permitindo assim crítica pública sobre as suas decisões discricionárias. O efeito direto é o de contrabalançar o citado cenário de controles democráticos de menos, vivenciado pelo banco. O efeito indireto pode ser o de induzir uma qualificação nas análises de impacto da política industrial.

A situação oposta, de uma relação de competição predatória, é exemplificada pelo controle jurisdicional da regulação econômica no setor de telecomunicações. Na primeira década dos anos 2000, Ministério Público, associações de consumidores e consumidores individualmente se valeram de ações judiciais para questionar a legalidade de um dos itens que compõem a cesta de tarifas do serviço de telecomunicações – a assinatura básica. O argumento mais frequente era o de que a assinatura correspondia a uma remuneração para a qual não havia contraprestação – consumidores pagavam independentemente do uso que faziam do serviço.

Essas ações geraram um dos maiores contenciosos do Poder Judiciário. Em 2008, ano em que o STJ decidiu a questão, aprovando a Súmula 356, com base na Lei de Recursos

...

25 McCubbins e Schwartz (1984) lidam com dois tipos de controle desempenhados pelos parlamentos: a patrulha de polícia, que seria um controle constante e incisivo, e o alarme de incêndio, que descreve um tipo de controle voltado a alertar para a ocorrência de algum problema extremo, não usual.

Repetitivos (Lei n. 11.672/2008), havia mais de 1600 ações dessa natureza tramitando apenas no STJ. Na ocasião, o STJ decidiu pela legalidade da cobrança, entendendo que ela tem natureza contratual.

Embora essas ações não fossem dirigidas muitas vezes aos órgãos da administração pública, e sim às empresas de telecomunicações, o conteúdo do litígio tratava das opções regulatórias estabelecidas para o setor. O Judiciário, ao afastar essa cobrança, competia predatoriamente com um controle de tipo republicano, e poderia assim comprometer a consistência do modelo regulatório. Isso porque enquanto a resposta judicial é assentada em uma lógica comutativa, que leva em conta apenas a relação bilateral entre as partes, os problemas regulatórios têm natureza distributiva e envolvem múltiplos interesses, muitos dos quais não estão representados em uma lide judicial.

Em cenários como esse, a solução mais adequada para a correção de eventuais desacertos regulatórios passa por um redesenho das regras de regulação, o que pressupõe a reconsideração do impacto dos custos do serviço prestado e a forma de repartição entre os consumidores. Em suma, é um problema cuja resposta será mais satisfatória se for processada no âmbito de um controle republicano, por meio de uma análise de impacto regulatório, por exemplo. É verdade que esse tipo de controle é incipiente no Brasil, mas a resposta judicial, ao suplantando esse tipo de controle, não favorece o seu fortalecimento.

Há outros segmentos que vivenciam situações semelhantes. É o caso, por exemplo, do Sistema Único de Saúde (SUS). Inúmeras decisões judiciais têm garantido aos respectivos demandantes acesso a medicamentos que não estão contemplados na política nacional de medicamentos. Como resultado, a resposta judicial configura uma escolha de política de saúde no âmbito de uma relação entre partes.²⁶

Seja no caso de telecomunicações, seja no de saúde, a desconfiança do funcionamento adequado dos outros poderes e de seus mecanismos de controle pode ser um dispositivo que incentive e justifique o ativismo judicial. O ponto é que esse ativismo pode funcionar de modo competitivo ou cooperativo. Em outros sistemas jurídicos, como o inglês, diante de situações como essa, a posição do Judiciário não é a de se subrogar na posição de gestor público, escolhendo substantivamente a forma de alocação do recurso público, mas sim a de exigir do Executivo que comprove a razoabilidade de sua escolha (WANG, 2013, p. 115-172). Seguindo esse caminho, o controle liberal não atua de modo predatório para a consistência das escolhas políticas, mas sim de modo cooperativo com o fortalecimento de um controle republicano. Ao cobrar do Executivo os critérios de escolha, em vez de dar provimento aos pleitos individuais, o Judiciário incentiva um aprimoramento das análises de impacto e da consistência das escolhas administrativas.

...

²⁶ Sobre as distorções da resposta judicial às demandas baseadas no direito à saúde, ver Ferraz e Vieira (2009) e Vieira e Zucchi (2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Argumentava-se na Introdução que a relação entre o desenvolvimento e a democracia não se constitui como uma antinomia necessária. Assim como o ocorrido no embate conceitual entre democracia e capitalismo, a convivência entre um crescimento induzido e um regime baseado na participação também será processada no plano institucional. Para isso, no caso brasileiro, há duas variáveis críticas em jogo.

A primeira, no plano operativo, é de desenho institucional e diz respeito a uma calibragem adequada entre os mecanismos de controle democrático e as decisões discricionárias, constitutivas de um Estado ativista. O mapa sugerido neste trabalho tem como propósito constituir uma tipologia dos desvios, para assim contribuir com futuras agendas de reforma institucional.

O manuseio dessa régua, no entanto, conta com o desembaraço da segunda variável crítica – o campo doutrinário do direito público. A identificação e a superação dos problemas de calibração na atuação dos controles demandam uma abordagem doutrinária que vá além da convencional compreensão formalista. Um ponto de partida importante para isso é a compreensão dos mecanismos de controle por suas funções e o reconhecimento de seus potenciais tipos de desajustes. A expectativa, com isso, é favorecer a abertura de um diálogo mais próximo e consistente com os problemas efetivos da administração pública.

NOTA DE AGRADECIMENTO

Este trabalho contou com o apoio da Fapesp e se beneficiou do estágio de pós-doutorado no programa Global Hauser da NYU School of Law. Agradeço aos comentários dos revisores anônimos da Revista Direito GV e também aos comentários feitos a versões anteriores deste trabalho por Luciana Cunha, Máira Machado, Mariana Pargendler, Carlos Ari Sundfeld, Oscar Vilhena Vieira e Daniel Wang.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *DADOS*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1998.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Mansueto. Desafios da real política industrial brasileira do século XXI. *Texto para Discussão IPEA*, n. 1452, p. 7-70, 2009.

AMSDEN, Alice. *The Rise of "the Rest": Challenges to the West from Late-industrializing Economies*. New York: Oxford University Press, 2001.

ANASTÁSIA, Fatima. A responsabilização por controle parlamentar. Trabalho apresentado no GT Instituições Políticas, ANPOCS, p. 1-42, 1999. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4761&Itemid=357>. Acesso em: 30 mar. 2016.

ARANTES, Rogério et al. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público. In: LOUREIRO, M.; ABRÚCIO, F.; PACHECO, R. (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para o Estado democrático no século XXI*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. p. 109-147.

ARIDA, Pécio; BACHA, Edmar; RESENDE, André Lara. *Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil*. Instituto de Estudos de Política Econômica, Casa das Garças, Rio de Janeiro, 2004. p. 1-25.

AYRES BRITO, Carlos. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 189, 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARDHAN, Pranab. Democracy and Development: a complex relationship. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDÓN, Casiano. *Democracy's Value*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2008.

BONIS, Daniel de; PACHECO, Regina Silvia. Nem político nem burocrata: o debate sobre o dirigente público. In: LOUREIRO, M.; ABRÚCIO, F.; PACHECO, R. (Orgs.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para o Estado democrático no século XXI*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. p. 329-362.

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does Public Accountability Work? An Assessment Tool. *Public Administration*, v. 86, n. 1, p. 225-242, 2008.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, v. 2, n. 24, 1990.

CARPINETTI, Ana Carolina; PAIVA, Mariana Monte Alegre de; CHIAVASSA, Tércio. Receita Federal regulamenta incentivos fiscais da Lei do Bem. 2011. Mimeo.

CHANG, Ha Joon. The Economics and Politics of Regulation. In: _____. *Globalization, Economic Development and the Role of State*. London: Zed, 2003. p. 157-198.

_____. The Economic Theory of the Developmental State. In: WOO-CUMINGS, Meredith. *The Developmental State*. Ithaca: Cornell University Press, 1999.

DAHL, Robert. *Polyarchy*: participation and opposition. New Haven: Yale University Press, 1971.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules I. In: _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EVANS, Peter. *Embedded Autonomy*: States and Industrial Transformation. New Jersey: Princeton University Press, 1995.

FERRAZ, João Carlos; ALÉM, Ana Cláudia; MADEIRA, Rodrigo Ferreira. A contribuição dos bancos de desenvolvimento para o financiamento de longo prazo. *Revista do BNDES*, n. 40, p. 5-42, 2013.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *DADOS*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FIGUEIREDO, Argelina. Instituições e política no controle do Executivo. *DADOS*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, p. 689-727, 2001.

GALLIGAN, D. J. *Discretionary Powers*: a legal study of official discretion. New York: Oxford University Press, 1986.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *Política de conteúdo local na cadeia de petróleo e gás*: uma visão sobre a evolução do instrumento e a percepção das empresas investidoras e produtoras de bens. Brasília: Confederação Nacional da Indústria – CNI, 2012. p. 6-61.

- HABERMAS, Jurgen. Paradigms of Law. *Cardozo Law Review*, n. 17, p. 771-784, 1995.
- HART, H. L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 652-665, 2013.
- HIRSCHMAN, Albert. *Exit, Voice, and Loyalty: responses to decline in firms, organizations, and states*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.
- HUBER, John; SHIPAN, Charles. *Deliberate Discretion?: The Foundations of Bureaucratic Autonomy*. New York: Cambridge University Press, 2002.
- JOHNSON, Chalmers. *MITI and the Japanese Miracle*. Stanford: Stanford University Press, 1982.
- _____. The Developmental State: Odyssey of a Concept. In: WOO-CUMINGS, Meredith. *The Developmental State*. Ithaca: Cornell University Press, 1999.
- KHAN, Mushtaq. Governance and Development: The Perspective of Growth-Enhancing Governance. In: GRIPS Development Forum. *Diversity and Complementarity in Development Aid: East Asian Lessons for African Growth*. Tokyo: Graduate Institute for Policy Studies, 2008. p. 107-152.
- LAMOUNIER, Bolívar. Parlamentarismo, sistema eleitoral e governabilidade. *Nova Economia*, v. 2, n. 2, p. 9-25, 1991.
- LIMA, Valéria Athayde Fontelles de. *A avaliação de impacto regulatório e sua aplicação no Brasil*. 2010. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, UFRJ, Rio de Janeiro, 2010.
- LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, v. 44, p. 81-106, 1998.
- KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. The traditional dialogue between law and economics. *Revista Direito GV*, Especial 1, p. 173-193, 2005.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: Modesto, P. (Coord.). *Nova organização administrativa brasileira: estudos sobre a proposta da comissão de especialistas constituída pelo Governo Federal para reforma da organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MASHAW, Jerry. Accountability and Institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance. In: DOWDLE, M. (Ed.). *Public Accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 115-156.

_____. Judicial Review of Administrative Action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, Especial 1, p. 153-170, 2005.

McCUBBINS, Mathew; SCHWARTZ, Thomas. Congressional Oversight Overlooked: Police Patrol versus Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, v. 28, n. 1, p. 165-79, 1984.

MEIRELLES, Hely Lopes et al. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOISÉS, José Alvaro. O desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão. *Cadernos ADENAUER*, v. 2, p. 15-32, 2011.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. 4. ed. New Jersey: Transaction, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 44, p. 27-54, 1998.

_____. Democracia delegativa?. *Novos Estudos Cebrap*, n. 31, p. 25-40, 1991.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Trad. Barbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1984.

PAUL, Samuel. Accountability in Public Services: exit, voice, and control. *World Development*, v. 20, n. 7, 1992.

PERES, Wilson; PRIMI, Annalisa. Theory and Practice of Industrial Policy. Evidence from the Latin American Experience. *Cepal – Serie Desarrollo productivo*, n. 187, p. 5-48, 2009. Disponível em: <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/9/36449/LCL3013e.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português?. *Revista de Administração Pública*, v. 6, n. 43, 2009.

PRZEWORSKI, Adam. Reforma do Estado: responsabilidade política e intervenção econômica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, ano 2, n. 32, p. 18-40, 1996.

_____; LIMONGI, Fernando. Political Regimes and Economic Growth. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 7, n. 3, p. 51-69, 1993.

PRZEWORSKI, Adam et al. *Democracy and Development: political institutions and well-being in the world, 1950-1990*. New York: Cambridge University Press, 2000.

RODRIK, Dani. Industrial Policy for the Twenty-First Century. In RODRIK, Dani. *One Economics, Many Recipes: Globalization, Institutions, and Economic Growth*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Regulation and Public Law in Comparative Perspective. *University of Toronto Law Journal*, n. 60, p. 519-535, 2010.

SABEL, Charles. Beyond Principal-Agent Governance: Experimentalist Organizations, Learning and Accountability. In: ENGELLEN, E.; SIE DHIAN HO, M. (Eds.). *De Staat van de Democratie: Democratie voorbij de Staat*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2004. p. 1-23.

_____; ZEITLIN, Jonathan. Experimentalist Governance. In: LEVI-FAUR, D. (Ed.). *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 169-186.

SANTOS, Fabiano. Patronagem e poder de agenda na política brasileira”. *DADOS*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 465-491, 1997.

SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: _____ (Orgs.). *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 27-70.

SCHNEIDER, Ben Ross. The *Desarrolista* State in Brazil and Mexico. In: WOO-CUMINGS, M. (Ed.). *The Developmental State*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999. p. 276-305.

SHAPIRO, Martin. Administrative Discretion: The Next Stage. *Yale Law Journal*, n. 92, p. 1487-1522, 1982.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the Regulatory State. *The University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-441, 1990.

TATCHER, Mark; SWEET, Alec Stone. Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions. In: _____. *The Politics of Delegation*. London: Frank Cass, 2003. p. 1-22.

TEIXEIRA, Marco Antônio Gonçalves. Tribunal de Contas da União: trajetória institucional e desafios contemporâneos. In: CUNHA, A.; MEDEIROS, B.; AQUINO, M. *Estado, instituições e democracia: República* – livro 9, volume 1. Brasília: Ipea, 2010. p. 415-443.

TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Law. *Law and Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

TRUBEK, David. Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development. *Yale Law Journal*, v. 82, n. 1, p. 1-50, 1972.

TRUBEK, David; TRUBEK, Louise. New Governance & Legal Regulation: complementarity, rivalry, and transformation. *Columbia Journal of European Law*, v. 13, 2006.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. Trad. Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Saúde Pública*, v. 2, n. 41, p. 214-222, 2007.

WADE, Robert. *Governing the Market: Economic Theory and the Role of Government in East Asian Industrialization*. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

WANG, Daniel. *Can Litigation Promote Fairness in Healthcare?: The Judicial Review of Rationing Decisions in Brazil and England*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, London School of Economics, 2013.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 1999. v. 2.

XAVIER, Carlos. O conteúdo local nas rodadas de licitação da ANP e o papel da Petrobrás: evidências recentes. *Radar Ipea*, n. 8, p. 9-15, 2010.

Mario G. Schapiro

PROFESSOR EM REGIME DE TEMPO INTEGRAL NA ESCOLA DE
DIREITO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, NAS ÁREAS DE DIREITO E
DESENVOLVIMENTO E DIREITO PÚBLICO.

mario.schapiro@fgv.br