



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO, SOCIEDADE E PENSAMENTO
JURÍDICO

JACKSON DNAJÁ NOBRE FIGUEIREDO

LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL:
ANÁLISE DO RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DA OCDE SOBRE O SISTEMA DE
INTEGRIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA

FORTALEZA

2020

JACKSON DNAJÁ NOBRE FIGUEIREDO

LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: ANÁLISE
DO RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DA OCDE SOBRE O SISTEMA DE
INTEGRIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano

FORTALEZA

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

F491 Figueiredo, Jackson Dnaja Nobre.

Limites e possibilidades do Direito Administrativo Global: análise do relatório de Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira / Jackson Dnaja Nobre Figueiredo. – 2019.
115 f.

Dissertação de (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano

1. Direito Administrativo Global. 2. Sociologia Constitucional. 3. Racionalidade. 4. OCDE.
I. Título

CDD 340

JACKSON DNAJÁ NOBRE FIGUEIREDO

LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: ANÁLISE
DO RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DA OCDE SOBRE O SISTEMA DE
INTEGRIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Custódio Luís Silva de Almeida
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Universidade de Brasília (UFC)

Ao Eduardo Ilitch,

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais pelo apoio e por oportunizar as condições objetivas de realização deste trabalho. A Germana Noronha (ex-companheira) pelo cuidado com o Eduardo Ilitch, nosso filho, que foi fundamental e tornou o processo de escrita deste trabalho mais leve.

Agradeço também aos/as meus/minhas colegas de estudo do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, principalmente, os/as que estiveram na salinha de estudo da pós, nosso *petit comité*, composto de pessoas com qualidades impares: Ana Luiza, Ana Carolina, Beatriz Diógenes, Elizabeth Araújo, Jana Maria, Lincoln Fontenele, Saulo Carvalho, Thiago do Vale (nosso turista) e Victor Magalhães. Todos/as vocês foram essenciais para a materialização desta pesquisa e não tenho palavras para agradecê-los/as.

Cabe ainda alguns agradecimentos institucionais, quero agradecer ao SAJU-UNIFOR que contribuiu para na minha formação crítica e abriu meus horizontes para outra forma de compreender a realidade. Ao GTEIA, coordenado pelo professor Flávio Gonçalves, que me apresentou o mundo da pesquisa acadêmica na graduação. Por fim, ao grupo de pesquisa do PPGD, Serviços Públicos e Condições de Efetividade, coordenado pela professora Cynara Mariano, minha orientadora, e que cumpre uma função singular de defesa epistêmica da democracia no campo do Direito Administrativo brasileiro.

RESUMO

No contexto de uma sociedade hipercomplexa, multicêntrica e com organização internacional estatal, não-estatal e mista, exsurge na *New York University School of Law*, nos EUA, no começo do século XXI, uma proposta acadêmica de Direito Administrativo Global. O intuito deste trabalho é refletir sobre o processo contemporâneo de regulação administrativa construída em nível global. Nessa perspectiva, o cerne é analisar limites e possibilidades dessa proposta teórica. A metodologia utilizada é preliminarmente bibliográfica, articulando a discussão entre a sociologia e as teorias do constitucionalismo hodiernas. Posteriormente, verifica-se que o corpo categorial construído no âmbito da dogmática jurídica não são suficientes para resolver problemas candentes do século XXI – eminentemente transfronteiriços. Essa insuficiência da dogmática se relaciona com o tipo de racionalidade com que o Direito tem se constituído. Logo, faz-se imprescindível analisar alguns aspectos que demonstram a derrocada da racionalidade orientada a fins (*Zweckrationalität*), tanto no âmbito das expectativas cognitivas quanto das expectativas normativas. Levando-se em conta que o reflexo no Direito é indireto, utilizou-se de um estudo de caso, especificamente a Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira. Observa-se, nesta análise, que as preocupações da OCDE são conectadas umbilicalmente com uma racionalidade voltada a determinados fins (*Zweckrationalität*). Inferiu-se, deste modo, que o DAG tem avançado no sentido de abandonar o neo-weberianismo – novas formas de construção da legitimidade – em uma tentativa de fundamentação racional que legitima a ordem política internacional que está posta. O Direito operacionalizado, nestes termos, é um instrumento burocrático substitucionista da representatividade política dos Estado-nações em prol de interesses particularistas. A conclusão do presente estudo é que a legitimidade e a legalidade de orientações/standards de nível global devem seguir um princípio geral de inclusão e este deve ser construído com fulcro em outra racionalidade. A dogmática, nestes termos, não pode ser subserviente as linguagens particularistas do “mercado” em nível global, ela deve constranger epistemicamente e apresentar as possíveis soluções para os problemas da contemporaneidade.

Palavras-chave: Sociologia constitucional. Direito Administrativo Global. OCDE. Racionalidade.

ABSTRACT

In the context of a hyper-complex, multicentric society with an international state, non-state and mixed organization, an academic proposal for Global Administrative Law emerges at the New York University School of Law in the USA, at the beginning of the 21st century. The aim of this paper is to reflect on the contemporary process of administrative regulation built on a global level. In this perspective, the core is to analyze the limits and possibilities of this theoretical proposal. The methodology used is preliminarily bibliographic, articulating the discussion between sociology and the theories of constitutionalism today. Subsequently, it appears that the categorical body built within the scope of legal dogmatics is not sufficient to solve burning problems of the 21st century - eminently cross-border. This insufficiency of dogmatics is related to the type of rationality with which Law has been constituted. Therefore, it is essential to analyze some aspects that demonstrate the overthrow of purpose-oriented rationality (Zweckrationalität), both within the scope of cognitive and normative expectations. Taking into account that the reflection in the Law is indirect, a case study was used, specifically the OECD Evaluation on the Integrity System of the Brazilian Federal Public Administration. It is observed, in this analysis, that the OECD's concerns are umbilically connected with a rationality aimed at certain ends (Zweckrationalität). It was inferred, in this way, that the DAG has advanced in the sense of abandoning neo-Weberianism - new ways of building legitimacy - in an attempt to rationalize what legitimizes the international political order that is in place. Operationalized Law, in these terms, is a bureaucratic substitutionary instrument for the political representativeness of nation-states in favor of particularist interests. The conclusion of the present study is that the legitimacy and legality of global level guidelines / standards must follow a general principle of inclusion and this must be built with a focus on another rationality. Dogmatics, in these terms, cannot be subservient to the particularistic languages of the "market" at the global level, it must epistemically constrain and present possible solutions to contemporary problems.

Keywords: Constitutional sociology. Global Administrative Law. OECD. Rationality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: DOMESTIFICANDO A GLOBALIZAÇÃO OU GLOBALIZANDO O DIREITO DOMÉSTICO.....	19
2.1 Direito Administrativo Global e Governança Global: aportes introdutórios de um procedimento administrativo Global.....	20
2.2 Direito, Globalização e burocracia: pressupostos sociológicos do papel do Direito na legitimação da burocracia	28
2.2.1 Globalizando o Direito doméstico: o declínio da racionalidade voltada a fins (Zweckrationalität)?	38
2.2.2 Constitucionalismo, transconstitucionalismo e DAG: respostas alternativas e a construção da legitimidade.....	44
3 ANÁLISE CRÍTICA DO RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DO SISTEMA DE INTEGRIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA REALIZADO PELA OCDE.....	52
3.1 OCDE e seu papel na construção da burocracia pós-estatal contemporânea.....	53
3.2 Relatório de Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal brasileira.....	62
3.2.1 Apontamentos crítico sobre as quatro recomendações.....	64
3.2.2 As quatro propostas de ações: construindo respostas (in)adequadas	71
4 A CIÊNCIA JURÍDICA NA ERA DO CONSTITUCIONALISMO PÓS-ESTATAL: DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E OS LIMITES DA GOVERNANÇA PÚBLICA EM PAÍSES PERIFÉRICOS	82
4.1 Apontamentos e limites da dogmática jurídica anglo-saxã: o papel da “Direito” Direito Administrativo Global.....	82
4.2 Direito Administrativo Global e Governança Pública no Brasil: repensando a legitimidade	89
4.2.1 Inovação ou neocolonização: limites e possibilidades governança pública no contexto brasileiro	94
4.2.2 Repensando a legitimidade na dogmática do Direito Administrativo Global.....	101
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
REFERÊNCIAS	110

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo, como se desenvolveu ao longo do final século XIX e meados do século XX, foi reestruturado após a Segunda Guerra Mundial. Essa mudança tem uma dupla significação, sendo uma no plano fenomenológico e outra no âmbito da teoria do direito, que justifica e legitima as novas formas de poder que estão se manifestando (ESPÍNDOLA, 2019; NEVES, 2017).

A hipercomplexificação da sociedade mundial (LUHMANN, 2016) em suas múltiplas esferas traz consigo desafios geopolíticos ligados à organização desta sociedade em nível global. A teoria do direito, nestes termos, necessita apontar direções possíveis para a resolução de problemas não mais nacionais¹.

Após 1945, diversas organizações de nível global começam a surgir – ONU, OCDE, Banco Mundial, OMC, dentre outras. Essas organizações passam a ter mais autonomia e a construir orientações/standards de organização da sociedade mundial. A derrocada do socialismo real catalisa ainda mais esse processo e hodiernamente há mais organizações internacionais que Estado-nações (CASSESE, 2005).

Neste cenário, a teoria do direito, que reflete sobre o constitucionalismo, passa a discutir os limites e as possibilidades de legitimação dessas orientações/standards na ordem internacional. O direito internacional público, ou melhor, o constitucionalismo do século XX, já não consegue lidar de forma apropriada com as novas organizações sociais globais que estão emergindo (KRISCH, 2010).

Nesse ambiente, surgem diversas teorias que buscam encontrar a resposta mais adequada para os problemas da sociedade mundial no início do século XXI. O Direito Administrativo Global (DAG) é uma destas propostas e parte do pressuposto que a Governança Global atual é construída na sua maior parte por regulações administrativas (orientações/standards) que perpassam fronteiras e tendem a

¹ A questão social no século XIX já era transfronteiriça, pois estava imbrincada com o modo de produção capitalista que vinha em franco desenvolvimento. Todavia, a percepção que as mazelas sociais são problemas transfronteiriços passa a ser um senso comum teórico com as diversas crises sociais, ambientais, migratórias e econômicas que eclodiram no século XX e começo do século XXI.

organizar a ordem político-jurídico internacional e os Estado-nações em um espaço administrativo global permeado de atores – estatais, não-estatais e mistos.

É importante salientar que o DAG será trabalhado em seu sentido estrito, ou seja, discutir-se-á nos moldes que foram propostos na *New York University School of Law*². Isso não quer dizer que outros autores não serão trazidos a discussão, eles participaram na medida que dialogam e se conectam com o que foi proposto inicialmente. O cerne é fazer uma reflexão sobre como vem sido discutido legitimidade de orientações/standards desenvolvidos em nível global, no âmbito do Direito Administrativo Global. Esta é a problemática que o presente trabalho procura investigar.

Neste sentido, serão analisados alguns pressupostos basilares que permeiam os sentidos e os significados do Direito Administrativo Global, além de investigar como o processo de globalização do direito doméstico ocorre e suas limitações, assim como o tipo de racionalidade que predomina nesta dogmática.

A partir deste quadro teórico, infere-se que há uma dupla forma de compreensão do fenômeno do Direito Administrativo global³, sendo o primeiro o papel

² Para um enfoque mais dogmático com uma apresentação das diversas escolas do Direito Administrativo Global, ver a dissertação de mestrado de Otávio Venturini (2019).

³ René F. U. Hernandez (2005, p. 392, tradução do autor), também considera o Direito Administrativo Global em duas dimensões: “O Direito Administrativo Global (DAG) surge como um esforço intelectual que apresenta pelo menos duas dimensões. Por um lado, propõe uma descrição sofisticada das transformações recentes na governança regulatória global, que estão além do alcance dos kits de ferramentas tradicionais das leis internacionais nacionais e públicas. Nesse sentido, a DAG tem sido proficiente no mapeamento, de uma perspectiva jurídica, dos novos atores e da dinâmica da governança regulatória, muitos dos quais são descritos em outros capítulos deste manual, e que muitas vezes são negligenciados nos estudos jurídicos tradicionais. A DAG também é um projeto normativo. Ela postula um papel central para o Direito (e para as ferramentas administrativas, em particular) no projeto interdisciplinar mais amplo de controle do exercício irrestrito do poder global. Nesta dimensão, a DAG enfatizou a importância de certas práticas (como transparência, participação e responsabilidade) para melhorar a governança e também explorou várias estratégias e arquiteturas regulatórias que poderiam ajudar a alcançar alguns desses objetivos. Em ambas as dimensões, os desafios subjacentes à DAG ressoam com o trabalho de estudiosos, ativistas e profissionais preocupados com a maneira como a governança global afeta a vida das pessoas no Sul Global”. No original: “Global Administrative Law (GAL) emerges as an intellectual effort that features at least two dimensions. On the one hand, it proposes a sophisticated description of the recent transformations in global regulatory governance, which are beyond the grasp of the traditional toolkits of both domestic and public international laws. In this sense, GAL has been proficient in mapping, from a legal perspective, the new actors and dynamics of regulatory governance, many of which are described in other chapters of this Handbook, and which were often overlooked in traditional legal scholarship. GAL is also a normative project. It posits a central role for law (and for administrative law-like tools in particular) in the wider interdisciplinary project of controlling the unfettered exercise of global power. In this dimension, GAL has emphasized the importance of certain practices (such as transparency, participation and accountability) to improving governance, and has also explored various strategies and regulatory architectures that could help to

da teoria do direito para refletir os limites e as possibilidades da legitimação de orientações/standards pensados e elaborados para além dos espaços tradicionais do direito internacional. O segundo é a compreensão do fenômeno da Governança Global enquanto governança regulatória global. Em relação a essa percepção, cumpre salientar que é a forma como os principais teóricos do DAG entendem Governança Global. Esse entendimento de Governança Global mais amplo coaduna-se com a posição de Bas Arts (2003) sobre o tema.

Bas (2003, p. 11, tradução do autor)⁴ prefere um conceito mais amplo de governança global, para poder incluir “mecanismos de coordenação intergovernamental e transnacional, incluindo regulamentação estadual (eventualmente influenciada por lobistas), regulamentação mista” “e autorregulação privada”. Essa sucinta digressão conceitual é importante, pois esta conceituação se aproxima de como DAG é trabalhado pelos principais autores, apesar dela não ser explicitada com clareza.

Quanto à metodologia, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e documental, tendo ciência que a metodologia bibliográfica, segundo Marconi e Lakatos (2001, p. 44), pode “ser considerada também como o primeiro passo de toda pesquisa científica”. Cumpre salientar que a pesquisa será bibliográfica e documental por estar alicerçada no fato de ser uma introdução teórica que tem o interesse de questionar os pressupostos da estruturação do DAG e propor possibilidades de alternativas.

Fez-se, no plano procedimental, uso da base dados oferecidos pela UFC e Web of Science, no intuito de se analisar as produções mais relevantes produzidas no século XXI sobre a temática. Este recorte temporal é necessário, tendo em vista que o Direito Administrativo Global surge como proposta acadêmica em 2003 (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2016).

A busca foi realizada utilizando-se da pesquisa avançada no Web of Science, tendo o algoritmo TS= (pesquisa por tópico) como referência e como

achieve some of these objectives. In both of these dimensions, the challenges underlying GAL resonate with the work of scholars, activists and practitioners concerned with the way that global governance affects the lives of people in the Global South”.

⁴ No original: “[...] intergovernmental and transnational co-ordination mechanisms, thus including state regulation (eventually influenced by lobbyists), mixed regulation (by states and NSAs) and private self-regulation (by NSAs only)”.

palavras chaves Administrative Global Law. Encontrou-se 346 arquivos sobre a temática. Todavia, observou-se que era necessário refinar a pesquisa, pois os resultados traziam artigos até de áreas das ciências da natureza, o que é incompatível com a pesquisa realizada. Deste modo, foram usados para refinar: web of science=(law or international relations or economics) e categorias do web of science=(law or international relations or economics or sociology or political science). Chegou-se ao número de 214 resultados. Esse levantamento nos permitiu ter uma ideia do estado da arte das produções no âmbito do Direito Administrativo Global. Este tipo de pesquisa também nos permitiu ter acesso a doutrinadores de correntes teóricas contrapostas, o que engrandece a investigação sobre o tema.

Nesse ínterim, o trabalho é hipotético-dedutivo, tendo por hipótese que as orientações/standards criados por organismos internacionais agem a partir de uma linguagem particularista o que implica uma racionalidade orientada a fins (*Zweckrationalität*) e por conta disso não conseguem obter os resultados satisfatórios para a questão social global.

Posteriormente, far-se-á um estudo de caso, analisando qualitativamente o relatório de Avaliação de Integridade da Administração Pública Federal brasileira realizado pela OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico –, e refletindo sobre os impactos que uma organização internacional pode causar no direito doméstico de um país periférico. A partir desta investigação será possível identificar a racionalidade que orienta e a forma que foi realizada esta avaliação.

Nessa toada, buscar-se-á verificar como os teóricos do DAG vem refletindo sobre o papel do direito, qual a racionalidade predominante nessa reflexão e como a legitimidade é trabalhada. Depois, verificar-se-á se o tipo de racionalidade que vem orientando a dogmática do DAG tem condições de contribuir para a resolução dos problemas transnacionais.

O desvelamento do tipo de racionalidade que orienta o DAG é importante, pois explicita os limites e as possibilidades do mesmo. Em outras palavras, contribui para verificar se o DAG vem sendo um instrumento de transformação da sociedade ou apenas um legitimador da ordem política-jurídica internacional, das linguagens particularistas do mercado global. Por fim, retornar-se-á ao debate da legitimidade das

orientações/standards em nível global, com fulcro de apontar as possibilidades que a dogmática do DAG possui.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: DOMESTIFICANDO A GLOBALIZAÇÃO OU GLOBALIZANDO O DIREITO DOMÉSTICO

Neste primeiro momento, trabalhar-se-á alguns pressupostos essenciais que constituem os sentidos e os significados do Direito Administrativo Global, assim como o processo de globalização do direito doméstico e sua manifestação. Faz-se necessário, preliminarmente, um delineamento claro dos pressupostos, tendo em vista a complexidade e a debilidade teórica que o tema se reveste.

Utilizar-se-á do arcabouço teórico da sociologia compreensiva weberiana, o intuito é desvelar a dupla estrutura de manifestação do Direito Administrativo Global, começando pela percepção do fenômeno do processo de globalização, que se exterioriza na forma da governança global por intermédio de orientações/standards construídos fora do espaço de legitimidade democrático do Estado-nação. Noutra momento, quanto a sua interferência no direito doméstico.

Nessa toada, apresentar-se-á em sequência algumas categorias centrais da sociologia do direito – especificamente, a teoria dos sistemas na perspectiva como trabalhada por Marcelo Neves. O cerne é verificar qual o tipo de racionalidade estruturou o Estado-nação moderno – por consequência, o Direito – e qual tipo de racionalidade conforma essas orientações/standards em geral.

Por fim, analisar-se-á a discussão sobre as alternativas possíveis na dogmática jurídica para a crise do constitucionalismo contemporâneo. Ciente que constitucionalismo, no final do século XX, no processo de hipercomplexificação da sociedade, tende a refletir sobre questões que estão para além dos problemas clássicos, que se limitam as fronteiras dos Estados-nações.

2.1 Direito Administrativo Global e Governança Global: aportes introdutórios de um procedimento administrativo Global

No início do século XXI, surge na New York University School of Law a proposta de Direito Administrativo Global – DAG -, com o intuito de estudar sistematicamente os padrões emergentes de governança global, em seus diversos níveis nacionais, transnacionais e internacionais (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2005, p. 15). Essa proposta parte do pressuposto da interdependência dos Estados-nações contemporâneos e da necessidade de cooperação internacional sobre as mais variadas questões⁵.

O Direito Administrativo Global advém quanto um ramo da dogmática jurídica que compreende que maior parte do debate sobre governança global, trata-se na realidade de governança regulatória global. A partir deste pressuposto o DAG procura refletir sobre os elementos que constituem essa governança regulatória global do ponto de vista do direito administrativo (KINGSBURY, 2009).

Nestes termos, pode-se conceituar o Direito Administrativo Global quanto uma diferenciação funcional da dogmática jurídica que ao invés compreender níveis de regulamentação separados – privado, local, nacional, interestadual –, considera uma multiplicidade de atores diferentes e camadas diferentes que conformam um espaço administrativo global diversificado e que inclui instituições internacionais e redes transnacionais, assim como órgãos administrativos domésticos que atuam na lógica de regimes internacionais ou causam efeitos reguladores transfronteiriços (KINGSBURY, 2009).

Vale salientar que a ideia de espaço administrativo global rompe com os entendimentos ortodoxos do direito internacional, onde o internacional é umbilicalmente ligado a intergovernamentalidade – esta visão cria uma distinção nítida

⁵ Esty (2006, pp. 1560-1561), ao discutir o papel da boa governança em escala supranacional, aponta algumas questões que um trabalho de regulamentação em nível internacional se faz importante: “In an interdependent world, a degree of supranational governance is inevitable. Success in combating transboundary harms from terrorism to global warming, and in producing global public goods, including liberalized trade and public health programs, will be easier to achieve if global policymaking institutions function effectively.”

entre direito doméstico e direito internacional. Algo que não é crível no cotidiano da ordem político-jurídica internacional, como denota Kingsbury (2009, p. 25)⁶:

Na prática da governança global, redes transnacionais de geradores de regras, intérpretes e aplicadores causam barreiras tão estritas. Esse espaço administrativo global é cada vez mais ocupado por reguladores privados transnacionais, organismos híbridos, como parcerias público-privadas envolvendo estados ou organizações interestaduais, reguladores públicos nacionais cujas ações têm efeitos externos, mas não podem ser controlados pela autoridade executiva central, informal órgãos interestaduais sem base em tratados (incluindo 'coalizões de voluntários') e instituições interestaduais formais (como as das Nações Unidas) que afetam terceiros por meio de ações administrativas.

O direito administrativo global, como formulado na New York University School of Law, exsurge à medida que as estruturas regulatórias em evolução são confrontadas com demandas por transparência, consulta, participação, decisões fundamentadas e mecanismos de revisão para promover a prestação de contas. O que é perceptível na estrutura dessas demandas e respostas a elas vinculadas é a sua conexão com o direito administrativo (KINGSBURY, 2009).

Diante disso, consegue-se identificar três maneiras de como a doutrina do DAG contribui para teoria do Direito Internacional: 1) alertando para expansão e padrões emergentes da administração global; 2) abrindo uma reflexão sobre o significado de "norma" no contexto global; 3) e promovendo uma reformulação das narrativas de justificação atribuídas à tomada de decisão global (KINGSBURY; DONALDSON; VALLEJO, 2016, p. 2)⁷.

Antes de se analisar como a doutrina do DAG vem trabalhando estes elementos no âmbito da Governança Global⁸, é imprescindível salientar que os

⁶ No original: "In the practice of global governance, transnational networks of rule-generators, interpreters and appliers cause such strict barriers to break down. This global administrative space is increasingly occupied by transnational private regulators, hybrid bodies such as public-private partnerships involving states or inter-state organizations, national public regulators whose actions have external effects but may not be controlled by the central executive authority, informal inter-state bodies with no treaty basis (including 'coalitions of the willing'), and formal interstate institutions (such as those of the United Nations) affecting third parties through administrative-type actions".

⁷ No original: "GAL scholarship thus contributes to international legal theory in at least three ways: it draws attention to the rapid expansion and emerging patterns of 'administration'; it offers a fresh angle on debates over the meaning of 'law' in the global context; and it reframes narratives of justification attributed to global decision-making".

⁸ Em um sentido amplo, Esty (2006, p. 1560, tradução do autor) aponta que: "Governança significa coisas diferentes em diferentes contextos, mas o conceito geralmente se refere à tomada de decisões em grupo para tratar problemas compartilhados. A governança supranacional pode se referir a qualquer número de processos e instituições que ajudem a gerenciar a interdependência internacional, incluindo

problemas relativos ao Direito Administrativo no contexto do Direito Internacional são discutidos desde há muito tempo⁹. Lorenz Von Stein, em 1882, já fazia observações sobre o Direito Administrativo Internacional em relação ao trabalho de saúde pública (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2005, p. 19).

Denota-se que Lorenz Von Stein (1875) estava refletindo sobre questões candentes do seu momento histórico. Nessa perspectiva, percebe-se que a problemática de uma administração em proporções globais é um fenômeno das sociedades modernas. Este fenômeno apresenta-se como um fato social¹⁰ no sentido durkheimiano do termo.

(i) negociação por estado-nação levando a um tratado; (2) solução de controvérsias dentro de uma organização internacional; (3) a regulamentação por organismos internacionais em apoio à implementação do tratado; (4) desenvolvimento de códigos de conduta, diretrizes e normas apoiados pelo governo; (5) pré-negociação de agendamento e análise de questões em apoio à elaboração de tratados; (5) estabelecimento de normas técnicas para facilitar o comércio; " (6) articulação em rede e coordenação de políticas por reguladores; (7) esforços estruturados público-privados na criação de normas; (8) oficinas informais nas quais os formuladores de políticas, ONGs, líderes empresariais e acadêmicos trocam ideias; e (8) atividades de formulação de políticas do setor privado".

⁹ Além disso, no processo de criação da primeira organização de nível internacional, Savigny já debatia questões que foram essenciais na formulação dos princípios do direito internacional privado moderno. Como denota, Poul F. Kjaer (JOERGES; KJAER; RALLI, 2011, p. 1 tradução do autor): "No Congresso de Viena em 1815, foi iniciado o processo que levou à criação da primeira organização pública internacional, a Comissão Central para a Navegação do Reno (CCNR). No mesmo ano, foi publicado o primeiro volume da *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, de Friedrich Carl von Savigny. Este trabalho serviu como um exercício preliminar que posteriormente levou ao desenvolvimento dos princípios essenciais do direito privado internacional moderno em seu *Systems des heutigen Römischen Rechts* (1840-1849). Esses dois desenvolvimentos ilustram que nem a transnacionalidade pública nem a privada são um fenômeno novo. Mais importante, eles também indicam que a forma particular de Estado moderno que se materializou na época que moldou as revoluções americana e francesa nunca ficou sozinha, pois sempre houve estruturas substanciais de ordenação, que operam além do Estado. Mais importante ainda, eles destacam que, historicamente falando, a consolidação do Estado moderno implicou mais, e não menos, transnacionalidade. Em outras palavras, a relação entre o estado-nação e as estruturas transnacionais tem sido, até o momento, caracterizada por uma relação de aumento mútuo". No original: "At the Congress of Vienna in 1815, the process which led to the establishment of the first public international organisation, the Commission Centrale pour la Navigation du Rhin (CCNR), was initiated. In the same year, the first volume of Friedrich Carl von Savigny's *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* was published. This work served as a preliminary exercise which subsequently led to the development of the essential principles of modern international private law in his *Systems des heutigen Römischen Rechts* (1840-49). These two developments illustrate that neither public nor private transnationality is a new phenomenon. More importantly, they also indicate that the particular form of modern statehood which materialised in the époque which framed the American and French Revolutions has never stood alone, as there have always been substantial structures of ordering, which operate beyond the state. Even more importantly, they highlight that, historically speaking, the consolidation of modern statehood has implied more, and not less, transnationality. In other words, the relationship between nation state and transnational structures has – to date – been characterised by a relationship of mutual increase".

¹⁰ Para Durkheim (2012, p. 40, grifo original), fato social será "toda maneira de fazer, fixar ou não, capaz de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, que é geral na extensão de uma dada sociedade que tem existência própria, independente de suas manifestações individuais".

Como se pode observar, esse é um assunto que coincide com a formação do Estado-nação moderno e se relacionava com crescimento de instituições internacionais supra-estatais que tratavam das navegações, dos serviços postais e das telecomunicações, tendo um poder efetivo na regulamentação de normas secundárias que não precisavam de ratificação dos Estados para possuírem normatividade nos ordenamentos jurídicos nacionais (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2005, pp. 19-20). Paul S. Reinsch (1909, p. 5)¹¹, deixa isso claro ao analisar o desenvolvimento do Direito Administrativo Internacional e a soberania nacional, no contexto de cooperação entre estados e combate a organizações criminosas:

O corpo de lei que está sendo criado pela ação dos órgãos competentes das uniões internacionais públicas, e pela cooperação entre os governos, distingue-se do direito internacional geral, pois não apenas regula as relações entre os estados nacionais, mas se compromete a estabelecer relações positivas. normas para ação universal. Podemos aplicar provisoriamente a designação do direito administrativo internacional, definindo-o como o corpo de leis e regulamentos criados pela ação de conferências ou comissões internacionais que regulam as relações e atividades de agências nacionais e internacionais com relação a esses interesses materiais e intelectuais que receberam uma organização universal autorizada. A lei assim criada contém princípios e regras que podem ser vistos como o início de uma lei civil universal. Isso é verdade especialmente no que diz respeito às regras criadas em matéria de comunicação, como o princípio de que telegramas e cartas devem ser transportados, mas mesmo esses princípios se referem a ações administrativas, para que possam ser adotados na designação que usamos acima.

Todavia, apesar dos esforços doutrinários do final do século XIX e início do século XX, essa discussão é arrefecida após a Segunda Guerra Mundial, existindo algumas poucas exceções¹². A ideia nevrálgica dos três autores que propuseram o

¹¹ No original: "The body of law which is thus being created by the action of the authoritative organs of public international unions, and by cooperation among governments, is distinguished from general international law in that it not merely regulates the relations between national states, but undertakes to establish positive norms for universal action. We may tentatively apply to it the designation of international administrative law, defining it as that body of laws and regulations created by the action of international conferences or commissions which regulates the relations and activities of national and international agencies with respect to those material and intellectual interests which have received an authoritative universal organization. The law thus created contains principles and rules that might be viewed as the beginning of a universal civil law. This is true especially with respect to rules created in the matter of communication, such as the principle that telegrams and letters must be carried, but even these principles refer to administrative action, so that they may be embraced in the designation which we have used above.

¹² Observando os gráficos dos artigos citados em revistas indexadas ao Web of Science de 1945 a 2019 – essas informações ficam mais claras. Os autores Kingsbury, Krisch e Stewart (2005, p. 20) citam alguns dos doutrinadores: "C. WILFRED JENKS, THE PROPER LAW OF INTERNATIONAL

estudo do DAG é resgatar essa concepção das primeiras abordagens, adequando-as ao contexto do século XXI de um sistema mundial ainda mais interdependente e hipercomplexo (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2005, p. 20). Essa sucinta digressão colabora para a compreensão das origens doutrinárias do debate de uma administração internacional¹³. Nestes termos, faz-se necessário averiguar como esse fato social – orientações, diretrizes, princípios e *standards* construídos em instituições de caráter global¹⁴ – vem se estruturando hodiernamente. Posteriormente, analisar-se-á o papel da dogmática jurídica na legitimação – ou não – no processo de recepção/tradução dessas orientações.

Nesse momento, buscar-se-á apresentar um caso emblemático considerado por Cassese (2005) como exemplificação de como nasce uma regulação administrativa em nível Global na contemporaneidade para além do direito internacional público tradicional – Austrália e Nova Zelândia vs. Japão, sobre a pesca de atum-rabilho.

Austrália, Japão e Nova Zelândia eram os três países que mais pescavam esse tipo de atum na década de 1980. Esses, por conta do grande aumento na pesca, resolveram estipular acordos voluntários sobre a pesca de atum. Os acordos se mostraram insuficientes e, no ano de 1993, os países assinaram a *Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna* (CCSBT), que entrou em vigência em 1994. Posteriormente, outros países passaram a subscrever esta convenção (CASSESE, 2005, p. 3).

ORGANISATIONS (1963); Soji Yamamoto, Kokusai gyoseiho no sonritsu kiban ('The Positive Basis of International Administrative Law'), in 76:5 KOKUSAIHO GAIKO ZASSHI ('THE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND DIPLOMACY') 1 (1967); see also INTERNATIONAL ADMINISTRATION: ITS EVOLUTION AND CONTEMPORARY APPLICATIONS (Robert S. Jordan ed., 1971); and Hugo J. Hahn, Control Under the Euratom Compact 7 A. J. COMP. L. 23 (1958)."

¹³ Esta discussão sobre o Direito Administrativo Global será retomada no último Capítulo desta dissertação. Nesse primeiro momento, o intuito é apresentar como o problema se coloca na contemporaneidade e algumas implicações que ocorrem no âmbito da ciência jurídica. Especialmente no papel de legitimação do Direito.

¹⁴ Esses termos são frequentemente utilizados como sinônimos e estão relacionadas com normas de natureza de *soft law* no Direito Internacional, tendo ciência que está é uma outra discussão e devido a sua complexidade não cabe ao escopo deste trabalho discuti-la, optou-se por utilizar genericamente o termo orientação/standards para tratar destes instrumentos normativos de âmbito internacional. Somente quando se referir a documentos específicos é que será utilizada a terminologia do referido documento.

Cumprе salientar, a CCSBT está diretamente vinculada a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, como assevera Cassese (2005, pp. 2-3)¹⁵:

Em 1973, a terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar se reuniu em Nova York. Concluiu seu trabalho em 1982 com um novo tratado, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS). Este tratado entrou em vigor em 1994, com a assinatura do septuagésimo estado, Guiana. O artigo 64 da UNCLOS estabelece que “[o] Estado costeiro e outros Estados cujos nacionais pescam na região as espécies altamente migradoras listadas no Anexo I cooperarão diretamente ou através de organizações internacionais apropriadas, a fim de garantir a conservação e promover o objetivo utilização otimizada dessas espécies em toda a região, dentro e fora da zona econômica exclusiva ». Os artigos 116 a 119 contêm outras disposições sobre a conservação dos recursos marinhos. O atum rabilho do sul está incluído na lista do anexo I.

Nestes termos, a CCSBT se enquadra como uma regulamentação já prevista no Direito Internacional, seu fundamento de validade é um tratado. Este aspecto é importante, pois no ano de 1994, a Convenção retromencionada cria uma Comissão para a Conservação do Atum-rabilho Sul. Esta, com “personalidade jurídica, orçamento e regras de contabilidade, e empregando um secretariado com pessoal próprio, e sede em Canberra” (CASSESE, 2005, p. 3, tradução do autor)¹⁶.

Nos anos de 1998 e 1999, o Japão realizou uma pescaria experimental do atum-rabilho, excedendo as regulamentações traçadas pela Comissão. Austrália e Nova Zelândia, com fulcro no Art. 287 e do Anexo VII, da UNCLOS, dão entrada em um Tribunal Arbitral para buscar uma solução. Além disso, “apresentaram um pedido de medidas provisórias perante o Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS) sobre o caso, com base no Artigo 290.5 da UNCLOS”¹⁷. Concomitante a isto, a Nova Zelândia age unilateralmente proibindo a pesca de atum por navios japoneses em

¹⁵ No original: “In 1973, the third United Nations Conference on the Law of the Sea met in New York. It concluded its work in 1982 with a new treaty, the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). This treaty went into force in 1994, with the signature of the seventieth state, Guyana. Article 64 of the UNCLOS provides that “[t]he coastal State and other States whose nationals fish in the region for the highly migratory species listed in Annex I shall cooperate directly or through appropriate international organizations with a view to ensuring conservation and promoting the objective of optimum utilization of such species throughout the region, both within and beyond the exclusive economic zone”. Articles 116 to 119 contain other provisions on the conservation of marine resources. The Southern Bluefin Tuna is included in the list in Annex I”.

¹⁶ No original: “[...] legal personality, a budget and rules governing accounting and employment relations, a Secretariat with its own staff, and headquarters in Canberra”. Para um detalhamento do funcionamento da Comissão ver o texto de Sabino Cassese (2005).

¹⁷ No original: “[...] also filed a request for interim measures before the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) on the basis of Article 290.5 of the UNCLOS.”

seus portos (CASSESE, 2005, p. 5, tradução do autor). Esse processo gerou o surgimento do Tribunal Arbitral e, mesmo sem uma decisão contra ou favor para um determinado país, foi um momento significativo para as negociações, como assevera Cassese (2005, pp. 5-6, tradução do autor)¹⁸:

Em 27 de agosto de 1999, o tribunal internacional proferiu sua decisão nos Casos de Atum Rabilho do Sul (Nova Zelândia x Japão e Austrália x Japão), determinando que os três países não tinham permissão para exceder os limites de pesca decididos de comum acordo, e que mesmo os programas de pesca experimental tinham que respeitar esses limites e ordenar às partes que retomassem as negociações. A ordem do tribunal foi cumprida e as negociações foram retomadas. Enquanto isso, o tribunal arbitral foi criado. Este tribunal arbitral decidiu recorrer ao secretariado e à chancelaria do Centro Internacional para Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID). O tribunal arbitral proferiu sua decisão em 4 de agosto de 2000. Decidiu que, sem o consentimento do Japão de remeter a controvérsia ao tribunal arbitral, 'este Tribunal não tem jurisdição para considerar os méritos da disputa movida pela Austrália e Nova Zelândia contra o Japão. que a Convenção de 1994 estabeleceu 'a natureza consensual de qualquer referência de uma disputa a acordo judicial ou arbitragem' e acrescentou que 'essas disposições destinam-se a excluir a jurisdição obrigatória'. Assim, revogou as medidas provisórias ordenadas pelo ITLOS, mas acrescentou: '[a] revogação da ordem que prescreve medidas provisórias não

¹⁸ No original: "On 27 August 1999 the international tribunal handed down its decision in the Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan and Australia v. Japan), ruling that the three countries were not allowed to exceed the fishing limits decided upon by common agreement, and that even experimental fishing programs had to respect those limits, and ordering the parties to resume negotiations. The tribunal's order was complied with and negotiations were resumed. In the meanwhile, the arbitral tribunal was set up. This arbitral tribunal decided to avail itself of the secretariat and chancellery of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID). The arbitral tribunal issued its decision on 4 August 2000. It held that without Japan's consent to refer the controversy to the arbitral tribunal, 'this Tribunal lacks jurisdiction to entertain the merits of the dispute brought by Australia and New Zealand against Japan.' It acknowledged that the 1994 Convention established 'the consensual nature of any reference of a dispute to either judicial settlement or arbitration' and added that "these provisions are meant to exclude compulsory jurisdiction". It thus revoked the provisional measures ordered by the ITLOS, but added: '[h]owever, revocation of the Order prescribing provisional measures does not mean that the parties may disregard the effects of that order or their own decisions made in conformity with it'".

significa que as partes possam desconsiderar os efeitos dessa ordem ou suas próprias decisões tomadas em conformidade com ela'.

Este caso em particular guarda elementos estruturais que são fundamentais para a semântica do Direito Administrativo Global. Sabino Cassese (2005, pp. 7-8), a partir do que foi descrito, apresenta algumas características do DAG, ao mesmo tempo que traça distinções com o Direito Administrativo Doméstico – DAD. Quanto às características identificáveis: existe um organismo com poder autorizativo; as decisões administrativas são dirigidas a ambas as partes e outros atores; há pessoas investidas com poderes de resolver as disputas entre os atores regulados; e, por fim, uma vez decidido cabem aos Estados a implementação.

No que se refere à distinção, o autor apresenta quatro padrões: i) o caráter multiníveis de aplicação das normas internacionais que não se fundamentam somente nos tratados, mas em outros acordos e em decisões adotadas por organizações internacionais, como no caso narrado; ii) a autorregulação, tendo em vista que os atores participantes estão no mesmo patamar hierárquico; iii) as decisões tomadas por comissões independentes com base em critérios técnicos e acordos multilaterais construídos dialogicamente, que desempenham um papel fundamental no DAG; iv) o público e o privado no nível Global estão em zona cinzenta onde não fica clara a diferenciação entre eles (CASSESE, 2005, pp. 7-8).

Sabino Cassese (2005), posteriormente, mostra que há uma proliferação de organismos globais, com múltiplas formas de organização interna e com membros distintos – Estados, ONG's, união de Estados e Corporações Privadas Transnacionais. Ele trata também da tomada de decisões em nível global por essas organizações e explica como os Estado implementam - absorvem - essas decisões.

Por fim, Cassese identifica que global e nacional não são dois níveis separados e que paulatinamente há uma regulação e uma resolução de conflitos por organismos globais, a exemplo da OMC. Nessa análise, a ausência de base constitucional não seria um problema quanto á legitimidade, caso a sociedade civil ganhe mais garantias nesse processo.

Como se pode denotar, o caso do atum-rabilho, trazido por Cassese, é importante por desvelar os elementos com os quais a doutrina do DAG tem a contribuir para o Direito Internacional: o alerta para expansão de padrões que levam a uma

administração global, a reflexão sobre o significado de "Direito" nesse contexto e reformulação das narrativas de justificação atribuídas à tomada de decisão global, ou seja a discussão sobre legitimidade, é imprescindível.

Evidencia-se com este caso que as práticas normativas abordadas vão além das fontes reconhecidas do direito internacional. O Direito Administrativo Global pode contribuir na análise do conjunto de normas e práticas consideradas obrigatórias seguirem ou não um procedimento administrativo válido. A questão que se coloca é: por haver uma multiplicidade de fontes – tribunal, direito doméstico, direito internacional –; qual o dispositivo normativo deverá ser considerado legítimo?

Nesse sentido, faz-se necessário discutir a ambivalência Globalização e Direito Doméstico, sob a óptica da hodierna interdependência dos Estados Nacionais contemporâneos e sua relação com a legitimidade política e jurídica das disposições normativas produzidas no âmbito das decisões e nas instâncias dos organismos internacionais, a partir de um contexto de ascensão da narrativa da austeridade econômica e da desburocratização dos aparelhos estatais.

Todavia, antes de enfrentar essa temática, cumpre uma breve apresentação dos pressupostos teóricos metodológicos que fundamentam/ram a construção moderna de uma burocracia estatal, por conseguinte legitimaram um determinado tipo de dominação por intermédio do Direito, e as novas teorias que apontam o esgotamento e a superação desse modelo.

2.2 Direito, Globalização e burocracia: pressupostos sociológicos do papel do Direito na legitimação da burocracia

Como foi visto no item anterior há uma complexidade ímpar no tratamento de questões que envolvem problemas transfronteiriços. Os tratados ou convenções tradicionais do direito internacional público não dão conta de solucionar estas questões. O DAG, nesses termos, devido seu caráter de dogmática administrativista tem um potencial de criar padrões de decisões e/ou procedimentos gerais para soluções de questões transfronteiriças.

Nesse sentido, faz-se imprescindível uma análise dos pressupostos sociológicos que estruturam a legitimidade da governança regulatória global na relação direito, Estado-nação e ordem internacional. Pois, em termos weberianos o que se está abondando é uma estrutura de burocracia global.

Logo, o intuito desta parte específica do trabalho é analisar os pressupostos sociológicos que se construíram no processo de desenvolvimento da burocracia estatal moderna, além de sua conexão com a dominação legitimada pelo Direito. Faz-se premente, nesse caso, traçar o *framework* que foi basilar na justificação da dominação burocrática¹⁹.

Para isso, far-se-á o resgate de algumas categorias clássicas de apreensão da realidade. No caso, compreende-se que Weber é nevrálgico, pois sua articulação entre a relação dominação burocrática e Direito na sociedade moderna é cirúrgica. Utilizando-se da Sociologia compreensiva, Weber, estrutura uma conceituação de quais sentidos e significados do corpo burocrático no Estado-nação Moderno²⁰. Utilizar-se-á do referido autor três conceitos basilares para apreensão da relação dominação e Direito, são eles: ação social, relação social e dominação burocrática.

Estes conceitos contribuem para entender a forma que se estrutura a racionalidade dos Estados modernos e, nesse sentido, apontam como a intensificação do processo de globalização, iniciado no pós-Segunda Guerra, reestrutura o tipo de racionalidade necessária aos Estados nacionais. Essa mudança de racionalidade tem implicações diretas na ciência jurídica e como a dogmática procura solucionar os problemas contemporâneos²¹.

¹⁹ Essa dominação burocrática se relaciona com o tipo de racionalidade que foi construída no processo de formação do Estado-nação moderno. O objetivo central desta parte do trabalho é apresentar brevemente os aspectos gerais que conformam esse tipo de dominação e suas limitações hodiernas para o modelo de sociedade contemporâneo.

²⁰ Faz-se importante salientar que essa reflexão foi realizada anteriormente, no artigo intitulado Controle Judicial de Políticas Públicas e os Limites da Recepção/Tradução da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy no Brasil (FIGUEIREDO, 2019).

²¹ Repensar a racionalidade que forjou Estado moderno é redefinir contornos de uma outra Teoria do Estado, o que implica uma outra perspectiva sobre a dogmática do Direito Constitucional e uma outra forma de interpretar as normas jurídicas (BÖCKENFÖDE, 1974; BONAVIDES, 2017). Como se verá mais adiante, o Direito Administrativo Global advém com a ideia que a resolução dos problemas candentes do século XXI, no que tange a Governança Global, podem vir a ser mais bem trabalhados por essa nova teoria translegal (KRISCH, 2014).

Weber (1999, p. 13) delimita ação social como sendo uma ação, considerando, também, omissão ou tolerância, orientada “pelo comportamento de outros, seja este passado, presente ou esperado como futuro (vingança por ataques anteriores, defesa contra ataques presentes ou medidas de defesa para enfrentar ataques futuros)”. A ação social, segundo Weber (1999, p. 15), pode ser estruturada conceitualmente de quatro maneiras:

1) de modo racional referente a fins: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente, como sucesso; 2) de modo racional referente a valores: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado; 3) de modo afetivo, especialmente emocional: por afetos ou estado emocionais atuais; 4) de modo tradicional: por costume arraigado.

Na realidade social, via de regra, estas quatro maneiras não se apresentam isoladamente, além disso, não se pretende reduzir a totalidade dos modos de orientação unicamente nestes tipos. O intuito de Weber, nesse momento, é construir tipos ideais que sejam úteis à Ciência da Sociologia, tendo consciência que somente os resultados advindos poderão provar a utilidade de tais conceitos.

Após a delimitação do conceito de ação social de Weber (1999, p. 16), faz-se imprescindível apresentar o que se entende por relação social, quando se leva em conta as categorias e aspectos anteriores elencados:

Por “relação” social entendemos o comportamento reciprocamente *referido* quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência. A relação social *consiste*, portanto, completa e exclusivamente na *probabilidade* de que se aja socialmente numa forma indicável (pelo sentido), não importando, por enquanto, em que se baseia essa probabilidade.

Esta conceituação de relação social traz uma série de consequências que Weber analisa percucientemente. Todavia, para os fins deste trabalho, não cabe adentrar na profundidade deste conceito do modo como Weber (1999, pp. 23 - 30) o articulou. O que é importante é extrair dos conceitos de ação social e relação social é que estes podem ser orientados, “pelo lado dos participantes, pela representação da existência de uma ordem legítima”, sendo a probabilidade de que isto ocorra chamada de “vigência” da ordem em questão.

Em outras palavras, a ciência do direito legitima o Estado, delimitando seu poder de coerção sobre os indivíduos com base em um dado fim construído racionalmente. Não há espaço nesse modelo de racionalidade para orientações supranacionais: primeiro, por não haver um ente global dotado de legitimidade; segundo, porque essas orientações precisam adentrar o Sistema Jurídico passando, primeiramente, pelo Sistema Político, o legislativo. Essa compreensão permite compreender os limites da racionalidade voltada a fins²² (*Zweckrationalität*), no contexto do mundo globalizado atual. Todavia, cumpre ainda trazer alme algumas outras categorias weberianas.

Weber (1999, p. 21) faz toda uma discussão sobre a questão da vigência e legitimidade até concluir que uma ordem pode ser denominada como:

- a) convenção, quando sua vigência está garantida externamente pela probabilidade de que, dentro de determinado círculo de pessoas, um comportamento discordante tropeçará com a reprovação (relativamente) geral e praticamente sensível; b) direito, quando está garantida externamente pela probabilidade de coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação.

Percebe-se que um dos elementos centrais no conceito de Direito no corpo categorial weberiano é a coerção. Isto tem implicações em como Weber compreende uma “constituição”, por exemplo. A constituição para ele possui um sentido sociológico, outrossim a Ferdinand Lassalle (2001, pp. 17-18), que compreendia a constituição como sendo a expressão dos “fatores reais de poder” de uma dada

²² É importante salientar que a crítica da racionalidade weberiana já havia sido esboçada por Guerreiro Ramos (1981, p. 5), conforme se pode observar: “Como é amplamente sabido, ele salientou que a racionalidade formal e instrumental (*Zweckrationalität*) é determinada por uma expectativa de resultados ou ‘fins calculados’ (WEBER, 1968, p. 24). A racionalidade substantiva, ou de valor (*Wertrationalität*), é determinada ‘independentemente de suas expectativas de sucesso’ e não caracteriza nenhuma ação humana interessada na ‘consecução de um resultado ulterior a ela’ (WEBER, 1968, p. 24-5). Nessa conformidade, Weber descreve a burocracia como empenhada em funções racionais, no contexto peculiar de uma sociedade capitalista centrada no mercado, e cuja racionalidade é funcional e não substantiva, esta última constituindo um componente intrínseco do ator humano. Sob fundamento algum é possível considerar-se Max Weber como um representante da racionalidade burguesa, uma vez que ele encarava esse tipo de racionalidade com evidente desinteresse pessoal. Aqueles que afirmam o contrário identificam inadvertidamente suas observações *ad hoc* com sua posição pessoal, em termos gerais, da mesma forma que deixam de perceber a tensão espiritual que sublinhou seus esforços para investigar, *sine ira ac studio*, a temática de sua época. Na verdade, ele foi incapaz de resolver essa tensão empreendendo uma análise social do ponto de vista da racionalidade substantiva”.

sociedade; e quando esta não expressasse estes fatores, seria considerada somente uma folha de papel em branco, sem significância para a sociedade²³.

Poder-se-ia tratar das múltiplas formas de dominação legítimas trabalhadas por Weber como tipo ideal (de caráter, racional, tradicional, carismática), contudo, ora se faz o corte metodológico de explorar especificamente a dominação burocrática, tendo em vista sua relação umbilical com a forma político-jurídica do Estado-nação Moderno, sendo esta condição de possibilidade do tipo de racionalidade do Estado - segundo Weber (1999a). É imprescindível ressaltar que a dominação burocrática não está somente relacionada somente com o Estado-nação Moderno, mas sim com as diversas esferas da vida social e econômica.

Tem-se, nesse momento, um elemento de continuidade e outro de ruptura que é observado no contexto atual com a teoria weberiana. A Sociologia

²³ A posição que Weber apresenta é mais sofisticada e trás a discussão de uma racionalidade voltada a fins. Para uma análise da posição weberiana, ver Chris Thornhill (2017, p. 497, tradução do autor): “Weber também propôs um relato sociológico da constituição que enfatizava sua importância para a integração de agentes sociais na sociedade democrática de massas, mas rejeitava a idéia de que o direito constitucional pudesse adquirir legitimidade por razões racionais simplesmente generalizadas. Como alternativa às teorias constitucionais clássicas, Weber argumentou que uma constituição só pode demonstrar legitimidade e desempenhar funções de integração para a sociedade se for capaz de estabilizar motivações políticas para pessoas em posições diferentes na comunidade social: se for capaz de gerar conformidade setorial das leis. Para Weber, isso normalmente ocorre através de uma constituição que garante princípios de organização racional para o Estado, mas que também é capaz de motivar os cidadãos nas dimensões simbólicas ou afetivas de sua experiência. Portanto, para Weber, uma constituição sempre pressupõe fundamentos de validade que não se baseiam apenas em princípios racionais simples, e somente se uma constituição se dirigir a pessoas por meio de leis que não sejam de natureza exclusivamente formal-racional é que ela poderá integrar os diversos interesses sociais, muitas vezes materialmente antagônicos facções que a sociedade moderna contém. Por esse motivo, em seus próprios escritos práticos sobre o constitucionalismo alemão, Weber (1988, p. 469) viu uma ordem constitucional combinando legalidade formal e democracia plebiscitária, mantendo um elemento de integração afetiva dentro da política formalmente estruturada, como a mais robusta motivação e, portanto, a base mais legítima para o governo nacional”. No original: “Weber also proposed a sociological account of the constitution that stressed its importance for the integration of social agents in mass-democratic society, yet that rejected the idea that constitutional law could acquire legitimacy on simply generalized rational grounds. As an alternative to classical constitutional theories, Weber argued that a constitution can demonstrate legitimacy and perform functions of integration for society only if it is able to stabilize political motivations for persons at different positions in the societal community: if it is able to generate trans-sectoral compliance for laws. For Weber, this typically occurs through a constitution that guarantees principles of rational organization for the state, but that is also able to motivate citizens in the symbolic or affectual dimensions of their experience. Accordingly, for Weber, a constitution always presupposes validity grounds that are not founded solely in simple rational principles, and only if a constitution addresses people through laws that are not of an exclusively formal-rational nature can it integrate the diverse, often materially antagonistic social factions that modern society contains. For this reason, in his own practical writings on German constitutionalism, Weber (1988, p. 469) viewed a constitutional order combining formal legality and plebiscitary democracy, retaining an element of affective integration within the otherwise formally structured polity, as the most robustly motivational, and therefore most legitimate, basis for national government”.

Compreensiva de Weber não explica como um corpo de orientações – a exemplo da OCDE – adentram o Sistema Jurídico, sem perpassar pelo Sistema Político. Todavia, expandindo-se o conceito de dominação burocrática weberiano e refletindo que alguns organismos internacionais se comportam como um verdadeiro Estado Global devido o *enforcement* que estes possuem²⁴.

Nestes termos, Weber (1999a, pp. 525-529) ao analisar o Estado, observa que este se comporta como uma empresa que consegue manter o monopólio do exercício legítimo da força. Na óptica weberiana, quando uma burocracia se realiza plenamente ela se torna um dos complexos sociais mais difíceis de ser destruído. A racionalidade burocrática, nesse momento, é voltada aos fins que se pretende alcançar. Quando esse quadro burocrático arroga pra si o exercício da coerção legítima, tem-se o Estado²⁵. Isto tem implicações diretas nos dominados por esta teia burocrática, como denota Weber (1999a, p. 222):

Os dominados, por sua vez, não podem nem prescindir de um aparato de dominação burocrático, uma vez existente, nem substituí-lo, porque este se baseia numa síntese bem planejada de instrução específica, especialização técnica com divisão do trabalho e firme preparo para exercer determinadas funções habituais e dominadas com destreza. Se este aparato suspende o trabalho ou é forçado a fazê-lo, a consequência é um caos, sendo difícil a tarefa de improvisar uma instituição substitutiva, a partir dos dominados, para vencê-lo.

²⁴ Chimni, avalia que há um Estado Global emergente e que o desenvolvimento do DAG é uma prova disto. A proposta de Chimni (2016, p. 120) é que a dogmática do DAG se proponha a estudar esse Estado Global e desvelar seus *players*: “O que deve ser desenvolvido, então, é uma teoria sobre o caráter do Estado global emergente e de seu Direito. Se estes têm um caráter imperial, como sugerido anteriormente, as tonalidades do DAG serão inevitavelmente determinadas por ele. Em outras palavras, um Estado global imperial não poderá coexistir harmoniosamente com os princípios do DAG. Caracterizar o Estado global e identificar os atores que exercem influência sobre ele é de especial importância para o estudo sobre o DAG por pelo menos dois motivos: primeiro, por alertar para o fato de que a classe global dominante exercitará a influência máxima na evolução do DAG e, segundo, por ajudar a destacar a existência de alguns atores em posições mais privilegiadas para manipular o DAG na defesa de seus interesses. Destarte, por exemplo, uma empresa transnacional – agente-chave da CCT –, em virtude de seus vastos recursos, está melhor equipada para manusear o DAG a seu favor.”

²⁵ Essa posição de Weber, conecta-se diretamente com o pensamento de Durkheim que na obra póstuma, *Lições de Sociologia*, ao analisar as formas de caracterizar um governo, de um Estado, afirma que este buscará se livrar do previamente dado e focará no que avalia ser verificável, ou seja, a forma de comunicação deste com o resto da nação. Basicamente, Durkheim contrapõe o pensamento inglês que avalia o Estado pela quantidade de pessoas que o governam. No seu entender, o Estado dirige uma nação ao elucidar os sentimentos mais obscuros do povo, subordinando a ideias mais claras, mas racionais (DURKHEIM, 2002). Percebe-se, nestes termos, que o pensamento de Weber sobre o papel do Estado é mais sofisticado.

Gera-se nos dominados, especificamente nos funcionários, uma disposição à obediência às regras gerais que estão estatuídas. Weber transita, nessa parte da obra, por diversos momentos históricos mostrando como a burocracia se instituiu e como ela progrediu por toda parte, inclusive no Estado Moderno, tendo um aumento do seu poder de forma exponencial.

Nesses termos, burocracia e democracia se compatibilizam e se repelem, na visão weberiana, pois, ao mesmo tempo em que é uma exigência da democracia a racionalização do Estado e de sua estrutura organizacional, a burocracia tende a criar zonas de estamentos antidemocráticos²⁶. Weber (1999a, p. 529 - 543) avalia que em âmbito tendencial a administração burocrática exclui o público. Conquanto, não se pode perder o horizonte do caráter revolucionário que a burocracia assume ao solapar formas de dominação não racionais, como o patriarcalismo e o patrimonialismo, tendo ciência que a incompatibilidade se dá com as expressões não racionais destes, o que não implica um certo grau de compatibilidade com outras manifestações destes tipos de dominação.

Por fim, é importante salientar que no Estado-nação Moderno, o domínio efetivo “não se manifesta nos discursos parlamentares nem em declarações de monarcas, mas sim no cotidiano da administração, encontra-se, necessária e inevitavelmente nas mãos do funcionalismo” (WEBER, 1999a, p. 529). O exercício contínuo do funcionalismo em seus diversos graus de atuação que objetivam o Estado na dinâmica da vida social²⁷. Por conta deste aspecto, Weber (1999a, p. 539) delimita duas categorias de funcionários, o autêntico e o político, sendo o primeiro obediente “as regras de sua profissão, não deve fazer política, mas ‘administrar’, e isto sobretudo de modo imparcial”. A imparcialidade, segundo Weber, deve valer para o funcionário

²⁶ Quando organismos internacionais arrogam para si a responsabilidade de orientar como uma boa governança pública estatal deve acontecer, não estamos diante de um ataque a soberania e autonomia do Estado-nação? Além disso, esses organismos partem dos pressupostos de uma sociedade mundial centrada no mercado. Logo, não conseguem respostas satisfatórias para os problemas do século XXI. Guerreiro Ramos (1981, p. 2-23) já havia traçado à crítica a esse modelo organizacional, indicando que já século XX os problemas que se apresentavam no âmbito da teoria das organizações não poderiam ser solucionados sem a superação da racionalidade instrumental, característica de um sistema de mercado.

²⁷ Nesse ínterim, as disposições normativas internacionais que afetam os Estado-nações ao apontar diretivas de como estruturar o judiciário, à exemplo do documento técnico 319 do Banco Mundial (<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>), que se vinculam diretamente ao recebimento ou não de empréstimos. Ou seja, o *enforcement* para a assimilação destas “regras” pelo Direito Doméstico é enorme. Trabalho melhor essa coerção simbólica no capítulo posterior.

político, contudo, pelos *ethos* dos dois tipos de funcionários serem diametralmente opostos, essa imparcialidade possui outro significado. O autêntico deve “*sine ira et studio*” – sem ódio e favor – exercer seu cargo. O político deve lutar continuamente, “*ira et studium*”, luta e paixão, constituem um elemento político.

A implicação destes conceitos weberianos na domesticação da globalização no século XXI, manifesta-se de múltiplas formas. Observar-se-á, primeiramente, quanto ao Estado-nação e ao funcionário autêntico. O Estado-nação moderno monopolizou a coerção, que deveria ser aplicada por um corpo especializado. Infere-se, a partir deste entendimento, que o Direito²⁸, por intermédio do Poder Judiciário, seria o responsável para apresentar a sociedade uma resposta adequada quando forem instados.

Cumprе salientar que as inferências realizadas até o momento não respondem à problemática da interferência do processo de globalização no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. Contudo, elas são condições de possibilidades da sua compreensão, tendo em vista que o momento histórico em que Weber está construindo seu pensamento é um momento de transição do Estado Liberal para o Estado Social, onde o ponto de inflexão são as constituições de 1917,

²⁸ As normas jurídicas para Weber, são o sustentáculo formal das ações do Estado de Direito, como denota Heydebrand (2003, p. 327, tradução do autor): “Em suma, a concepção formal do Estado de Direito exige que a ação estatal se apóie em normas legais que são '(1) de caráter geral, (2) relativamente claras, (3) públicas, (4) prospectivas e (5) estáveis '(Scheuerman, 1999a: 4)”. No original: “In short, the formal conception of the rule of law requires that state action rests on legal norms that are '(1) general in character, (2) relatively clear, (3) public, (4) prospective, and (5) stable' (Scheuerman, 1999a: 4)”.

México, e de 1919, Weimar. Ademais, cabe a crítica de Heydebrand (2003, p. 327)²⁹ sobre o cuidado ao tentar universalizar³⁰ a teoria weberiana:

Portanto, não há razão para assumir uma progressão histórica unilinear ou necessária da lei em direção à racionalidade formal ou a um tipo específico de racionalidade substantiva. Se a história é um guia, pode-se argumentar que a tese de Weber sobre o direito ser uma condição necessária para o desenvolvimento do capitalismo e da burocracia é amplamente limitada aos regimes centrados no estado na Europa continental do século XIX. Enquanto a racionalidade administrativa estadual e nacional emergiu relativamente tarde nos EUA, ou seja, durante o período progressivo por volta da virada do século (Wiebe, 1967; Skowronek, 1982), a operação de um governo forte em muitos estado-nações europeus continentais, antecederam a ascensão dos mercados capitalistas e da organização corporativa e moldaram seu desenvolvimento (Polanyi, 1957; Chandler, 1980). De fato, pode-se argumentar plausivelmente que os tipos ideais de burocracia e racionalidade legal formal de Weber nunca se encaixam realmente no modelo americano. Eles se aplicam claramente ao direito civil europeu e a certos governos continentais do século XIX, mas não podem ser facilmente transferidos para o contexto político, social e econômico dos EUA onde o 'processo administrativo' (Landis, 1938; Woll, 1963) e o "estado administrativo" (F. Morstein Marx, 1957; Freeman, 1997) havia se estabelecido com sucesso como alternativas culturais e políticas à "burocracia" de Weber (ver também Horwitz, 1992: cap. 8).

²⁹ No original: "Thus, there is no reason to assume a unilinear or necessary historical progression of law toward either formal rationality or a specific type of substantive rationality. If history is any guide, it can be argued that Weber's thesis about law being a necessary condition for the development of capitalism and bureaucracy is largely limited to state-centered regimes in 19th-century continental Europe. Whereas the state and national administrative rationality emerged comparatively late in the US, i.e. during the Progressive Period around the turn of the century (Wiebe, 1967; Skowronek, 1982), the operation of a strong government in many continental European nation-states predated the rise of capitalist markets and corporate organization and shaped their development (Polanyi, 1957; Chandler, 1980). Indeed, it can plausibly be argued that Weber's ideal types of bureaucracy and formal legal rationality never really fit the American mold. They clearly apply to European civil law and certain 19th-century continental governments, but they cannot easily be transferred to the political, social and economic context of the US where the 'administrative process' (Landis, 1938; Woll, 1963) and the 'administrative state' (F. Morstein Marx, 1957; Freeman, 1997) had successfully established themselves as cultural and political alternatives to Weber's 'bureaucracy' (see also Horwitz, 1992: Ch. 8)".

³⁰ Há quem denote que a universalidade atribuída a Weber, não é plausível. Gerhard Dilcher (2015, p. 281), procura demonstra que essa é uma preocupação, tanto de Weber como dos neo-weberianos: "De fato, o 'paradigma weberiano' repousa principalmente em sua tese de racionalização, e essa tese sustenta que a racionalização - da economia, lei, burocracia, técnica baseada nas ciências naturais - era um processo próprio da cultura ocidental, ou seja, do 'oeste' euro-americano. O último texto de Max Weber, a premissa de sua coleção de ensaios sobre a sociologia da religião, contém em um crescendo contínuo a frase 'somente no Ocidente', 'nada além do Ocidente'". No original: "Di fatto il 'paradigma weberiano' riposa innanzitutto sulla sua tesi della razionalizzazione e tale tesi sostiene che la razionalizzazione - dell'economia, del diritto, della burocrazia, della tecnica sulla base delle scienze naturali - è stata un processo proprio della cultura occidentale, cioè dell'«Occidente» euro-americano. L'ultimo testo di Max Weber, la premissa alla sua raccolta di saggi di sociologia della religione, contiene in un crescendo continuo la locuzione «solo in Occidente», «nient'altro che in Occidente»".

Nesse ínterim, a apreensão do corpo categorial de Weber é essencial para o tema trabalhado, embora não seja suficiente, tendo ciência que o Estado Social desenvolveu outras determinações históricas que Weber não vislumbrava, tratando-se do caso brasileiro, ainda há outras determinações que precisam ser investigadas.

Sobre a discussão do caráter do Estado, recorre-se, neste momento, ao Bourdieu (2014, p. 30) que ao tratar do tema trouxe à lume outras categorias. Isto é perceptível na forma como ele caracteriza o Estado, este sendo o “monopólio da violência física e simbólica legítima”, na medida em que o monopólio da violência simbólica é condição de posse do exercício do monopólio da própria violência física”.

Nesse sentido, a dimensão simbólica³¹ da Constituição tem novos contornos, não cabendo a correspondência direta da concepção que Weber faz com a constituição sociológica de Lassalle, pois, pode-se observar que a constituição não pode representar simplesmente os fatores reais de poder. Nesta nova configuração, a constituição é possibilidade de dominação, ao mesmo passo que guarda o caráter plenipotenciário de transformação da realidade.

O sentido do Direito, nessa perspectiva, não se confunde mais com a legalidade nos termos propostos por Weber. O corpo categorial construído para explicar os sentidos e significados da sociedade não suficientes. O momento histórico que é emblemático nessa guinada, tanto no âmbito da sociologia, quanto do Direito, é o segundo pós-Guerra. A dogmática jurídica se reestrutura e ganha complexidade ao compreender o caráter normativo dos princípios jurídicos (BÖCKENFÖRDE, 1974; BONAVIDES, 2017). Nesse sentido, faz-se imprescindível analisar alguns aspectos que demonstram a derrocada da racionalidade voltada a fins (*Zweckrationalität*) no âmbito da dogmática jurídica brasileira.

³¹ Cumpre asseverar que a dimensão simbólica a qual se faz referência Bourdieu está no seu sentido mais genérico e não guarda relação, em imediato, com a terminologia “constitucionalização simbólica” de Marcelo Neves. O simbólico neste autor é trabalhado de modo mais restrito e relaciona-se com a hipertrofia social do texto normativo em face de sua materialização (NEVES, 2011, pp. 186 - 189).

2.2.1 Globalizando o Direito doméstico: o declínio da racionalidade voltada a fins (*Zweckrationalität*)?

A globalização³² é um fenômeno plurissignificativo e pode ser abordado por múltiplas perspectivas. Logo, pensar esse processo implica compreender as novas determinações sociais que reconfiguraram o cenário internacional e que afetam o Estado-nação brasileiro.

O Brasil é um país de dimensões continentais e que guarda uma relação de dependência geopolítica que tem repercussão nas múltiplas esferas da vida social. Por exemplo, note-se uma interferência direta na racionalidade político-administrativa do Estado, recaindo reflexivamente na dogmática jurídica. Antes de se adentrar na questão brasileira é imprescindível tratar dos aspectos gerais sobre a temática.

A dogmática jurídica tem caminhado para uma superação do modelo weberiano de racionalidade burocrática – àquela que é determinada por uma expectativa de resultados (*Zweckrationalität*) –, como se pode denotar na observação de Echaniz (2017, p. 174)³³ ao apontar que o cenário internacional necessita de outros

³² Apesar de compreender os aspectos sociais, políticos e econômicos desse fenômeno, neste trabalho, utilizar-se-á o conceito recente de Globalização, como foi asseverado por Milton C. Regan (2016 p. 135, tradução do autor): “A globalização pode ser vista em termos gerais como uma ‘intensificação das relações econômicas, políticas, sociais e culturais além-fronteiras’ (Holm & Sorensen 1995, p. 1). Esse processo avançou especialmente rapidamente na esfera econômica nas últimas duas a três décadas (Halliday e Osinsky, 2006). Um número crescente de empresas agora opera em vários países e compete em mercados globais (Bartlett & Ghosal 2002, Lundan 2015, Morgan et al. 2001, Picciotto 2011). Atualmente, uma grande porcentagem de transações ocorre entre afiliadas de famílias corporativas e não entre empresas completamente independentes (Picciotto 2011, Ruggie 2013). A globalização recente é marcada não tanto por um aumento quantitativo nos fluxos de comércio, mas pelo aumento do potencial de tais fluxos com a redução das barreiras comerciais nacionais, privatização e liberalização da regulamentação nas últimas décadas (Chorev 2007, Ocampo & Stiglitz 2008, Prasad 2006, Rodrik2012, Schneiderman 2008)”. No original: “Globalization can be regarded in general terms as an ‘intensification of economic, political, social and cultural relations across borders’ (Holm & Sorensen 1995, p. 1). This process has advanced especially rapidly in the economic sphere over the last two to three decades (Halliday & Osinsky2006). A growing number of companies now operate in multiple countries and compete in globalmarkets (Bartlett & Ghosal 2002, Lundan 2015, Morgan et al. 2001, Picciotto 2011). A largepercentage of transactions now are between affiliates of corporate families rather than between completely unrelated companies (Picciotto 2011, Ruggie 2013). Recent globalization is markednot so much by a quantitative increase in flows of commerce as it is by the increased potential for such flows with the reduction of national trade barriers, privatization, and the liberalization of regulation over the past few decades (Chorev 2007, Ocampo & Stiglitz 2008, Prasad 2006, Rodrik2012, Schneiderman 2008)”.

³³ No original: “El nuevo orden mundial globalizado, la fragmentación del derecho, el reparto asimétrico de poder entre los Estados que conforman la comunidad internacional y la incapacidad de las organizaciones internacionales para ase- gurar los valores y derechos recogidos en las constituciones

fundamentos para analisar as consequências da globalização no direito constitucional hodierno:

A nova ordem mundial globalizada, a fragmentação da lei, a distribuição assimétrica de poder entre os Estados que compõem a comunidade internacional e a incapacidade das organizações internacionais de garantir os valores e direitos contidos nas constituições nesse nível exigem uma revisão do próprio processo de constitucionalização, que racionalizou os Estados desde o surgimento das primeiras constituições, para que os canais pudessem aproximar e adaptar esse processo ao novo panorama supranacional que, de fato, já absorveu muitos dos poderes e poderes estatais.

Isso implica a construção de uma outra racionalidade que possa estabilizar as expectativas dos novos atores globais. No âmbito do sistema jurídico, esta problemática se estrutura de diversas maneiras. A racionalidade voltada aos fins que possuía na Constituição um horizonte programático de atuação, necessita ser reestruturada em conformidade com os paradigmas de organização Global. Ressalta-se, a superação dessa racionalidade não corresponde a sua completa negação.

A questão nevrálgica, neste ponto, é que partindo de um consenso das problemáticas que afligem a sociedade mundial do século XXI, constrói-se uma semântica política da necessidade de desburocratização e da austeridade fiscal. Em outras palavras, o sistema político se apropria da narrativa da necessidade de reestruturação do Estado, corrompendo a lógica de funcionamento dos outros subsistemas – como o jurídico, por exemplo³⁴.

Neste contexto, tentando compreender os problemas do sistema jurídico brasileiro, Marcelo Neves (2018, p. 298-299) tenta analisar as implicações do

a ese nivel demandan una revisión del proceso mismo de constitucionalización, que racionalizó los Estados desde el surgimiento de las primeras constituciones, para que se encuentren los canales para aproximar y adaptar ese proceso al nuevo panorama supranacional que, de facto, ya ha absorbido muchas de las competencias y de los poderes estatales”.

³⁴ Nessa toada, assevera Marcelo Neves (2017, p. 1105): “As ordens jurídicas privadas transnacionais, enquanto ‘direito como meio’ da economia desenvolvem um tipo de racionalidade instrumental no âmbito jurídico, conforme a qual todas as pretensões normativas emergentes das formas de direito dos países mais fracos tendem a ser julgadas como perturbações para a dinâmica de sua expansão. A esse respeito, Christodoulidis (2013: 642) destaca que ‘relações entre Estados centrais e periféricos são uma parte vital da ‘racionalização’ do transnacional, um edifício que tem como premissas as assimetrias de poder.’ Daí por que aquelas, ordens propendem a desprezar estas pretensões com efeitos destrutivos sobre as respectivas formas de direito”. Percebe-se nessa passagem uma convergência entre o pensamento de Guerreiro Ramos (1981) e de Marcelo Neves (2017; 2018), sendo à crítica deste último mais profunda e articulada com as implicações na baixa reflexividade da dogmática jurídica brasileira.

desenvolvimento da constituição e do direito na modernidade periférica. Ao fazer isso, traz à lume conceitos como de autorreferência, de reflexividade, de reflexão (em seu sentido estrito) e de legitimidade. Estes conceitos serão importantes para revelar as dificuldades presentes na dogmática jurídica e atuação do poder judiciário.

Todavia, antes de adentrar nestes conceitos próprios da teoria do sistema, é importante asseverar a compatibilidade teórica do corpo categorial trabalhado, tendo em vista que os pressupostos utilizados por esses autores são, em certa medida, contraditórios. Assim, faz-se imprescindível uma explicitação dos pontos de compatibilidade.

Iniciou-se este estudo trazendo algumas categorias trabalhadas por Max Weber, além de algo típico da formulação teórica weberiana, que são os tipos ideais. É importante ter em mente que apesar de Weber constituir um corpo categorial próprio, dentro de uma determinada metodologia, a utilização deste autor não implica exclusão de outras maneiras de apreensão da realidade. Weber é fundamental para o direito ao demonstrar a complexidade existente no plano conceitual, conectando-o com a dominação burocrática. Entretanto, levando-se em conta que a realidade se transforma a cada instante, a perspectiva de um autor será a todo momento um olhar sobre um aspecto de um determinado objeto, em um dado contexto histórico.

É imprescindível expor que quando se pretende entender algo tão complexo como as implicações da globalização no direito doméstico, aspectos da sociologia são bem-vindos, quando estes lançam novos olhares ao objeto trabalhado. Nesses termos, ao se recorrer ao corpo categorial da teoria dos sistemas para compreender problemas do sistema jurídico brasileiro, pode-se afirmar que se está diante do mesmo objeto, contudo com um outro recorte epistemológico, agora voltado aos problemas internos da ciência jurídica. Levando-se isso em conta, pode-se afirmar que o corpo categorial weberiano contribuiu neste trabalho na compreensão ampla da problemática, mas no que diz respeito aos elementos internos do Direito, a Teoria dos Sistemas de Luhmann, como trabalhada por Neves, adequa-se melhor aos fins propostos por esta investigação³⁵.

³⁵ Cumpre salientar, trabalhar-se-á conectando diversas obras de Marcelo Neves na medida que elas se complementam e contribuem para desvelar os elementos centrais da discussão sobre a baixa reflexividade do Direito.

Deste modo, a discussão continua no plano conceitual, todavia com um grau de abstração menor devido à conectividade entre o sistema jurídico e o processo de globalização. Percebe-se que a compatibilidade das teorias trabalhadas é determinada pela forma que o pesquisador utiliza o corpo categorial de cada autor. Não há um sincretismo assistemático, mas um diálogo a partir de um grau de abstração diferente, sendo, somente nesses termos, possível compatibilizar teorias tão distintas. Assim sendo, pode-se apresentar alguns elementos do quadro conceitual da Teoria dos Sistemas, no intuito de desvelar as implicações da globalização do direito doméstico brasileiro.

O elemento da autorreferência é presente na dogmática jurídica em diversos autores e com concepções distintas – por vezes mais restritas ou ampliadas. Trabalhar-se-á com a noção de autorreferência quanto um elemento, dentre três, que conformam o caráter autopoietico do direito, sendo os outros dois reflexão e reflexividade (LUHMANN, 2016, pp. 673-678; NEVES, 2018, p. 265-299). A escolha por este conceito se coaduna por não se entender a questão da autorreferência como um problema lógico, a exemplo de Hart (2009). Nestas condições, o problema sai do âmbito da consciência humana e é transposto para o objeto (NEVES, 2018).

Esta transposição é fundamental, no que tange à autorreferência do direito, pois possibilita distinguir as ações jurídicas de outras formas de ações sociais. Neste ponto, é importante fazer uma ressalva. Enquanto para Weber a ação social é a unidade elementar da sociedade, para Luhmann a comunicação é quem cumpre esta função e somente quando forem reduzidas em ações poderão controlar a si mesmas (LUHMANN, 2016). A partir destas reflexões, Neves (2018, p. 268) assevera:

A autorreferência elementar, primeiramente uma característica operativa de um sistema jurídico positivo, atinge também a estrutura desse sistema, uma vez que a redundância (normativa) serve à segurança de expectativas. Por 'segurança' não se entende aqui 'previsibilidade da aplicação' nem se quer referir à certeza do direito mediante input de seu ambiente, como se o sistema jurídico fosse uma 'máquina trivial'.

O que distingue, assim, o Direito de outros sistemas sociais não é uma previsibilidade mecânica de como algo deverá ser decidido, mas a garantia que esta decisão estará dentro do código de operação do sistema jurídico lícito/ilícito. O não respeito a este código destrói por completo a segurança de expectativas. Diante deste paradigma, a legalidade ganha outro contorno conceitual que supera a dualidade

“direito escrito” e “ações jurídicas” – modelos anteriores de legalidade que correspondem a uma perspectiva estática relacionada a “a dicotomia ‘ordem legal versus ordem social’ (corrente tanto entre juristas “puros” quanto entre sociólogos do direito ‘típicos’)”. O conceito de legalidade, sob a óptica da autorreferência do direito, pode ser considerado dentro da dinâmica do sistema o que “significa a circularidade entre legiferação e concretização jurídica” – aplicação, execução, observância e uso do direito (NEVES, 2018, p. 270).

Observa-se, nesta conceituação de legalidade, uma crítica à metalinguagem kelseniana para ciência jurídica e incorporação/transposição/tradução acrítica dos tipos ideais weberianos realizada pelos sociólogos do direito, entretanto esta crítica não afeta a análise realizada, na verdade, soma-se ao que foi exposto sobre as limitações de um determinado corpo categorial e um método específico para a compreensão da totalidade social. Por fim, denota-se que o conceito de legalidade proporcionado pela teoria dos sistemas é um salto qualitativo frente as demais conceituações.

Diante do exposto, cumpre trazer também à lume o elemento da reflexividade, mas não no sentido propriamente luhmaniano e, sim, como foi trabalhado por Neves (2018) ao seguir o modelo sistêmico-teórico. Neves (2018, p. 280-281) reformulou essa questão da seguinte forma:

[...] reflexividade como mecanismo no interior de um sistema autopoético implica que o processo referente e o processo referido sejam estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reapareçam em parte no segundo. Por conseguinte, não é suficiente referir-se a normatização da normatização, pois a normatização religiosa ou ética da normatização jurídica, assim como a ‘normatização jusnaturalista’ do processo de produção de normas jurídico-positivas, não constitui, nesse sentido estrito, formas de reflexividade da produção normativa. Além disso, conforme esse universo conceitual, não ocorre reflexividade normativa entre ordens jurídicas ‘pluralistas’, que dispõem de distintos códigos jurídicos, nem no ‘direito socialmente difuso’.

Ao se tratar da reflexividade de um determinado sistema, tem-se de ter ciência que esta só é possível se se partir de um modelo de monismo jurídico, onde o Estado é quem se manifesta sobre o que é e não é oficial (BOURDIEU, 2014, p. 93). Esta caracterização da reflexividade, no que tange à descrição do modelo jurídico posto, faz-se imprescindível, conquanto se o intuito for a proposição de um modelo que não siga os termos do monismo, ela será insuficiente.

A constituição, a partir desta perspectiva (da reflexividade, da autorreferência e da legalidade), assume o caráter de instância máxima de reflexão do direito positivo. Pode-se afirmar, sob estas circunstâncias, que a implicação direta desta conceituação é a hierarquização interna, pois “a Constituição se torna norma das normas e determina as relações hierárquicas entre as normas jurídicas” (NEVES, 2018, p. 281). Isto advém diretamente da institucionalização da divisão dos poderes.

É importante asseverar, precipuamente, que a reflexão, enquanto conceito sistêmico-teórico, possui múltiplos níveis em relação ao sistema jurídico. Distingue-se “a reflexão como referência recursiva do sistema a si mesmo, à sua própria identidade, tanto da autorreferência de base (elementar) quanto da reflexividade (autorreferência processual)” (NEVES, 2018, p. 297), tendo clareza que as três se pressupõem mutuamente. Para além destas considerações Neves (2018, p. 298) assevera:

[...] a reflexão pertence também aos mecanismos reflexivos, mas ela tem como fio condutor a diferença entre sistema e ambiente, não a diferença ‘antes/depois’ dos processos, base da reflexividade. Como ‘teoria do sistema no sistema’, ela implica a elaboração conceitual da ‘identidade do sistema em oposição ao seu ambiente’ (cf. p. 165, notas 18 e 20), o que serve, ao mesmo tempo, à reprodução operacional consistente do sistema e à sua adequada referência ao ambiente; por outro lado, porém, o sucesso de qualquer teoria de reflexão depende dessa consistência e adequabilidade.

Nos termos trabalhados até o momento, o direito se constitui enquanto sistema socialmente diferenciado pela característica de formar uma identidade própria e ao mesmo tempo demarcar o que lhe configura diferente de outros sistemas e ambiente. Dogmática jurídica e teoria do direito podem ser considerados “dois níveis da reflexão no sistema jurídico, que são passíveis de serem distinguidos entre si não apenas pelos respectivos graus de abstração, mas também pelas relações com a identidade do sistema” (NEVES, 2018, pp. 298-299). Uma, a teoria do direito, tem a possibilidade de negação do próprio sistema, pois essa é a condição de possibilidade de uma instância reflexiva funcionar. A outra, a dogmática jurídica, sendo a “proibição da negação”. Em outros termos, uma reflexão limitada³⁶.

³⁶ Ressalva-se que Neves (2018) apresenta a distinção entre ambas, todavia faz a opção metodológica de trabalhar com a dogmática jurídica e a teoria do Direito como sinônimos no decorrer da obra supracitada.

A compreensão anterior é basilar para se entender como se manifestam os problemas de reflexão no sistema jurídico brasileiro. Este, relacionado diretamente com a falta de autorreferência de base e processual, que dizem respeito respectivamente a legalidade e a constitucionalidade (NEVES, 2018, p. 307). Neves avalia que o déficit de reflexão se manifesta no cotidiano das decisões judiciais que apresentam uma ausência de “controle de consistência”, ou seja, são impregnadas de códigos de outras searas que corrompem a estrutura do sistema jurídico, atingindo a segurança de expectativas.

Com fulcro no que foi apresentado, a legitimidade de um determinado sistema não se constitui pela “crença na legalidade” weberiana, mas sim, na regularidade do sistema em operar a partir e com base em componentes que lhe são específicos. Ao que tange o contexto brasileiro, Neves identifica que a base da legitimação é a afirmação de um princípio social de inclusão ao invés de exclusão.

Observa-se que se passou neste trabalho de uma construção puramente conceitual, para outra, ainda conceitual, mas que já guarda determinações com a realidade social brasileira, especificamente a dogmática jurídica e sua genuflexão aos ditames exteriores ao sistema jurídico. Neste momento, é preciso avançar no âmbito das determinações e apresentar como, minimamente, desenvolveu-se o constitucionalismo na esfera internacional e como o Direito Administrativo Global adentra na discussão no intuito de assimilar os dissensos no plano global e estabilizar expectativas normativas dos múltiplos atores transnacionais.

2.2.2 Constitucionalismo, transconstitucionalismo e DAG: respostas alternativas e a construção da legitimidade

O constitucionalismo, no final do século XX, no processo de diferenciação e hipercomplexificação³⁷ da sociedade, começa a refletir sobre questões que estão

³⁷ Falar de hipercomplexificação da sociedade se remete diretamente ao processo de diferenciação funcional que implica uma reestruturação das diversas áreas do saber e de organização social. Além disso, corresponde ao alto desenvolvimento tecnológico e o processo de especialização do trabalho produtivo. Para uma visão sobre a estruturação da sociedade e seu caráter hipercomplexo, ver Luhmann (2016, p. 741 – 791) na obra *O Direito da sociedade*.

para além dos problemas clássicos limitados as suas fronteiras (NEVES, 2017). Isto adveio a partir das reconfigurações geopolíticas³⁸ e econômicas do segundo pós-guerra que tiveram implicações mundiais.

A globalização que havia se manifestado, inicialmente, no âmbito da economia e do comércio, “hoje é um fenômeno que conseguiu transbordar os contêineres nacionais e internacionais”; o que implica na obsolescência dos instrumentos criados até o momento, necessitando-se repensar o papel do Direito e dos Estados-nações, como assera Arriola Echaniz (2017, p. 171, tradução do autor)³⁹:

[...] problemas globais para a qual um único Estado ou uma determinada organização internacional se torna instrumentos de solução obsoletos e insuficientes (Holton e Turner, 2016). É um processo de intensificação de dependências recíprocas que não são reduzidas ao mercado mundial (Beck, 1999). A globalização é definida como um fenômeno multinível no qual os estados não dominam mais as sociedades nacionais delimitadas pelo princípio da territorialidade, mas hoje a diferenciação funcional de uma única sociedade global é imposta (Teubner, 1997: 22).

Nessa linha de raciocínio, o Direito, quanto sistema jurídico, deve extrapolar as questões nacionais, “na regulamentação das áreas em que é disfuncional, em seu controle ou em sua gestão, e deve contar com novas fontes de legitimidade, seja em organizações locais, regionais ou internacionais ou supranacional” (ECHANIZ, 2017, 171). Enfim, faz-se premente a reorganização do poder político, nesse novo momento da globalização que se espraia para além das questões econômicas.

³⁸ Arts (2003, p. 3, tradução do autor) ao discutir essa mudança de cenário e a participação de atores não-estatais (sigla em inglês NSAs) assevera: “O final dos anos 80 testemunhou uma nova dinâmica nas relações internacionais, com o colapso do Bloco Comunista como uma força motriz muito importante. O cenário político internacional mudou drasticamente desde então, entre outras coisas, permitindo mais espaço político para questões que não sejam meramente segurança e para atores que não sejam grandes estados e suas forças aliadas. Parece que as competências das ANS também aumentaram como resultado desse desenvolvimento”. No original: “The late 1980’s witnessed new dynamics in international relations, with the collapse of the Communist Bloc as a very important driving force. The international political landscape has dramatically changed since then, among others things, allowing more political space to issues other than merely security, and to actors other than big states and their allied forces. It seems that the competencies of NSAs have also increased as a result of this development”.

³⁹ No original: “[...] problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de solución obsoletos e insuficientes (Holton y Turner, 2016). Se trata de un proceso de intensificación de las dependencias recíprocas que no se reducen al mercado mundial (Beck, 1999). La globalización se define como un fenómeno multinivel en el que los Estados ya no dominan a las sociedades nacionales delimitadas por el principio de la territorialidad, sino que hoy se impone la diferenciación funcional de una única sociedad a escala mundial (Teubner, 1997: 22)”.

Essa reorganização, segundo Marcelo Neves (2017, p. 1097), não significa a superação por completa das constituições estatais, nem a figura de “um ‘herói global’, no que residiria ‘sua limitação e sua força’ (Willke, 1992: 362 ss.), pois ele também não é mais senhor em relação à definição de quais problemas constitucionais vão permanecer localmente ou ultrapassar suas fronteiras”.

Os problemas candentes do século XXI são eminentemente problemas transfronteiriços⁴⁰. Ou seja, exigem que múltiplos atores trabalhem na busca de soluções. Nessa toada, Marcelo Neves (2009), compreendo que o Estado-nação cumpre uma tarefa central na sociedade mundial⁴¹, propõe como alternativa um diálogo transconstitucional – sendo este baseado na racionalidade transversal de Welsch, todavia não na sua integralidade. Marcelo Neves (2009, p. 42) trabalhará com o conceito de racionalidades transversais parciais que podem vir a servir como “relação construtiva entre as racionalidades particulares⁴² dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto”. Neves (2009, p. 42) ao propor o transconstitucionalismo já tinha ciência de suas limitações, como se pode denotar:

A racionalidade transversal, assim como o acoplamento estrutural, é uma forma de dois lados. O lado negativo do acoplamento estrutural são os bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas mediante corrupção dos

⁴⁰ Essa é uma reflexão importante, visto que diante do caráter multicêntrico da sociedade mundial, como assevera Joerges, Kjaer e Ralli (2011, p 155), a resolução unilateral de conflitos que perpassam as fronteiras nacionais não são mais concebíveis, fazendo-se premente pensar novas abordagens que deem conta das três dimensões que eles distinguem como: “[...] conflitos horizontais ocorrem quando diferentes Estados reivindicam a aplicação da lei no mesmo caso; os conflitos verticais colocam uma lei estatal contra uma lei suprema (federal ou europeia); enquanto os conflitos diagonais referem-se a uma situação em que um regulamento nacional pertence a um domínio, em que a União Europeia não possui competência legislativa efetiva neste domínio, mas onde o regulamento pode entrar em conflito com o direito europeu, por exemplo, direito da concorrência ou livre circulação”. No original: “[...] horizontal conflicts occur when different state laws claim application in the same case; vertical conflicts pit a state law against a supreme (federal or European) law; while diagonal conflicts refer to a situation where a national regulation belongs to one field, where the European Union lacks true legislative competence in that field, but where nevertheless the regulation may conflict with European law, for example, competition law or the free movement of goods”.

⁴¹ Nas palavras de Neves (2009, p. 27): “A sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relação de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade. Trata-se de uma *unitas multiplex*. Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial. Também não se deve confundir com a noção controversa de ‘globalização’. Não simplesmente porque essa, frequentemente, contém uma forte carga prescritiva, no âmbito de uma discussão ideologicamente carregada; tampouco apenas porque, quando tem pretensão descritiva, refere-se, muitas vezes, a um sistema de relações entre diversas sociedades regionais e parte de um conceito de sociedade centrado no Estado Nacional. Antes cabe considerar a globalização como resultado de uma intensificação da sociedade mundial”.

⁴² As racionalidades particulares são aquelas que são outorgadas pelos jogos de linguagens particulares (NEVES, 2009, p. 39)

sistemas envolvidos. Aqui o código de um dos sistemas é sabotado pelo código 'ter/não ter' (economia), por via do processo eleitoral ou dos procedimentos fiscais e tributários, corromper as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política (diferença governo/oposição construída democraticamente), dar-se-á a corrupção sistêmica se houver incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia.

Em um outro momento, ao se discutir o modelo de democracia para o século XXI, Neves (2017, p. 1104), aprofunda a crítica, apresentada anteriormente como algo limitante mas não impossível, à ideia do transconstitucionalismo, afirmando que o mesmo tem como aspecto positivo o desenvolvimento da racionalidade transversal, contudo o espectro negativo são às relações bloqueadoras e destrutivas entre as ordens jurídicas. Na ordem internacional a expansão bloqueante do código do poder, solapando o código jurídico “está associada à imunização e intocabilidade das ordens jurídicas das ‘grandes potências’ perante o direito internacional público” (NEVES, 2017, p. 1104).

Nesta nova rearticulação do seu pensamento, Marcelo Neves (2017), identifica que a racionalidade transversal é escamoteada por ordens jurídicas privadas transnacionais, ao utilizar o “direito como meio” para fins econômicos. Ou seja, a racionalidade instrumental (*Zweckrationalität*) age bloqueando o processo de inclusão social em países periféricos sempre que encontram algum obstáculo à expansão de suas expectativas cognitivas de maior acumulação de capital.

Observa-se que a linguagem particularista de atores transnacionais corrompe o sistema jurídico de países mais fracos, a normatividade das constituições nacionais se esfacela em prol de interesses de grupos econômicos ou Estados que estão “sobre-incluídos” na dinâmica geopolítica. O transconstitucionalismo, logo acaba por ser algo contingente na sociedade mundial⁴³.

Diante do exposto, pode-se inferir que o transconstitucionalismo é um recurso escasso da sociedade mundial. Entrelaçamentos transconstitucionais estáveis entre ordens jurídicas só ocorreram, até agora, em âmbitos muito limitados do sistema jurídico mundial multicêntrico, seja do ponto de vista territorial ou funcional. E prevalecem as perspectivas desfavoráveis a desenvolvimentos positivos. Seria totalmente ilusória a ideia de as

⁴³ Marcelo Neves (2017) apresenta duas alternativas ao transconstitucionalismo, todavia não faz parte do escopo deste trabalho uma análise dessas duas perspectivas que são o pós-constitucionalismo e a transdemocracia. Pois, entende-se essas alternativas como parte decorrente do constitucionalismo do final do século XX e começo do século XXI. Ou melhor, continuadoras da ambição constitucional (KRISCH, 2010).

experiências com a racionalidade transversal nos termos do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estão generalizadas ou em condições de generalizar-se em um curto ou médio prazo. Essas experiências ainda fazem parte dos privilégios de alguns âmbitos jurídicos de uma sociedade mundial sensivelmente assimétrica (NEVES, 2017, p. 1106).

Nesse ínterim, infere-se que o constitucionalismo em nível global busca combater o déficit de legitimidade da governança global. O transconstitucionalismo era uma tentativa de resolução dessa debilidade, mas mostrou-se insuficiente frente aos influxos da geopolítica cotidiana.

Na *New York University School of Law*, nos EUA, no começo do século XXI, surgiu uma proposta acadêmica de sistematização dos “estudos nos diversos níveis nacional, transnacional e internacional que se relacionam com o direito administrativo da governança mundial” (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2016, p. 11). O Direito Administrativo Global exsurge nesse cenário, no intuito de contribuir com discussão do déficit de legitimidade. Pois, com a “realocação do poder público para o nível global, os padrões de legitimidade para as instituições transnacionais chegaram a aproximar-se mais dos que aplicamos aos governos nacionais e, sob esse prisma, a maioria das instituições transnacionais falham [...]” “[...] com seus procedimentos distorcidos para tomada de decisões” (KRISCH, 2009, p. 246, tradução do autor)⁴⁴.

Infere-se, nesse sentido que o DAG não é algo estruturado que pode ser facilmente identificado, ao invés, compõe-se de padrões emergentes de governança global que não guardam relação propriamente com a natureza de atos normativos do Direito Internacional. Abre-se, deste modo, possibilidades de se discutir um Direito Administrativo de proporções globais.

Essa discussão faz-se necessária haja vista uma diversidade de instrumentos regulatórios em nível global, das mais variadas instituições, como OCDE, Banco Mundial, OMC, Comitê da Basileia, dentre outras, que não sofrem um controle específico nem no âmbito procedimental, nem material.

⁴⁴ No original (completo): “Both global constitutionalism and global administrative law are, in their different ways, attempts at tackling the perceived legitimacy deficit of global governance. With the relocation of public power to the global level, legitimacy standards for transnational institutions have come to approximate more closely those we apply to domestic governments, and seen in this light, most transnational institutions fail badly—be it the UN Security Council with its unrepresentative membership and secretive decision making, the World Bank with its unfairly weighted voting, or the Codex Alimentarius Commission with its skewed procedures for reaching decisions”.

A discussão hodierna do DAG preocupa-se com os procedimentos e a criação de mecanismos de *accountability*, transparência e *review*. Percebe-se uma tentativa de universalização de institutos do direito administrativo doméstico no plano global. Todavia, apesar de ser uma discussão importante, ela secundariza outros fatores, como por exemplo, adequação material de tais procedimentos no ordenamento jurídico de outros países, além de serem parâmetros formulados e construídos para o contexto de países centrais.

Nestes termos, a necessidade de construir uma crítica de um país que não está no centro do sistema mundial ocorre por duas razões: i) as revoluções liberais não se manifestaram da mesma forma nesses países. No Brasil, não houve ruptura na transição entre monarquia e república, e isto tem implicações na estruturação da administração pública e no tipo de racionalidade que se construiu (FLORESTAN, 2014); ii) os períodos democráticos na história brasileira são uma exceção, outro fator que conforma a racionalidade de Estado e a forma como este deve se comportar em relação aos serviços públicos.

Assim, para se pensar no DAG enquanto uma dogmática jurídica que leve em consideração a construção de legitimidade, a partir de um princípio geral de inclusão é condição de possibilidade da superação de uma racionalidade instrumental (*Zweckrationalität*).

Neste primeiro capítulo, conseguiu-se identificar como o Direito Administrativo Global faz parte do debate do constitucionalismo moderno, todavia não sendo nomeado nestes termos. Além disso, a lógica da geopolítica, no final do século XIX e começo do século XX, era um elemento que enrijecia a forma como os Estados-nações se comportavam. O ponto de inflexão histórico é o pós-Segunda Guerra, onde diversas entidades de caráter transnacionais começam a surgir – orientações, diretrizes, princípios e *standards* são desenvolvidos na perspectiva de reconstruir a economia mundial, neste momento polarizada (EUA x URSS) –, esse processo se agudiza com a derrocada do socialismo real e a ontologização da lógica de mercado como sendo a racionalidade mais “eficiente” na soluções dos problemas candentes do final do século XX e começo do XXI.

Nesse ínterim, percebeu-se que essas organizações transnacionais começaram a construir sua própria lógica (racionalidade) de resolução dos conflitos

transfronteiriços, está ligada a um tipo de burocracia e uma forma de compreender o papel do Estado-nação contemporâneo. A nascente regulação administrativa em nível Global foi exemplificada com a apresentação do caso do atum-rabilho.

O Direito Administrativo Global surgiu nesse contexto, quanto uma tentativa de diferenciação funcional da dogmática jurídica, com o escopo de contribuir com discussão do déficit de legitimidade. Contudo, o que se percebeu, a partir do extenso levantamento bibliográfico sobre o tema, é a insuficiência teórica do DAG quanto uma possível solução dos problemas transfronteiriços do século XXI. Pois, os autores, com pouquíssimas exceções, não superam a racionalidade orientada a fins (*Zweckrationalität*).

Infere-se, nesses termos, que o DAG não é algo foge a racionalidade mercadológica tradicional do constitucionalismo do século XX, entretanto frente as outras propostas, como a do transconstitucionalismo, de construção de legitimidade o DAG é a que possui o maior caráter plenipotenciário de superação do paradigma de racionalidade que está posto.

Isto ficará mais cristalino ao se analisar as orientações/standards da OCDE para a integridade da administração pública brasileiro, porque ao se investigar como as orientações/standards são construídos em uma organização de caráter global, desvela-se os limites institucionais da participação e dos argumentos que sustentam a racionalidade orientada a fins.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO RELATÓRIO DE AVALIAÇÃO DO SISTEMA DE INTEGRIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA REALIZADO PELA OCDE

A análise crítica da Avaliação de Integridade da Administração Pública pela OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – tem a pretensão de refletir sobre os impactos que uma organização internacional pode causar ao Direito doméstico de um país periférico. Esse exemplo, particularmente, possui diversas singularidades, visto que a OCDE centrou sua avaliação em três políticas públicas – A Receita Federal do Brasil, o Programa Bolsa Família e o Programa Nacional de DST/AIDS – e utilizou como chave heurística quatro conjunto de “princípios”⁴⁵ orientadores⁴⁶.

O reflexo no Direito é indireto, visto que a avaliação destas políticas públicas pela OCDE fomenta uma expectativa cognitiva no Poder Executivo. Essas expectativas cognitivas adentram o sistema jurídico no processo de reforma do setor público, tornando-se expectativas normativas. A própria OCDE (2011, p. 3) reconhece que na “última década o Governo Federal Brasileiro promoveu uma série de reformas em seu setor público”. Levando-se em consideração, que os objetivos nevrálgicos são “tornar o Governo mais eficiente, aperfeiçoar a prestação de contas e responsabilização e prevenir a corrupção” (OCDE, 2011, p. 3), verifica-se que as preocupações da OCDE são conectadas umbilicalmente com uma racionalidade voltada a determinados fins (*Zweckrationalität*).

Esse capítulo busca investigar quais são fins que orientam os quatro conjuntos de “princípios” utilizados pela OCDE para avaliar a administração pública brasileira. Observa-se que há uma similaridade entre as pretensões cognitivas da

⁴⁵ A palavra princípio é utilizada pela OCDE sem a precisão semântica do termo. A melhor caracterização destes quatro conjuntos é de orientações/standars para a integridade da administração pública. Ao longo deste capítulo, utilizar-se-á da terminologia da OCDE, princípios, sempre que se fizer referência direta ao documento analisado.

⁴⁶ São eles: “Princípios para a Gestão da Ética no Serviço Público (Principles for Managing Ethics in the Public Service); Diretrizes sobre a Gestão de Conflitos de Interesses no Serviço Público (Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service); Princípios para o Fortalecimento dos Contratos e das Licitações Públicas (Principles for Enhancing Integrity in Public Procurement); e, Princípios de Transparência e Integridade nos Processos de Intermediação de Interesses (Principles for Transparency and Integrity in Lobbying)” (OCDE, 2011, p. 3).

OCDE para a administração pública brasileira e as expectativas gestadas no âmbito do Direito Administrativo Global – não no seu plano fenomenológico, mas quanto proposta de dogmática jurídica que contribui para a construção de legitimidade de uma burocracia transnacional –, como se pôde denotar no item 2.2.2 deste trabalho ao demonstrar que a discussão hodierna do DAG centrava-se nos procedimentos e na criação de mecanismos de *accountability*, transparência e *review*.

Neste capítulo em específico, apresentar-se-á como e qual papel a OCDE vem cumprindo na construção de uma burocracia pós-estatal na contemporaneidade. Após esse primeiro momento, analisar-se-á criticamente o relatório de Avaliação da OCDE Sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira, tentando identificar como os “princípios” orientadores se interrelacionam com as recomendações e as propostas de ação presentes no documento sobre a avaliação.

3.1 OCDE e seu papel na construção da burocracia pós-estatal contemporânea

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), advém no contexto pós-Segunda Guerra, 1961, com o intento de “reconstrução político e econômica de uma ordem internacional estável e próspera” (WOLF, 2007, p. 1, tradução do autor). Entretanto, antes de se tratar da OCDE, faz mister uma pequena digressão histórica para desvelar seus objetivos. O intuito é observar a relação entre discurso e prática.

No de 1947, George Catlett Marshall proferiu na universidade Harvard um discurso que iniciou o Programa de Ajuda Europeia do pós-guerra, que ficou comumente conhecido como Plano Marshall (WOLF, 2007; THORSTENSEN; GULLO, 2018). Marshall (1947, online, tradução do autor)⁴⁷ procurou em seu discurso enfatizar

⁴⁷ No original: “It is already evident that, before the United States Government can proceed much further in its efforts to alleviate the situation and help start the European world on its way to recovery, there must be some agreement among the countries of Europe as to the requirements of the situation and the part those countries themselves will take in order to give proper effect to whatever action might be undertaken by this Government. It would be neither fitting nor efficacious for this Government to undertake to draw up unilaterally a program designed to place Europe on its feet economically. This is the business of the Europeans. The initiative, I think, must come from Europe. The role of this country should consist of friendly aid in the drafting of a European program and of later support of such a

o papel dos Estado Unidos na reconstrução dos países atingidos pela Segunda Guerra Mundial e necessidade de uma ampla participação dos países europeus.

Já é evidente que, antes que o governo dos Estados Unidos possa avançar muito mais em seus esforços para aliviar a situação e ajudar a iniciar o mundo europeu em seu caminho de recuperação, deve haver algum acordo entre os países da Europa quanto aos requisitos da situação e a parte que esses países tomarão para dar efeito adequado a qualquer ação que possa ser empreendida por este governo. Não seria apropriado nem eficaz que este governo se compromettesse a elaborar unilateralmente um programa destinado a colocar a Europa em pé economicamente. Este é o negócio dos europeus. Acho que a iniciativa deve vir da Europa. O papel deste país deve consistir em ajuda amigável na elaboração de um programa europeu e no apoio posterior a esse programa, na medida do possível para fazê-lo. O programa deve ser conjunto, acordado por um número, se não todas as nações europeias.

Verifica-se no discurso de Marshall (1947, online, tradução do autor) uma preocupação de construir conjuntamente uma saída, pois ele percebe que o “sistema moderno da divisão do trabalho em que se baseia a troca de produtos corre o risco de desmoronar”. O remédio proposto não foi uma opção moral, mas sim a percepção que a economia mundial corria risco. Estabilizar as expectativas cognitivas no âmbito econômico era algo premente para este momento histórico.

Nesse ínterim, depois de “uma tentativa fracassada de negociar uma resposta conjunta com a URSS, em 3 de julho de 1947, os Ministros das Relações Exteriores da Grã-Bretanha e da França convidaram todos os países europeus a se reunirem em Paris” (WOLF, 2007, p. 1, tradução do autor). O intuito era elaborar um plano de recuperação econômica para dialogar com Marshall, que era Secretario de Estado dos EUA. Essa reunião ocorreu ainda em julho de 1947, lideranças de 17 países europeus – Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido e Alemanha Ocidental – estavam presentes (WOLF, 2007, p. 1). “Como resultado, foi criado o Comitê Europeu de Cooperação Econômica, ou *Committee of European Economic Cooperation* – CEEC” (THORSTENSEN; GULLO, 2018, p. 5-6). Este comitê

program so far as it may be practical for us to do so. The program should be a joint one, agreed to by a number, if not all European nations”.

assumiu a responsabilidade de gerenciar as etapas do Plano de Recuperação (WOLF, 2007, p. 1).

Após esse primeiro momento, reconheceu-se “que a execução do Programa seria melhor dinamizada com o estabelecimento de um organismo internacional permanente e voltado para este fim” (THORSTENSEN; GULLLO, 2018, p. 6). Em abril de 1948 na cidade de Paris, o Comitê (CEEC) se reuniu para uma nova conferência, sendo assinado a Convenção que deu origem a Organização para Cooperação Econômica Europeia (OCEE).

Essa primeira Organização foi composta pelos 16 países integrantes do Comitê Europeu de Cooperação Econômica, pela Alemanha Ocidental (originalmente representada pelas áreas de ocupação combinada dos EUA e Reino Unido e pela área de ocupação francesa), e pelo antigo Território Livre de Trieste (área administrada pelos EUA e Reino Unido). Contava com os Estados Unidos e Canadá como observadores (WOLFE, 2008, p. 26). O objetivo da OEEC era promover a cooperação econômica entre seus membros e, como atividade inicial, acompanhar a execução do Plano Marshall para reconstrução da Europa, por meio do European Recovery Program - ERP. Objetivava, ainda, incentivar o desenvolvimento do comércio intra-europeu promovendo a redução de tarifas e outras barreiras à expansão do comércio, analisar a viabilidade de criação de uma união aduaneira ou área de livre comércio, estudar a multilateralização de pagamentos e alcançar melhores condições de trabalho (OECD, 2018). (THORSTENSEN; GULLLO, 2018, p. 6)

Denota-se que os EUA tinham interesse que a OEEC “fosse um veículo para a integração europeia, exigindo que a organização alocasse ajuda de Marshall, mas a OEEC não poderia suportar esse fardo” (WOLF, 2007, p. 2, tradução do autor). Essa organização perdurou por quase uma década, todavia com a reestruturação geopolítica mundial que dividiu um mundo em dois grandes blocos – um ligado aos americanos e um outro aos soviéticos – acabaram por modificar as estruturas no

comércio e nos pagamentos⁴⁸. Após esse momento, a OEEC não mais rearticulou como esclarece Wolf (2007, p. 2)⁴⁹:

Na Europa, a Comissão da CEE e muitas autoridades francesas influentes consideraram que a coesão dos Seis, o objetivo político do Tratado de Roma, seria prejudicada se a liberalização do comércio fosse realizada através de uma área de livre comércio em toda a OEEC ou de uma ligação de livre comércio entre os Seis e os Sete países da Área Europeia de Comércio Livre (EFTA). As preferências americanas pelo comércio global liberal, e não pela discriminação europeia, levaram Douglas Dillon, então subsecretário de Estado para Assuntos Econômicos dos EUA, a propor em novembro de 1958 o que ficou conhecido como Rodada Dillon de negociações comerciais multilaterais no GATT (Curzon, 1965: 98). As tensões, ainda pressionando um ano depois, foram retomadas em uma cúpula ocidental (França, Estados Unidos, República Federal da Alemanha e Reino Unido) em Paris, onde o imperativo político da coesão do Atlântico durante a Guerra Fria era tão saliente quanto cooperação em política econômica. Os líderes concordaram que agora deveriam 'dedicar esforços cooperativos para promover o desenvolvimento dos países menos desenvolvidos' e elaboraram um

⁴⁸ Não cabe a este trabalho investigar tais questões, mas é importante ter ciência deste quadro. Pois, a estrutura da OEEC será posteriormente reproduzida de forma semelhante na OCDE (THORSTENSEN; GULLO, 2018). Além disso, assevera Wolf (2007, p. 2) sobre a perda do papel da OEEC nesse período: "No comércio, a conquista, em dezembro de 1958, de uma liberalização de 90% das restrições quantitativas, mesmo na França, acabou com o valor desse papel no momento em que o limitado papel da OEEC na administração do sistema de pagamentos europeu terminou quando as moedas européias se tornaram conversíveis". No original: "In trade, the achievement by December 1958 of 90% liberalization of quantitative restrictions, even by France, ended the value of this role just at the moment when the OEEC's limited role in managing the European payments system ended when European currencies became convertible".

⁴⁹ No original: "In Europe, the EEC Commission and many influential French officials felt that the cohesion of the Six, the political purpose of the Treaty of Rome, would be undermined if trade liberalization were pursued either through an OEEC-wide free trade area or a free trade link between the Six and the Seven countries of the European Free Trade Area (EFTA). American preferences for liberal global trade rather than European discrimination led Douglas Dillon, then U.S. Under-Secretary of State for Economic Affairs, to propose in November 1958 what came to be known as the Dillon Round of multilateral trade negotiations in the GATT (Curzon, 1965: 98). The tensions, still pressing a year later, were taken up at a Western Summit (France, the United States, the Federal Republic of Germany and the United Kingdom) in Paris where the political imperative of Atlantic cohesion during the Cold War was as salient as economic policy cooperation. Leaders agreed that they should now be "devoting cooperative efforts to furthering the development of the less developed countries," and they elaborated a set of principles for discussion of the commercial problems caused by the coexistence of multilateral and European economic regional organizations. This Communiqué launched the process of high level meetings and drafting groups that ended in the signing of the OECD Convention a year later". Ainda sobre a desarticulação da OEEC e criação da OCDE, cumpre imprescindível as considerações de Thorstensen e de Gullo (2018, p. 6): "Com o final do Plano Marshall, em 1952, um dos objetivos da OEEC perdeu sua razão de existir. A Organização passou por períodos de menor influência política após a criação da OTAN - Organização do Tratado do Atlântico Norte, em 1949, quando membros da OCDE, que também eram membros da OTAN, passaram a dar maior preferência às negociações sobre ajuda econômica e militar via a recém-criada organização, ao invés da própria OEEC (OECD, 2018). Paralelamente, com a promulgação do Mutual Security Act pelos Estados Unidos, em 1951, o país criou uma Agência de Segurança Mútua, ou Mutual Security Agency – MSA, cujas atividades consistiam em desenvolver e administrar programas de apoio à defesa e assistência econômica em países considerados aliados dos EUA. A atuação da Agência na Europa era desenvolvida junto aos membros da OTAN, além de Áustria, Espanha e Iugoslávia (U.S., 1952, p. 438-439), novamente deixando a OEEC em segundo plano. Os únicos membros da OEEC que não integraram a OTAN foram Áustria, Irlanda, Suécia e Suíça (WOLFE, 2008, p. 26)".

conjunto de princípios para a discussão dos problemas comerciais causados pela coexistência de organizações regionais econômicas multilaterais e europeias. Este comunicado lançou o processo de reuniões de alto nível e grupos de redação que terminaram com a assinatura da Convenção da OCDE um ano depois.

Nesse cenário, a OCDE surge em 1961, tendo sua primeira reunião o ministro de finanças do Canadá, Donald Fleming, a frente na presidência da organização. A ideia era que “[...] a OCDE poderia ajudar, promovendo os objetivos amplos dos regimes de comércio e pagamentos e incentivando os principais países industrializados a trabalhar juntos” (WOLF, 2007, p. 3).

Essa pequena digressão histórica se fez necessário, haja vista que a estrutura da OCDE guarda semelhanças com a OEEC. Além disso, pode-se demonstrar, minimamente, a complexidade do cenário geopolítico que tiveram um fator central na forma político-administrativa da OCDE. Cabe analisar, a forma político-jurídica dessa organização no contexto contemporâneo – uma sociedade mundial ainda mais complexa e financeirizada.

A OCDE atualmente é composta por 36⁵⁰ países membros, das mais diversas regiões, da América do Norte e do Sul, da Europa e da Ásia-Pacífico. Estes países compõem o Conselho da OCDE, sendo a representação feita pelos embaixadores⁵¹, nos moldes da Convenção da OCDE (2019, *online*).

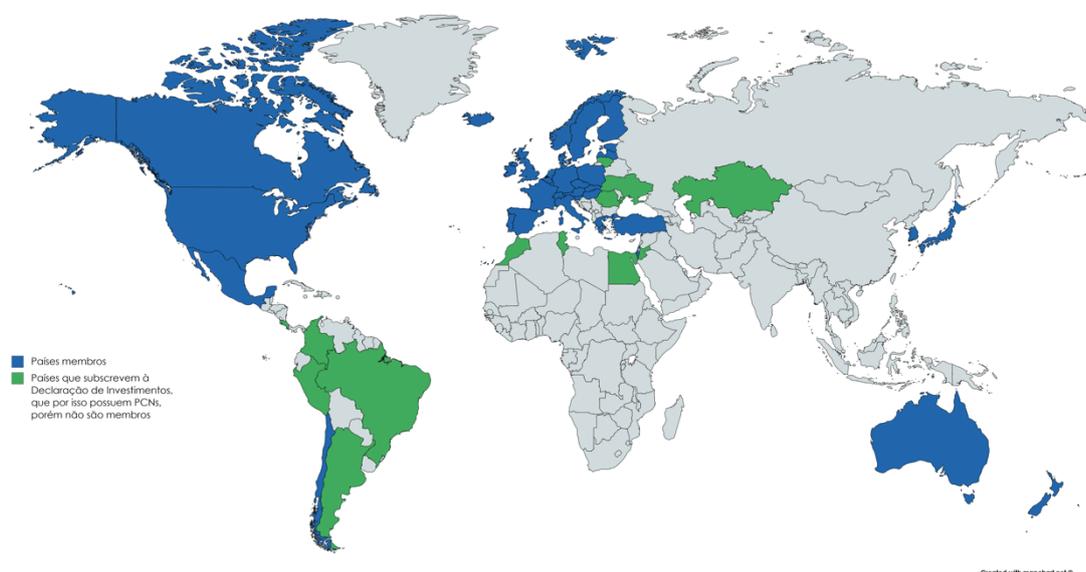
Além dos países membros, a OCDE trabalha em colaboração com alguns países – sócios chave –, “[...] entre os quais estão algumas das principais economias do mundo: Brasil, China, Índia, Indonésia e África do Sul. Esses países participam do

⁵⁰ São eles: Austrália, 1971; Áustria, 1961; Bélgica, 1961; Canadá, 1961; Chile, 2010; República Checa, 1995; Dinamarca, 1961; Estônia, 2010; Finlândia, 1969; França, 1961; Alemanha, 1961; Grécia, 1961; Hungria, 1996; Islândia, 1961; Irlanda, 1961; Israel, 2010; Itália, 1962; Japão, 1964; Coreia, 1996; Letônia, 2016; Lituânia, 2018; Luxemburgo, 1961; México, 1994; Países Baixos, 1961; Nova Zelândia, 1973; Noruega, 1961; Polônia, 1996; Portugal, 1961; República Eslovaca, 2000; Eslovênia, 2010; Espanha, 1961; Suécia, 1961; Suíça, 1961; Peru, 1961; Reino Unido, 1961; Estados Unidos, 1961. Vale ressaltar que a Colômbia está prestes a entrar, faltando somente depositar o documento de adesão a Convenção da OCDE. Além disso, Costa Rica segue seu processo de adesão; Brasil, Peru e Argentina já formalizaram pedido de adesão (OCDE, 2019).

⁵¹No site da OCDE (2019, *online*, tradução do autor) há a descrição do papel dos embaixadores: “Os embaixadores colaboram com nossos especialistas e com as delegações de outros países, transmitem nossos dados e análises e desempenham um papel essencial nos relatórios de nossos países”. No original: “Los embajadores colaboran con nuestros expertos y con las delegaciones de otros países, transmiten nuestros datos y análisis y desempeñan un papel esencial en nuestros informes por países”.

trabalho diário da OCDE, trazendo novas perspectivas e melhorando a relevância dos debates sobre políticas públicas” (OCDE, 2019, *online*, tradução do autor)⁵².

Estes colaboradores ao fazerem parte dos debates sobre políticas públicas dos comitês da OCDE, também, contribuem na realização dos estudos feitos pela Organização⁵³. Inclui-se, nesta participação, fazer parte dos bancos de dados estatísticos (OCDE, 2019, *online*). Conforme o quadro 1 abaixo, pode-se observar geograficamente como estão distribuídos no globo os países membros e os países que subscrevem à Declaração de Investimento, conquanto não sejam membros⁵⁴:



Fonte: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional/ocde>

Salienta-se que a estrutura político-administrativa da OCDE é composta por: i) Secretariados Técnicos; ii) Agências; iii) Centros de Pesquisa; e iv) Comitês intergovernamentais. Este último sendo mais de 30 (trinta) com especialidades em diversas áreas “da economia internacional e das políticas públicas (comércio, investimentos, finanças, tributação, energia, siderurgia, serviços, economia do

⁵² No original: “[...] entre los que se encuentran algunas de las principales economías del mundo: Brasil, China, Índia, Indonésia y Sudáfrica. Estos países participan en el trabajo diario de la OCDE, aportando nuevas perspectivas y mejorando la pertinencia de los debates sobre políticas públicas”.

⁵³ O Brasil, por exemplo, teve participação ativa na construção da Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade na Administração pública brasileira.

⁵⁴ São eles: Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Egito, Jordânia, Cazaquistão, Lituânia, Marrocos, Peru, Romênia, Tunísia e Ucrânia.

trabalho, política ambiental e etc.), dentro de um universo de aproximadamente 200 órgãos e 240 instrumentos legais” (GOV., 2019).

Ainda ao que concerne a estrutura administrativa, a OCDE (2019, online)⁵⁵ disponibiliza um quadro (II) para sua melhor compreensão:



Fonte: OCDE, 2019, *online*

Representantes de cada país membro compõem o Conselho - órgão mais alto da OCDE. Há, também, “um representante da Comissão Europeia (artigo 7 do Acordo Constitutivo da OCDE)” (THORSTENSEN; GULLLO, 2018, p. 9). O Conselho tem funções decisórias e executivas, tendo poderes para condução das negociações e do estabelecimento dos instrumentos legais da OCDE. Estas são construídas com os estudos que são realizados pelos Comitês (THORSTENSEN; GULLLO, 2018).

Nesse íterim, refletindo-se sobre a participação/inserção dos países no âmbito da OCDE, Esty (2006) percebe que a grande potência da OCDE tem sido sua capacidade técnica de criar uma reserva substancial de legitimidade neo-weberiana.

⁵⁵ Para um aprofundamento sobre a estrutura da OCDE, ver Thortensen e Gullo (2018, p. 9) que ao refletirem sobre a participação do Brasil no órgão esmiúçam sua estrutura administrativa. Salienta-se, por fim, que não se busca neste trabalho apresentar a estrutura administrativa da OCDE. O intuito é perceber como países de economia periféricas se inserem nesta instituição de influência global.

Isto advém, na avaliação de Esty (2006, p. 1547)⁵⁶, porque a OCDE mescla duas formas de tomadas de decisão.

Com efeito, a OCDE fornece uma ponte entre a tomada de decisão politizada da OMC e a necessidade de trabalho técnico rigoroso para sustentar os esforços de liberalização do comércio. Grande parte do trabalho da OCDE concentra-se em reunir autoridades de governos nacionais para revisar resultados de políticas, trocar dados e informações e avaliar o desempenho. Essas atividades fornecem uma verificação cruzada da política informal, um mecanismo para identificar as melhores práticas internacionais e uma forma de os governos avaliarem seus próprios resultados. Ao melhorar as práticas nacionais de governança, a OCDE torna vívido seu valor agregado e constrói sua legitimidade.

Ou seja, a participação ativa dos membros e um corpo “técnico” rigoroso formam, na percepção de Esty (2006), a legitimidade das orientações/standars construídos no seio da OCDE. Esta seria uma legitimidade neo-weberiana – uma racionalidade que abre espaço a participação ao mesmo tempo que constrói os fins que devem ser perseguidos.

O problema dessa construção teórica é que não guarda relação com as experiências históricas contemporâneas. Boaventura ao tratar do tema da democracia participativa no Sul global, no século XXI, retrata diversos casos na história recente que desvelam os limites e vulnerabilidades da participação política.

Podemos, portanto sistematizar algumas das características dos casos nos quais a participação não chega a vigorar ao final de um processo de descolonização ou democratização. Podemos pensar em pelo menos quatro casos diferentes: em primeiro lugar o caso português no qual as formas de participação são desqualificadas ao final de um processo de disputa pela hegemonia da forma democrática no qual as forças conservadoras conseguem impor o seu modelo. Podemos pensar a Colômbia como um segundo caso, no qual as formas de participação não se deslegitimam mas tampouco conseguem se impor como modelo alternativo devido à reação dos setores conservadores. O caso de Moçambique parece ser diferente. Por um lado, é verdade que as práticas de participação em Moçambique tampouco se deslegitimam. O que o caso moçambicano apresenta é a necessidade de

⁵⁶ No original: “In effect, the OECD provides a bridge between the politicized decisionmaking of the WTO and the need for rigorous technical work to underpin trade liberalization efforts. Much of the OECD's work focuses on bringing together officials from national governments to review policy results, exchange data and information, and benchmark performance. These activities provide an informal policy cross-check, a mechanism to identify international best practices, and a way for governments to evaluate their own results. By enhancing national governance practices, the OECD makes vivid its added value and builds its legitimacy”.

uma pluralização da própria gramática política para que a pluralidade da sociedade possa ser assimilada pela democracia. E temo finalmente o caso do Brasil, no qual as formas de participação podem fazer parte de um processo de cooptação, como parece ser o caso da noção de público utilizada por associações de filantropia empresarial, mas representam, fundamentalmente, uma inovação capaz de gerar modelos contra-hegemônicos de democracia, [...] (SANTOS, 2002, p. 64-65)

As experiências dos países periféricos, nesse sentido, contribuem para a compreensão que a simples participação na criação de orientações/standars não necessariamente construirão um processo que gerará legitimidade. Pois, como se verificou anteriormente no item 2.2.2, a legitimidade deve estar conectada necessariamente a inclusão. Ou então, o que se observará é uma genuflexão dos países periféricos a racionalidade do mercado (*Zweckrationalität*) – este, globalizado economicamente pela financeirização da economia.

Assim, refletir criticamente sobre as condições que possibilitam a participação em organizações como a OCDE é imprescindível para a qualidade desta. Levando-se em consideração que o direito doméstico é atingido diretamente, pois as expectativas cognitivas gestadas nestes ambientes transnacionais são transpostas para o ordenamento jurídico pátrio no processo de reorganização do papel/funções do Estado-nação. Em suma, o direito administrativo que regula a estrutura político-administrativa estatal acaba por ser inteiramente reorientado por orientações/standars construídos em ambientes transnacionais e sem uma base de legitimação.

O direito administrativo global, nessas condições, quanto dogmática jurídica tem a potencialidade de refletir sobre essas orientações/standards e apresentar possíveis alternativas para a construção de um conceito de legitimidade que tenha como pressuposto um princípio geral de inclusão. Com fulcro nesse quadro teórico, analisar-se-á o documento que trata a Avaliação da OCDE sobre Sistema de Integridade da Administração Pública brasileira, especificamente as recomendações e as propostas de ações, articuladas com os quatro conjuntos de “princípios” orientadores da avaliação. O intuito é desvelar qual a racionalidade presente e quais as possibilidades de superação.

3.2 Relatório de Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal brasileira

O Governo Federal brasileiro vem desde o processo de redemocratização, reconstruindo suas instituições político-administrativas nos moldes dos padrões internacionais (OCDE, 2011). Todavia, esta reestruturação não aparece conectada com a resolução dos problemas sociais brasileiros – por exemplo, o alto índice de desigualdade social (SOUZA, 2018) –, mas sim, a interesses supranacionais de uma reorganização do sistema econômico.

No século XXI esse processo de reformas se agudiza, sendo o objetivo central “fortalecer a integridade e a prevenção da corrupção” (OCDE, 2011, p. 9), no âmbito da administração pública federal. O relatório de Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira advém do protagonismo do Brasil na construção de estruturas públicas robustas de boa governança (GURRÍA, 2011).

Nestes termos, o relatório deixa claro que as reformas já vinham sendo implementadas desde as décadas de 1980 e de 1990, tendo por intuito controlar as despesas públicas e modernizar a administração, respondendo a um anseio da sociedade brasileira de combate a corrupção (OCDE, 2011). Assim, percebe-se, que a tentativa de modernização e controle de despesas é algo anterior as reformas constituídas no início deste século.

Diante do exposto, pode-se asseverar que desde a redemocratização há uma política de Estado, no Brasil, que visa enquadrá-lo dentro da lógica das “boas práticas” da administração pública, tendo essa política sido aprofundada no início do século XXI até o momento. O problema que se apresenta diz respeito a quem cabe definir o que são essas “boas práticas” da administração. Segundo o documento da Casa Civil (2018, p. 16) sobre governança pública, as diretrizes da OCDE são basilares para esta definição, como segue:

Com a missão de estabelecer um conjunto de boas práticas de governança que subsidiariam e direcionariam a atuação estatal, uma equipe de técnicos da Casa Civil, do Ministério do Planejamento, do Ministério da Fazenda e do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União prepararam dois atos normativos: o Decreto nº 9.203 de 2017, e o Projeto de Lei nº 9.163 de 2017. A ideia de concretizar uma política de governança surgiu da percepção

de que era necessária uma condução integrada e coerente das diversas iniciativas setoriais isoladas de aprimoramento da governança. Para dar sustentação e unidade à política, foram utilizadas recomendações da literatura especializada e de organizações internacionais, notadamente da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que sintetizam as melhores práticas de governança. Tudo isso levando em consideração as principais fragilidades dos modelos de governança adotados no âmbito da administração pública federal.

Ou seja, as diretrizes da OCDE são fundamentais. Deste modo, analisar como a OCDE avalia o sistema de integridade da administração pública no Brasil é condição de possibilidade para se compreender os rumos do desenvolvimento nacional. Ciente disto, apresentar-se-á as recomendações presentes no relatório, assim como as propostas de ações para o governo brasileiro. Cumpre salientar, o relatório de avaliação de integridade afirma partir de três estudos de caso – sobre a Receita Federal, o Programa Bolsa Família e o Programa Nacional de DST/AIDS.

Infelizmente, não há acesso aos debates que geraram as recomendações, nem as propostas de ações. Além de não haver no documento uma análise diagnóstica das três políticas públicas utilizadas como parâmetro. O que impede à pesquisadores, a políticos e a quem mais possa ter interesse de avaliar se as recomendações e se as propostas de ações são condizentes com o quadro conjuntural das políticas públicas utilizadas para o estudo.

Contudo, a ausência de diagnóstico não prejudica a presente pesquisa, tendo em vista que o objetivo nevrálgico é investigar os limites da legitimidade dessas orientações construídas em organismo internacionais – como a OCDE. Esse relatório é emblemático, pois desvela a fragilidade do argumento de uma legitimidade neo-weberiana (ESTY, 2006) – que apregoa um novo tipo de legitimidade pela participação no processo de tomada de decisão, rearticulando assim o argumento liberal da necessidade de uma representação-substitucionista dos partidos políticos, de um Estado-nação, por um corpo burocrático⁵⁷ – “técnico” –transnacional.

⁵⁷ Os perigos desse ideário de uma representação-substitucionista vão ser discutidos mais detidamente no próximo capítulo deste trabalho.

3.2.1 Apontamentos crítico sobre as quatro recomendações

A primeira recomendação trata da gestão de riscos como elemento-chave da responsabilidade gerencial. O cerne é tentar promover a integridade e prevenir a improbidade, os desvios e a corrupção. Esta recomendação parte do pressuposto da necessidade de os órgãos públicos enfrentarem seus riscos operacionais, podendo eles serem internos e externos (OCDE, 2011).

Os riscos internos, segundo o relatório, são aqueles atribuídos ao excesso de discricionariedade no âmbito da tomada de decisão, “à complexidade e descentralização dos procedimentos de prestação de serviços públicos etc” (OCDE, 2011, p. 13). Enquanto isso, os riscos externos seriam aqueles relacionados ao processo de “adoção de novas leis e padrões, mudando as expectativas dos cidadãos etc” (OCDE, 2011, p. 13). Estes dois riscos precisam ser geridos da forma adequada, como se pode observar:

Caso não gerenciados de forma adequada, esses riscos podem afetar a eficácia e a eficiência na prestação de serviços públicos e a confiança da sociedade no Governo. Gestão de riscos operacionais significa adotar processos e capacidades sistemáticas (e.g. conhecimentos, recursos etc) para identificar, (re)avaliar e reduzir os riscos operacionais de uma forma economicamente eficaz – em geral, a mitigação de riscos operacionais não é uma meta trivial. A gestão de risco operacionais contribui para eficiência na prestação dos serviços públicos, aumenta a responsabilização dos gestores e inspira a confiança nos órgãos públicos. Promove, também, melhorias na alocação de recursos e no cumprimento de legislação. Gestores públicos devem compreender, reconhecer e serem recompensados por adotar gestão de riscos em suas atividades rotineiras. Contudo, para garantir sua eficácia, a gestão de riscos operacionais deve ser incorporada em outros sistemas de gestão e integrada nos processos de tomada de decisões e nas avaliações de desempenho. Isso inclui a consideração de gestão de riscos operacionais na elaboração de novas políticas e programas ou no ajuste de políticas e programas existentes e na criação de novas funções ou atribuições e na redefinição de funções ou atribuições existentes (OCDE, 2011, p. 13).

Em outras palavras, esta recomendação aponta que a gestão de riscos é um mecanismo basilar para os órgãos da administração pública. Esta centralidade advém da ideia de eficiência, entendida aqui no sentido estritamente econômico. Quanto a este aspecto é importante ter ciência que o relatório trata de análise de políticas públicas, ou seja, suas recomendações partem dos problemas nelas verificados – mesmo que tais problemas não tenham sido devidamente apresentados no relatório. Logo, não se pode partir de um pressuposto puramente econômico.

O Direito Administrativo brasileiro já possui em sua doutrina uma análise sobre como se deve compreender a eficiência⁵⁸ na administração pública. Não levar em consideração esse acúmulo do direito doméstico é escamotear as soluções construídas localmente. Nestes termos, faz-se imprescindível as ponderações trazidas por Gabardo (2017, *online*) sobre o transplante/tradução⁵⁹ de um princípio construído em um outro contexto:

A inclusão constitucional do princípio da eficiência foi recebida com desconfiança pela doutrina administrativista brasileira, marcada por uma posição crítica quanto ao ideário neoliberal da reforma administrativa. Entretanto, a ideologia que possa tê-lo colocado na pauta política do Congresso Nacional não é relevante para a sua compreensão jurídica dogmática. O princípio da eficiência deve ser interpretado, portanto, no contexto sistemático de um constitucionalismo do Estado social, que recusa a hierarquia entre princípios e que não aceita dispositivos constitucionais sem força normativa direta. É assim que no geral ele tem sido compreendido pela doutrina – mediante a necessidade de uma interpretação conforme à Constituição.

Ademais, poder-se-ia argumentar que o relatório não trata especificamente do direito doméstico brasileiro, contudo como se verificou no ponto 2.2.1, ao se discutir a globalização do direito doméstico, identifica-se que uma recomendação da OCDE representa uma expectativa cognitiva que ao ser recepcionada na estrutura administrativa federal⁶⁰ acaba por adentrar o sistema jurídico e tornando-se uma expectativa normativa.

Essa expectativa normativa se não passar por um processo de reflexão, que considere os aspectos da dogmática administrativa, está construída com fulcro

⁵⁸ Conforme explicita Gabardo (2017, *online*): “O princípio constitucional da eficiência administrativa é uma norma expressa que consta no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988. Originalmente, o texto constitucional possuía apenas quatro princípios gerais expressos da Administração Pública brasileira: a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a moralidade. A eficiência foi incluída neste rol por intermédio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Esta emenda constitucional foi uma modificação decorrente do projeto de reforma do aparelho estatal levado a efeito a partir do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (1995). O plano tinha como objetivo fundamental propor uma alteração orgânica e funcional na gestão do Estado brasileiro a fim de ser implantado um modelo gerencial em substituição ao burocrático”.

⁵⁹ Ver o texto “*Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor*” de Lena Foljanty (2015).

⁶⁰ O impacto da recepção/tradução das orientações/diretrizes da OCDE fica evidente ao se verificar que a criação da Controladoria-Geral da União e da Comissão de Ética Pública, somente aconteceram por que Brasil se comprometeu em seguir as orientações da OCDE para América Latina e Caribe (OCDE, 2011). Por óbvio, isso não é um mal *a priori* – esses órgãos da administração pública são importantíssimos –, a questão que se discute neste trabalho é a insuficiência destas estruturas político-administrativas criadas por orientações/diretrizes que não dialogam, ou melhor, não se propõem a resolvê-los, os problemas cadentes do Brasil no século XXI.

na Constituição de 1988, no qual a forma jurídico-política do Estado brasileiro assume um compromisso claro com as questões sociais e a necessidade de democratização de suas estruturas. Por isso, sendo considerado um Estado Social e Democrático de Direito⁶¹.

A segunda recomendação ressalta a necessidade de garantir maior capacidade para que as instituições públicas de fomento à integridade e que sejam capazes de assegurar que estas desempenham suas funções de acordo com seus objetivos. Capacidade é definida pela OCDE (2011, p. 15) como:

[...] a totalidade dos pontos fortes e dos recursos disponíveis na estrutura governamental. Refere-se aos sistemas organizacionais e técnicos, assim como às competências individuais por meio dos quais são criadas e implementadas as políticas destinadas a atenderem às necessidades dos cidadãos, e que são compatíveis com a orientação política adotada. O desempenho das instituições de apoio à integridade, bem como sua capacidade de atender às expectativas da população e aos objetivos estratégicos do Governo, depende, em larga medida, de capacidade adequada. Não existe regra única sobre o nível de capacidade necessário para um determinado nível de funcionamento das instituições e das medidas adotadas.

Em outros termos, capacidade se relaciona com os recursos disponíveis por um dado órgão. Estes recursos podem ser financeiros, qualificação de pessoal, estrutura adequada para a implementação de uma política pública. A OCDE (2011) deixa claro que o fortalecimento da capacidade não é uma meta em si, mas um meio para se alcançar os melhores resultados quanto a integridade.

O relatório aponta que a administração pública federal, entre os anos de 2002 e 2010, definiu um número extenso de unidades de integridade – aumentando a quantidade de unidades de ouvidorias, de 40 para 157. Além disso existem mais de 200 comissões de ética e 30 corregedorias que investigam violações as normas éticas e casos de desvios de conduta (OCDE, 2011).

⁶¹ Nesse sentido, Limberger e Kossmann (2016, p. 290) asseveram: “No caso brasileiro é possível se indagar sobre o que se entende por um Estado eficiente, ou o que é uma administração pública eficiente. A melhor resposta a essa questão pode ser retirada da própria Constituição brasileira, que estabelece ser o Brasil um estado democrático de direito, que deve respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Sendo, portanto, o Brasil um estado democrático de direito, deve em primeiro lugar estar subordinado ao direito, e, portanto, à própria Constituição. Nessa mesma linha, sendo um estado democrático de direito, deve-se observar a prescrição constitucional, de compromisso com o resgate da histórica dívida social”.

Soma-se a este quadro, às autoridades centrais na área de integridade, como por exemplo a Controladoria-Geral da União, a Comissão de Ética Pública, o Departamento de Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Estas autoridades são responsáveis por definir políticas e normas, enquanto órgãos públicos cuidam da implementação (OCDE, 2011). Diante deste cenário, o relatório aponta algumas limitações:

Se, por um lado, a criação de estruturas oferece apoio explícito ao processo de reforma, por outro lado, não significa que elas estejam bem integradas no funcionamento operacional de determinado órgão público. Igualmente, não garante que essas unidades tenham a capacidade necessária para o desempenho de suas atribuições. As avaliações realizadas pelo Governo Federal verificam a adoção, pelos órgãos públicos, dos requisitos mínimos para o cumprimento de suas obrigações legais e normativas, sem analisar, porém, o funcionamento adequado das unidades de integridade ou mesmo a eficácia de suas respectivas atividades (OCDE, 2011, p. 16).

O que se pode denotar desta recomendação é que ela tem por objetivo incentivar que as normativas administrativas criadas pelos órgãos centrais sejam realmente executadas por todos os órgãos da administração pública. A racionalidade que se apresenta é a mesma da primeira recomendação – construir, fomentar e fiscalizar a administração pública para que as “boas práticas” administrativas sejam verificadas.

O problema que se coloca até o momento é que essas orientações parecem, simplesmente, contribuir para a lisura dos processos administrativos, permitindo com isso um ganho nas expectativas cognitivas de investidores nacionais e internacionais sobre o funcionamento da máquina pública brasileira.

Ora, isso é algo positivo, não se nega este aspecto. A questão é que somente este tipo de racionalidade (*Zweckrationalität*) não contribui para a resolução dos problemas sociais no Brasil, nem para a percepção dos cidadãos que a corrupção está sendo enfrentada. Pelo contrário, Florestan Fernandes (2014) identificava as classes dominantes brasileiras como autocráticas e violentas. Esta análise adveio de um profundo estudo qual processo de revolução burguesa o Brasil passou e estava passando no período da ditadura Civil-Militar.

A análise de Florestan Fernandes é importantíssima e atual, pois é possível perceber o tratamento desigual, ou melhor, desproporcional, que a mídia tradicional – uma das classes dominantes do país – retratou e retrata os casos de corrupção no

país. Explica-se e exemplifica-se. Enquanto nos governos de centro direita, à exemplo do PSDB, não ganhavam destaque nas manchetes de jornais ou longos comentários nos jornais de horário nobre da rede televisiva, os casos de corrupção no governo do PT – partido dos trabalhadores – tinham grande destaque. Como assevera, percucientemente, Martonio Mont’Alverne (2014, p. 117-118): ao construir as mediações do conceito de alienação no contexto brasileiro:

O interessante – e o primeiro elemento objetivo a comprovar a mecânica do fenômeno da alienação enquanto qualificador na não autonomia do homem – é que o discurso dominante na imprensa durante os mesmos vinte e cinco anos anteriores à chegada do PT na Presidência da República era de que o PT era imaturo, não detinha capacidade de governar por não conter seus radicalismos, além de sua intransigência na formação de alianças, o que impossibilitaria um eventual governo seu de governar. Em outras palavras, a concepção da política como moral era posta à ordem do dia com mais frequência quando o PT estava à frente da condução governativa. Óbvio que esta crítica não era direcionada aos partidos tradicionais, com seus caciques também tradicionais da política. Na qualidade de governantes, eram eles louvados como “habilidosos”, “maduros”, até mesmo pela ausência de maior interesse investigativo de seus acordos, campanhas eleitorais, contratos e nomeações para cargos públicos. Para um segundo momento, a moralidade a que o PT – na oposição - chamava a atenção pouco mais era do que uma visão moralista da política, infantil e que não merecia a atenção diante do realismo da política e de seus complexos nexos entre Estado e sociedade no Brasil. Não é sem explicação, portanto, que a defesa da “zona cinzenta da democracia” como uma fatalidade da própria democracia, elaborada por respeitável filósofo brasileiro para justificar fortes denúncias de corrupção durante o governo do Partido da Social-Democracia Brasileira (PSDB), quase não obteve repercussão na imprensa nacional, a não ser por parte de alguns outros intelectuais, passando ao largo da percepção e debate dos mesmos jornalistas, e em todo caso, sem desencadear qualquer ação concreta seja sobre o teor da afirmação em si, seja sobre os episódios que a provocaram. A dinâmica desses fatos confirma de maneira objetiva a atualidade do conceito de alienação, e, a meu ver, não somente a procedência de sua formulação, porém a necessidade de sua inclusão para as análises sobre os tempos mais recentes da democracia brasileira.

Observa-se, desta feita, que a percepção de uma administração pública íntegra não tem uma relação direta com a criação/fomento de uma estrutura político-administrativa que apure e investigue possíveis casos. A confiança, quanto um elemento da subjetividade, dos cidadãos não será construída por “serviços públicos justos e regulares”, conforme a OCDE (2011, p. 10) deixa transparecer em sua avaliação da integridade da administração pública brasileira e em outros relatórios (OCDE, 2005a).

No contexto hodierno, esta percepção sobre a corrupção da administração pública está nas mãos dos meios de comunicações tradicionais – rádios, televisões, jornais (impressos e *online*) etc – e com quem consegue melhor instrumentalizar a

internet na construção de narrativas⁶² sobre a realidade brasileira. Enfim, o que fica cristalino é que criar/fomentar as condições que permitam os órgãos públicos normatizar e fiscalizar não necessariamente terá um impacto positivo na forma como o cidadão percebe o funcionamento da máquina pública.

A terceira recomendação trata do aprimoramento dos esforços de avaliação da implementação e dos impactos das instituições e medidas de apoio à integridade, tendo por objetivo promover um processo contínuo de aprendizagem e ajuste de políticas. Esta recomendação trata da necessidade “de avaliações detalhadas, inclusive em relação às medidas de promoção de integridade e de prevenção da improbidade e dos desvios” (OCDE, 2011, p. 16). A ideia central é construir um sistema de “boa governança”, esta recomendação dialoga diretamente com o relatório de 2005 da OCDE (2005b) que trata sobre o combate a corrupção e a promoção da integridade.

Novamente, não há qualquer problema em se recomendar a criação de mecanismos de avaliação dos órgãos que compõem a administração pública⁶³. A questão nevrálgica, como se mencionou anteriormente, é construir um sistema de avaliação que tem por base uma eficiência econômica em seu sentido estrito. Esta racionalidade não corrobora para a resolução de questões centrais que assolam o Brasil⁶⁴.

Por fim, a quarta recomendação trata do aumento da coordenação na formulação e implementação de políticas, com o escopo de desenvolver um compromisso coletivo de reforma do sistema de integridade. A OCDE compreende que as autoridades centrais cumprem um papel fundamental de liderança, e os exemplos fomentados por “lideranças políticas e administrativas podem servir de

⁶² Não faz parte do escopo deste trabalho analisar como são construídas as percepções do real pelos cidadãos na sociedade brasileira. Sobre o assunto em geral, ver Castells (2005) ao discutir as grandes questões postas por uma sociedade que está em rede e, por conta disso, ascentada num novo paradigma tecnológico, este relacionado a comunicação e a informação.

⁶³ A criação de um sistema de avaliação permanente é algo de extrema importância e contribui para que os dispositivos normativos desenvolvidos para o combate a corrupção não sejam legislações puramente simbólicas. Em relação a legislação simbólica, consultar a obra de Marcelo Neves (2011) “A Constitucionalização Simbólica”.

⁶⁴ Sobre um dos problemas centrais que o Brasil precisa solucionar, ver Pedro H. G. Ferreira de Souza (2018) que ao discutir a desigualdade brasileira no século XX e começo do século XXI, produz um trabalho de fôlego sobre a concentração de renda na realidade brasileira.

incentivo aos gestores públicos na execução e implementação das reformas relacionadas à integridade” (OCDE, 2011, p. 18).

O Brasil, na perspectiva da OCDE, já criou diversas estruturas que facilitam a coordenação e comunicação das funções organizacionais realizadas pela administração pública. A complexidade do tema exige, deste modo, um amplo diálogo e intercâmbio entre os gestores públicos, isso devido o envolvimento de várias responsabilidades, como se pode observar:

Na Administração Pública Federal os diversos aspectos relacionados à integridade na gestão pública são de responsabilidade de distintas autoridades centrais. Por exemplo, a gestão de riscos, auditoria interna e políticas de transparência são de competência da Controladoria-Geral da União. Por sua vez, cabe à Comissão de Ética Pública incorporar elevados padrões de conduta para os agentes e as autoridades públicas. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é responsável pelas reformas da gestão pública no que diz respeito às cartas de serviços ao cidadão, às licitações públicas, à gestão de recursos humanos. O Ministério da Fazenda detêm a competência para definir padrões contábeis e a integração das informações de desempenho financeiro e não-financeiro. Essas atividades se complementam, e, em determinados casos, se sobrepõem aos esforços para fortalecer a integridade na Administração Pública Federal (OCDE, 2011, p. 18-19).

Verifica-se, nesse sentido, que a ideia é fomentar com a autonomia dos órgãos públicos. Quando a OCDE trata da necessidade de coordenação, não implica centralização do comando. Cada órgão público, a partir dos seus mecanismos disponíveis, deve agir para o fortalecimento da coordenação e da comunicação das suas estruturas respectivas – comissões de ética, corregedorias, unidades de auditoria interna e unidades de ouvidoria (OCDE, 2011). Como o relatório deixou claro, o Brasil nos últimos anos (2003-2011) criou uma série de estruturas administrativas e fiscalizatórias da administração pública. O que a OCDE recomenda, nesse momento, é o fortalecimento destas estruturas.

O intrigante, no caso brasileiro, é que mesmo com todo avanço do governo nos últimos anos, isso não somente do período do relatório, na construção de uma estrutura político-administrativa de integridade não esprou pela sociedade uma melhora na confiança no âmbito da administração pública. A percepção dos 13 anos de governo do partido dos trabalhadores não foi de que houve um avanço no combate à corrupção, apesar do relatório da OCDE avaliar que houve (2003-2011).

3.2.2 As quatro propostas de ações: construindo respostas (in)adequadas

As propostas de ações presentes no relatório da OCDE se subdividem em quatro áreas consideradas prioritárias: i) promoção de transparência e do controle social; ii) implementação de sistemas de controle interno baseados no risco; iii) incorporação de elevados padrões de conduta; e, iv) fortalecimento da integridade nas licitações e contratos públicos⁶⁵.

Em relação à promoção de transparência e do controle social diversos relatórios da OCDE (2001; 2004; 2009b; 2011) consideram este elemento como fundamental para consolidar o *accountability* e o controle externo nos órgãos públicos. Nestes termos, verifica-se, no relatório da OCDE (2011, p. 20), a fundamentalidade destes dois institutos ao esclarecer seus benefícios:

A transparência fornece aos cidadãos as informações necessárias para fiscalizar e avaliar o processo de tomada de decisões e as políticas públicas. Os países da OCDE vêm adotando, de forma crescente, medidas para proporcionar aos cidadãos acesso imediato à informação pública e evitar, assim, processos administrativos custosos para garantir esse acesso. O controle social pode estimular, ainda, a responsabilidade compartilhada na prestação de serviços públicos e a adoção de medidas corretivas. Somadas, a transparência e o controle social contribuem para: *i)* garantir melhores resultados das políticas públicas e custos mais baixos; *ii)* fortalecer o cumprimento das decisões adotadas; e, *iii)* proporcionar o acesso equitativo ao processo de elaboração de políticas públicas e aos serviços públicos. Além disso, a transparência e o controle social promovem o aprimoramento da execução de [políticas e da legitimidade fiscal dos governos, contribuindo para: *i)* melhorar a compreensão e o atendimento à evolução das necessidades da população; *ii)* alavancar o conhecimento e os recursos; e, *iii)* desenvolver soluções inovadoras. O papel da transparência e do controle social no combate à corrupção é explicitamente reconhecido na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e na Convenção Interamericana contra a Corrupção.

Conforme a transcrição, diversos países estão adotando crescentemente medidas que aprimoram o acesso do cidadão. Todavia, não se aponta em quais países, nem como esse processo ocorre, nem mesmo referencia com documentos

⁶⁵ Faz-se imprescindível esclarecer, antes de apresentar as propostas, que não é fulcro deste trabalho analisar se foram implementadas ou não, nem em que medida elas foram assimiladas pelo governo federal. O intuito, neste momento, é descrever as orientações propostas pela OCDE e desvelar o tipo de racionalidade que tais proposições pressupõem, pois, desta maneira, poder-se-á discutir de forma mais qualitativa a questão da legitimidade destas orientações. Nesse sentido, apresentar-se-á as propostas de maneira geral, indicando nas notas de rodapés as ações específicas que são advindas da OCDE. O escopo é deixar o texto mais fluído.

que atestem o que foi afirmado. O que fica evidente nesta proposta de transparência e controle social, é a necessidade do Estado brasileiro crie uma estrutura burocrática que permita que os processos de gerenciamento dos gastos públicos fiquem claros.

Nesse sentido, transparência e controle social é um duplo processo que se retroalimentam na medida que são criados/desenvolvidos novos mecanismos que fomentam estes institutos. O relatório aponta ainda o limite da transparência ao afirmar que ela “em si não é suficiente para garantir o controle social” (OCDE, 2011, p. 20).

Nesse ínterim, a OCDE avalia que os governos têm de investir na redução de barreiras aos cidadãos que querem participar, contudo não tem as condições necessárias para a participação. Além disso, o relatório verifica a necessidade de fomentar a participação entre àqueles que tem condições, mas não participam (OCDE, 2011).

O relatório ressalva que o Brasil vem avançando na promoção de transparência pública e controle social, apesar de na época ainda não contar com uma legislação específica sobre o acesso à informação⁶⁶. O relatório, também, alerta que o aumento do controle social e da transparência ocasionam riscos e, assim como, outras ações do governo, requer-se uma gestão de risco prudente⁶⁷ (OCDE, 2011).

Um dos fatores que são apresentados no relatório para justificar o avanço na transparência pública na última década no Brasil é a Lei Complementar nº. 101/2000. Tal progresso tem sido possibilitado pelo uso de novas tecnologias – Portal da transparência, Páginas de Transparência Públicas e Portal de Compras do Governo Federal⁶⁸ (OCDE, 2011).

⁶⁶ Nas propostas de ações específicas são apresentadas algumas propostas de ação para o governo federal no âmbito do acesso à informação: i) estimular um período de transição adequado no Projeto de Lei de acesso à informação pública; ii) garantir que recursos adequados sejam destinados à elaboração de materiais de orientação para uso pelos órgãos públicos na formulação de suas políticas e procedimentos operacionais no que diz respeito ao acesso à informação pública; iii) Considerar a incorporação imediata, nas atividades de auditoria interna (OCDE, 2011).

⁶⁷ O relatório identifica como possíveis riscos o atraso na tomada ou implementação de decisões, a captura de processos por parte de grupos de interesses, o excesso de consultas e conflitos entre participantes. Estes são elementos que segundo o relatório podem prejudicar a boa governança e a confiança no governo (OCDE, 2011, p. 21).

⁶⁸ Levando-se em conta os avanços a OCDE elenca algumas propostas a Controladoria Geral da União: i) apoiar a população na execução de análises complementares dos dados do Governo por meio do Portal da Transparência e outros canais da Administração Pública Federal; ii) efetuar pesquisas periódicas junto à população sobre o uso do Portal da Transparência e das Páginas de Transparência Pública; iii) acrescentar informações às Páginas de Transparência Pública dos órgão

Outro ponto positivo avaliado pelo relatório, é a criação da Carta de Serviços ao Cidadão de agosto de 2009 (Decreto nº. 6.932/09), onde os órgãos públicos federais que compõem a Controladoria-Geral da União – CGU – começaram a ter obrigação de fornecer informações claras sobre os seus serviços, estabelecimento de dispositivos normativos relativos aos serviços prestados e avaliação de satisfação dos usuários dos respectivos serviços⁶⁹.

O relatório aponta, também, como algo importante, a ampliação de unidades de ouvidoria⁷⁰. Estas cresceram de 40 para 154, entre 2002 a 2010. Há ainda de salientar que o relatório demonstra os esforços imprimidos pelo Brasil para criar as bases de um marco legal na área da intermediação de interesses, ou melhor *lobby*⁷¹.

federais; iv) no médio e longo prazo, avaliar a possibilidade de simplificar e padronizar os sítios eletrônicos dos órgãos públicos federais, visando à divulgação das informações contidas nas Páginas de Transparência Pública constantes dos sítios institucionais (OCDE, 2011, p. 22-23).

⁶⁹ O relatório da OCDE (2011, p. 24-25) traz propostas específicas serem adotadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e pela Controladoria-Geral da União, sendo elas em linhas gerais: i) ampliar o conteúdo das Cartas para incluir o compromisso de garantir a excelência profissional e os mais altos padrões de conduta, os direitos e deveres dos cidadãos, informações sobre os canais disponíveis para o envio de reclamações, denúncias, elogios e sugestões; ii) incentivar os órgãos públicos federais a realizar consultas com os respectivos interessados quando da (re)elaboração e atualização de suas Cartas; iii) desenvolver um manual de boas práticas que contribua para que os funcionários públicos implementem as Cartas e deem destaque às experiências dos órgãos públicos; iv) realizar auditorias periódicas da implementação das Cartas de Serviço como parte das responsabilidades relativas ao cumprimento do Decreto Federal nº. 6.932/2009. Além destas propostas, o relatório assevera que o sucesso da implementação depende do Governo Federal considerar algumas propostas complementares para os órgão públicos, como por exemplo: i) desenvolver protocolos e procedimentos para manter a população informada sobre o conteúdo das Cartas; ii) desenvolver uma abordagem sistemática para o acompanhamento, avaliação e comunicação interna dos resultados sobre a aplicação das Cartas, incluindo a publicação de análises quantitativas e qualitativas nos relatórios anuais de gestão; iii) atribuir às unidades de ouvidoria existentes responsabilidade pela execução das Cartas.

⁷⁰ Quanto propostas específicas de ação para a Ouvidoria-Geral da União, a OCDE (2011, p. 25-27) fez as seguintes: i) desenvolver processos para facilitar a agregação de dados na Ouvidoria-Geral da União; ii) desenvolver um programa genérico para a coleta, monitoramento e avaliação de pedidos de informações e de outras interações com a população no âmbito das Unidades de Ouvidoria; iii) facilitar o diálogo e intercâmbio entre a Ouvidoria-Geral da União e o Ministério Público Federal. Já em relação aos órgãos públicos as propostas específicas são: i) aprimorar o conteúdo dos processos de ouvidoria para incluir informações mais detalhadas sobre as questões relativas a cada área de serviço, unidade organizacional, tempo de resposta e tipo de resposta; ii) incluir, em todos os canais disponibilizados para o registro de reclamações, uma declaração explícita garantido aos cidadãos o sigilo das informações prestadas e a não-discriminação na apresentação de denúncias; iii) o engajamento cidadão na fiscalização e controle das políticas e programas do Governo Federal têm se dado, principalmente, por meio dos conselhos e conferências no âmbito dos diversos setores e em todos os níveis do Governo; iv) desenvolver um marco político que estimule o aprimoramento do controle social na fiscalização e controle do Governo Federal.

⁷¹ A OCDE (2011, p. 27-29) levando em consideração as propostas de regulamentação que tramitam no Congresso Nacional sobre o *lobby* propõe ao Governo Federal as seguintes ações: i) esclarecer

O que se apresentou até o momento faz parte das propostas para a promoção de transparência e do controle social. Apresentar-se-á agora as propostas de ações referentes a implementação de sistemas de controle interno baseados no risco. A construção dos parâmetros para o controle interno é baseada nos pressupostos elaborados pela *International Organisation of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI)⁷². A OCDE se fundamentou no relatório da INTOSAI que traça os *standards* para o controle interno no setor público, como se pode denotar:

O controle interno é composto pelo conjunto de meios que contribuem para mitigar os riscos e prestar garantias razoáveis de que os órgãos públicos estão aptos a: *i*) prestar serviços de qualidade de forma eficiente, conforme os resultados previstos; *ii*) combater a má administração dos recursos públicos e os desvios (ativo e passivo); *iii*) manter e divulgar dados financeiros e de gestão confiáveis em tempo hábil; e, *iv*) cumprir com a legislação em vigor e as normas de conduta pertinentes (INTOSAI, 2004). As garantias se dão por meio do bom funcionamento dos controles de gestão e da avaliação objetiva desses controles (i.e. o controle interno). O termo garantias razoáveis refere-se a nível satisfatório de confiança no que diz respeito aos respectivos custos, riscos e benefícios. Independente de sua concepção ou operacionalização, o controle interno fornece aos gestores apenas garantias razoáveis – não absolutas – quanto ao cumprimento dos objetivos organizacionais. O papel do controle interno como medida para a prevenção da corrupção no setor público é reconhecido na Convenção das Nações

questionamentos públicos em relação às atividades de intermediação de interesses, de modo a compreender os desafios do desenvolvimento de normas apropriadas para aumentar a transparência e a integridade nas atividades do *lobby*; *ii*) estabelecer normas claras de conduta para os agentes públicos, a fim de orientar as correspondentes interações com lobistas e gerenciar possíveis conflitos de interesses, nos casos de agentes que deixam o serviço público para se tornarem lobistas; *iii*) definir claramente os termos 'lobby' e 'lobista' na elaboração de uma eventual lei para regulamentar as atividades de *lobby*; *iv*) estabelecer normas e procedimentos claros para a coleta e divulgação de informações sobre as atividades de *lobby*; *v*) estabelecer normas e procedimentos claros para a coleta e divulgação de informações sobre as atividades de *lobby*; *vi*) adotar mecanismos para implementação efetiva para garantir conformidade com as regras de intermediação de interesses; *vii*) finalmente, de modo a satisfazer a crescente demanda da sociedade pela boa governança, recomenda-se a elaboração de um mecanismo formal de avaliações periódicas do funcionamento das leis que dispõem sobre as atividades e políticas de lobby, providenciando os ajustes necessários à luz da experiência adquirida durante o processo de implementação.

⁷² A Organização Internacional das Organizações Internacionais de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI, 2019, *online*), autodenomina-se como sendo uma organização autônoma, independente, profissional e não política, estabelecida como instituição permanente. Seu objetivo é: - fornecer apoio mútuo às Entidades Fiscalizadoras Superiores; - fomentar a troca de idéias, conhecimentos e experiências; - agir como uma voz pública global reconhecida das Instituições Superiores de Auditoria dentro da comunidade internacional; - estabelecer padrões para auditoria do setor público; - promover boa governança nacional; - e apoiar o desenvolvimento de capacidade das Entidades Fiscalizadoras Superiores, cooperação e melhoria contínua do desempenho. A sede da INTOSAI e da Secretaria-Geral é Viena, Áustria, sede oficial do Tribunal de Contas da República da Áustria. A INTOSAI e de todos os seus órgãos e funções está aberta a participação de: a) Instituição Suprema de Auditoria de todos os países membros da Organização das Nações Unidas ou de qualquer de suas Agências Especializadas; e, b) as Instituições Superiores de Auditoria das organizações supranacionais sujeitas ao direito internacional e dotadas de status legal e grau adequado de integração econômica, técnica / organizacional ou financeira. O representante do Brasil nesta instituição hodiernamente é o Ministro José Mucio Monteiro Filho, Presidente do Tribunal de Contas da União.

Unidas contra a Corrupção e na Convenção Interamericana contra a Corrupção (OCDE, 2011, p. 29).

Observa-se, nesta passagem, a mesma justificativa da proposta da transparência e do controle social: o combate a corrupção. O que se pode inferir parcialmente é a ausência de transparência na construção dos standards que foram incorporados da ITOSAI. Além disso, que a racionalidade de produção das orientações da OCDE, até momento, tem sido voltada para gerar/fomentar transparência na circulação de dinheiro, o controle interno é um mecanismo de autogerenciamento interno – no sentido de ser algo que depende da estrutura do Estado brasileiro para ocorrer.

Todavia, como se está observando na presente pesquisa, os parâmetros que orientam esse controle são construídos por organizações transnacionais. Nesse caso em específico, o Brasil é membro participante, contudo não fica claro no relatório quais contribuições foram dadas pelas autoridades brasileiras. Pois questões basilares da realidade social do Brasil não aparecem no relatório, como, por exemplo, a desigualdade social e regional, a erradicação da pobreza, o alto índice de desemprego, a dívida pública, a tributação do contribuinte etc, não são preocupações que afligem os formuladores de orientações da OCDE. O “risco” presente na proposta na qual o controle interno deveria/deverá ser baseado é puramente econômico⁷³.

⁷³ Isso fica mais evidente ao se analisar as propostas de ações específicas para o fortalecimento do controle interno que o Governo Federal deverá considerar para a Controladoria-Geral da União (OCDE, 2011, p. 30-31): i) complementar o Manual de Controle Interno da Administração Pública Federal com um conjunto de manuais de boas práticas que versem sobre diversos temas; ii) implementar, progressivamente ao longo de 2011 e 2012, metodologia de gestão de riscos atualmente em uso em pelo menos cinco órgãos públicos, como base para o processo de aprendizagem contínuo sobre a gestão dos riscos e aprimoramento de metodologias de gestão de riscos anteriores; trabalhar juntamente com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e as escolas nacionais de administração, no sentido de incluir a gestão de riscos nos programas de apoio ao desenvolvimento das competências dos gestores públicos. Ao que concerne a auditoria interna, a OCDE (2011, p. 31-32) elenca 4 propostas de ações, sendo a última proposta subdividida em 2 itens: i) incluir recomendações de auditoria interna e externa e avanços alcançados em suas respectivas implementações no *MonitoWeb*, sistema de monitoramento que se destina a garantir a qualidade e o acompanhamento adequado das atividades de auditoria interna; ii) mensurar as atividades de auditoria interna conduzidas por equipes de auditoria da Controladoria-Geral da União e das unidades de auditoria interna de entidades da Administração Pública indireta, com vistas a identificar diferenças nos custos, quantidades, prazos e qualidade das atividades de auditoria interna e impulsionar melhorias nos resultados correspondentes; iii) avaliar, no médio e longo prazo, as justificativas econômicas para a implementação de um sistema de auditoria consolidado na Administração Pública direta; iv) a fim de fortalecer o compromisso coletivo com o controle interno, assim como uma abordagem abrangente pelo Governo para a questão, o Governo Federal brasileiro poderia considerar as seguintes propostas de ações para a Controladoria-Geral da União: a) avaliar as possibilidades de

Esse processo de modernização do sistema de controle interno da administração pública brasileira tem sido construído desde o final da década de 1980 (OCDE, 2011). Ademais, concomitantemente ao fortalecimento do controle interno da administração pública no Brasil, “o processo de auditoria interna no âmbito dos Ministérios foi, em geral, centralizado na Secretaria Federal de Controle Interno, mediante a designação de equipes de auditoria interna dedicadas a cada pasta” (OCDE, 2011, p. 31).

Diante do exposto, identifica-se que o Brasil vinha crescendo seus instrumentos de combate à corrupção, de transparência na gestão pública, controle interno e gerenciamento do risco. Contudo, após as eleições 2014 adveio uma crise econômica e política que teve seu auge no *impeachment* da Presidenta Dilma, em 2016. A percepção midiática naquele momento é que o Brasil estava afundado em corrupção. O que relatório de 2011 da OCDE afirma ser uma falsa percepção. Nestes termos, Barreto Lima (2014, p. 120) ao analisar a crise de 2005, no governo do Partido dos Trabalhadores, traz a lume elementos que são perceptíveis no momento posterior, veja-se:

Não há, então, como se pensar que um prolongamento das crises numa sociedade ‘tão polarizada entre a carência e o privilégio’ venha a ser algo benéfico, no sentido de fortalecer a democracia. Por este motivo é que crises em governos anteriores, que contemplaram com o poder os mesmos que não contribuíram para a absolvição de nossa história, não somente deve ser debelada de imediato, como deve permanecer no âmbito do segredo, a fim de não comprometer a posição secular da balança entre carência e privilégio. Não surpreende, desta forma, nem que a exploração da ‘crise’ sob o governo do PT dure tanto, nem que se veja massificada em todos os meios de comunicação, repito, de forma preconceituosa e rancorosa. O desdobramento (*sic*) aqui é inevitável: uma “crise” que é imanente ao sistema democrático, e é absorvida pela institucionalidade, poderia ser tratada como um ponto positivo, a robustecer o próprio sistema em que ela se opera. A ferramenta da alienação realiza, pois, o contrário: distorce a ‘crise’ como elemento negativo, lançando mão da não absolvição da história, abastecendo nosso preconceito contra nós mesmos, perseguindo o perverso objetivo de desdenhar de importantes passos que uma sociedade pode dar.

Essa percepção sobre a corrupção como um subterfúgio de uma dada “elite”, no caso a brasileira, é demonstrada por Jesse Souza (2015) ao analisar como

coordenação entre a Controladoria-Geral da União, as Secretarias de Gestão e de Logística e Tecnologia da Informação (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) e a Secretaria do Tesouro Nacional (Ministério da Fazenda) na modernização do marco atual de controle interno; b) avaliar o papel e composição da Comissão de Coordenação de Controle Interno como mecanismo para o intercâmbio de experiências nas áreas de controle interno.

o discurso anticorrupção é utilizado para manipular e enganar a opinião pública. A generalização desse discurso conta com atores centrais na dinâmica da vida democrática, por exemplo a imprensa tem um papel central na legitimação do discurso anticorrupção, influenciando diretamente na percepção do público sobre o Estado.

A demonização do Estado em contraposição a um mercado virtuoso constrói um imaginário social que o Estado não cumpre suas funções é ineficaz e precisa ser suprimido por uma instância verdadeiramente eficiente, ou seja, o mercado. O mercado que trabalha na lógica dos interesses particularistas passa a ser a instância de decisão sobrepujando os interesses coletivos (SOUZA, 2015).

Essa reflexão contemporânea é interessante, pois permite desvelar algumas mediações históricas que não seriam possíveis se esta análise qualitativa do relatório de avaliação da OCDE sobre a integridade da administração pública brasileira estivesse sendo realizada no ano de 2012, por exemplo. O distanciamento histórico e os desdobramentos da política nacional dão condições de se identificar a racionalidade que está por trás das orientações presentes no relatório.

Orientações/standards que criam/fomentam um ambiente favorável a negócios, ao controle social das finanças e que é fundamental para o desenvolvimento de uma economia de mercado competitiva em nível global. Entretanto, a realidade social brasileira necessita de orientações/standards complementares que contribuam na solução das questões sociais – ou melhor, as promessas da modernidade não cumpridas, à exemplo do art. 3.º da Constituição da República Federativa brasileira de 1988.

Após essa pequena digressão, cumpre ainda tratar das duas últimas propostas de ações a incorporações de elevados padrões de conduta e o reforço a integridade no processo licitatórios. Em relação à primeira proposta, no caso é terceira analisada no presente trabalho, a OCDE (2011) considera estritamente de fundamental importância as normas de condutas que orientam o comportamento dos agentes públicos de acordo com o escopo dos órgãos que estes desempenham funções.

Nesse íterim, a OCDE articula seus princípios orientadores do relatório para a prevenção e detecção de fraudes e corrupção, corroborando com a análise que

a racionalidade dos princípios que orientam suas propostas é voltada para um dado fim – ou melhor, ao mercado (*Zweckrationalität*), como se pode denotar:

Os princípios para o Aprimoramento da Conduta Ética no Serviço Público (Principles for Improving Ethical Conduct in the Public Service) reconhecem o papel essencial de padrões elevados de conduta para garantir a lisura da Administração Pública, fornecendo, ainda, subsídios neste sentido aos agentes responsáveis pela tomada de decisões e aos gestores públicos (ver Anexo A). Cientes dos riscos emergentes na interface dos setores público e privado, os países da OCDE adotaram as Diretrizes para a Gestão do Conflito de Interesses no Serviço Público (Guidelines for managing Conflict of Interest in the Public Service) e os Princípios para a Transparência e Integridade nas Atividades de Intermediação de Interesses – Lobby (Principles for Transparency and Integrity in Lobbying). As normas de condutas também são vistas como componente-chave para o controle interno eficaz e o combate à corrupção. A exemplo disso, a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) efetuou uma revisão das Diretrizes sobre as Normas de Controle Interno no Setor Público (Guidelines for Internal Control Standards for the Public Sector), no intuito de incluir o tema da gestão da ética. Essa adequação foi impulsionada pela reconhecida importância de implementar normas de conduta que contribuam para a prevenção e detecção de fraudes e corrupção (OCDE, 2011, p. 33).

Ao tratar da incorporação de elevados padrões de conduta no âmbito da administração pública federal, o relatório articula pela primeira vez os quatro princípios orientadores e desvela que o intuito das propostas da OCDE (2011) é melhorar a avaliação e verificação dos processos administrativos. Salienta-se, ainda no relatório, que o Brasil “tem buscado ressaltar a relevância das normas de conduta para os agentes públicos, assim como tem enfrentado os riscos emergentes da aplicação dessas normas” (OCDE, 2011, p. 33-34). Um marco importante desse processo é o Projeto de Lei nº 7.528/06, que trata do conflito de interesses, as atividades desempenhadas no exercício do cargo público e o uso de informações privilegiadas⁷⁴.

⁷⁴ Quanto propostas específicas para elevar os padrões de conduta a OCDE (2011, p. 34-36) faz algumas considerações para o Governo Federal e outras para a Comissão de Ética Pública, pela Corregedoria-Geral da União e pela Ouvidoria-Geral da União, sendo elas respectivamente: i) ampliar a abrangência do Código de Conduta da Alta Administração Federal para incluir os ocupantes de cargos DAS, níveis 4 e 5, e funções equivalentes; ii) utilizar as atividades de gestão de risco para identificar os riscos de ética emergentes enfrentados pelos agentes públicos nos processos de tomada de decisões, de modo a esclarecer e ressaltar a relevância das normas de conduta; iii) disponibilizar diretrizes para organizações públicas acerca de como conduzir consultas efetivas aos servidores para o desenvolvimento de códigos de conduta; iv) adotar medidas do código de conduta para prestadores de serviços, quando conveniente, inclusive por meio da inserção de dispositivos relevantes do Código em contratos e pela garantia que canais de denúncias relativas aos prestadores de serviços sejam de fácil acesso ao cidadão; v) identificar e publicar informações sobre as melhores práticas de modo a orientar os agentes públicos na aplicação de padrões elevados de conduta; vi) elaborar atividades de

Por fim, a última proposta trata do reforço à integridade nos processos licitatórios. Esta considera o processo licitatório enquanto um instrumento estratégico para viabilizar a prestação de serviços públicos, “ao mesmo tempo, é uma atividade vulnerável à improbidade e a todo tipo de desperdício, ativo e passivo” (OCDE, 2011, p. 37). Os pressupostos que fundamentam essa proposta são: a) *Principles for Enhancing Integrity in Public Procurement* (Diretrizes para o Aprimoramento da Integridade nos Processos Licitatórios Públicos; e, b) *Convenções Internacionais Contra a Corrupção* (OCDE, 2011, p. 37)⁷⁵.

Neste capítulo, analisou-se a estrutura político-administrativa da OCDE. Essa análise partiu de uma sucinta digressão histórica que desvelou os aspectos geopolíticos que conformavam a necessidade de um ambiente burocrático transnacional. Após esse primeiro momento, verificou-se que a OCDE possui uma peculiaridade interessante quanto a participação/colaboração dos países membros e não membros //(ou melhor, sócios chaves) dos debates sobre políticas públicas dos comitês da OCDE. Além, inclusive, de contribuírem na realização dos estudos feitos pela Organização.

Todavia, esta peculiaridade, denominada por parte da doutrina de neo-weberianismo, não garante que as orientações/standards advindos da OCDE estejam em conformidade com as necessidades de dado país. Esta hipótese pode ser

capacitação sobre normas de conduta que correspondem de forma mais próxima aos riscos associados às funções e ao nível administrativo dos agentes públicos; vii) adotar as devidas medidas para padronizar os levantamentos anuais sobre a gestão da ética realizadas pela Comissão de Ética Pública, de modo a permitir o monitoramento da evolução das normas de conduta no tempo; viii) desenvolver uma estrutura de avaliação conjunta que reúna informações sobre os esforços para orientar e acompanhar a implementação de padrões elevados de conduta e a aplicação de normas de conduta; ix) prestar apoio aos gestores públicos na aplicação conjunta que permita a avaliação das normas de conduta no âmbito dos órgãos e entidade públicas, como base para a consolidação de melhorias, de modo a facilitar processos de mensuração de resultados relevantes nos órgãos públicos federais e complementar as atividades de avaliação em todas as esferas e níveis do Governo; x) comunicar os resultados das avaliações anuais no âmbito dos órgãos públicos federais e da Administração Pública Federal, bem como para a população.

⁷⁵ Há inúmeras propostas específicas para reforçar a integridade dos processos licitatórios, apresentar-se-á três que estão conjugadas com a transparência do Governo e podem vir a ser implementadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: i) introduzir a transparência na fase anterior à publicação de editais e avisos de licitação por meio da preparação e publicação de planos de compras públicas e processos licitatórios de cada órgão público; ii) publicar informações sobre as alterações contratuais que ultrapassam um limite estabelecido, como meio de aumentar a transparência e o controle social; iii) consolidar as informações referentes a processo licitatórios num portal único, de modo que cidadãos e fornecedores possam obter todos os dados que precisam num único endereço eletrônico.

verificada ao se analisar o relatório de Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Brasileira, pois, mesmo contando com a presença do Brasil na construção do relatório, não se verificou um cuidado em mediar as necessidades sócio-históricas do país avaliado com as orientações/standards/recomendações e propostas de ações para o Governo Federal e seus órgãos.

Ao contrário, foi verificado que as orientações/standards foram construídas para estabilizar expectativas cognitivas do mercado internacional – ou seja, obedecendo a racionalidade orientada a fins (*Zweckrationalität*) com uma linguagem particularista. Nesse ínterim, pode-se inferir que não há qualquer ruptura com a racionalidade anterior. O que ocorre nesse momento histórico é uma tentativa de escamotear o salto democrático – epistemológico e social – das últimas décadas, por ideal que substitua a representatividade dos Estados-nações por um corpo técnico burocrático genuflexos a interesses particularistas.

Nestes termos, é pertinente compreender como as expectativas cognitivas, fundamentadas em linguagens particularistas, adentram a ciência jurídica transmutando-se em expectativas normativas que não refletem os problemas nacionais candentes e que tem premência de serem trabalhados.

Para isso, investigar-se-á como o conceito de Direito vem sendo trabalhado na dogmática do Direito Administrativo Global, examinando a partir dos seus pressupostos teóricos se a articulação argumentativa construída guarda coerência dentro do quadro teórico assumido como referência.

Esse momento, é imprescindível para análise realizada, pois desvela o tipo de racionalidade presente na dogmática do DAG contribui para uma reconstrução crítica do conceito de Direito e da compreensão do papel do DAG quanto um ramo da ciência jurídica legitimador das regulações administrativas em nível global.

4 A CIÊNCIA JURÍDICA NA ERA DO CONSTITUCIONALISMO PÓS-ESTATAL: DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E OS LIMITES DA GOVERNANÇA PÚBLICA EM PAÍSES PERIFÉRICOS

Neste capítulo discutir-se-ão os desacordos teóricos no direito anglo-saxão. Essa questão é importante, pois a base do pensamento de Benedict Kingsbury, na sua formulação do papel do “Direito” no Direito Administrativo Global, são os pressupostos desenvolvidos no debate do positivismo jurídico anglo-saxão. Após essa primeira discussão, buscar-se-á analisar criticamente o modelo de “Direito” adotado por Kingsbury. Ter clareza teórica do debate é fundamental para uma abordagem do problema da legitimidade das orientações/standards construídas em âmbito transnacional.

Esse primeiro momento é mais abstrato e tem o intuito de desvelar o tipo de racionalidade que está que orienta a dogmática do DAG, posteriormente há necessidade de enriquecer de determinações o debate trazendo a relação crise econômica e as modificações político-administrativas do Estado brasileiro.

Nesse processo será possível identificar a relação entre ciência jurídica no mundo “pós-estatal” e os limites político-econômicos da Governança Global em um país periférico como o Brasil. Em outras palavras, far-se-á a conexão entre o desenvolvimento do debate sobre a legitimidade de orientações/standards construídos no âmbito da ordem político-jurídico internacional – no caso, pela OCDE – e as implicações na estrutura político-administrativa no Estado brasileiro.

Por fim, retorna-se ao debate da legitimidade dos “dispositivos normativos” (orientações/standards) no âmbito do DAG, todavia com pressupostos diferentes dos que deram suporte a análise Kingsbury. O ponto central é investigar as potencialidades do DAG.

4.1 Apontamentos e limites da dogmática jurídica anglo-saxã: o papel da “Direito” Direito Administrativo Global

O papel do “direito” no DAG cumpre uma função central. Contudo, para essa discussão ser realizada de maneira qualificada, é necessária uma digressão teórica sobre os desacordos na ciência jurídica, especificamente, no positivismo anglo-saxão. O ponto nevrálgico é esclarecer as controvérsias entre Hart e Dworkin. Estas têm início com o texto *The Model of Rules I* e ainda não se findaram. Há uma coletânea de texto e palestras, principalmente referente à teoria do Direito no mundo Anglo-Saxão, que se consolidou ao longo de décadas, todavia é preciso salientar que no Brasil houve um *gap* em relação ao debate sobre o positivismo jurídico⁷⁶. Há inúmeros fatores que podem explicar essa lacuna, cujas exposições fogem ao âmbito a presente dissertação.

A partir destes esclarecimentos, é possível traçar alguns apontamentos críticos sobre como Kingsbury concebe a “Direito” no Direito Administrativo Global. Para isso, utilizar-se-á como base da reflexão o texto de Scott Shapiro (2017) que analisa o debate Hart e Dworkin. O autor afirma que não tem por escopo se posicionar sobre o debate, sendo seu objetivo central identificar o núcleo nevrálgico da controvérsia e as estratégias argumentativas que cada autor utilizou. Nesse sentido, esse texto de Shapiro é basilar para a compreensão dos desacordos teóricos entre os dois pensadores. O autor exprime preliminarmente os pressupostos teóricos que podem/devem ser considerados no âmbito de desacordos teóricos.

Cumprido salientar, o trabalho de Shapiro eminentemente teórico e centrado na revisão bibliográfica acumulada nas últimas décadas. Ele inicia o texto explicitando a caracterização feita por Dworkin e a crítica ao positivismo jurídico, para posteriormente apresentar as refutações oferecidas por Hart e seus seguidores a Dworkin (SHAPIRO, 2017).

O autor ainda ressalva que há algumas dificuldades em capturar um debate, por conta de sua essência filosófica, tendo em vista que os pressupostos de

⁷⁶ Essa lacuna não será abordada no presente trabalho, entretanto é importante ter ciência desta ausência para não haver uma transposição acrítica de debates doutrinários que não guardam relação com o contexto brasileiro. Por fim, cumpre salientar que nos últimos anos alguns autores estão resgatando esse debate com intuito de observar quais questões são pertinentes ao Brasil, à exemplo de Bruno Torrano (2018; 2019) que procura por meio do pragmatismo filosófico resgatar a discussão sobre positivismo.

cada teórico podem ser totalmente diferentes um do outro. Um exemplo que ilustra esse primeiro problema é a alegação de que Dworkin se referiria a compreensão de norma jurídica⁷⁷ de Hart como sendo composto exclusivamente por regras. Shapiro (2017) alerta que Hart nunca fez tal afirmação e diz que esse entendimento induziu uma geração de teóricos ao equívoco.

Outro problema dos debates filosóficos é que eles são de difícil caracterização, visto que a construção de cada sistema pressupõe uma determinada totalidade que quando questionada esfacelam toda a argumentação apresentada. Há uma conexão entre múltiplos aspectos de uma determinada teoria que fazem as controvérsias teóricas não se relacionarem com um único problema (SHAPIRO, 2017).

A última dificuldade elencada por Shapiro (2017) se relaciona com o caráter dinâmico dos debates filosóficos, pois a construção da contra argumentação, da autocrítica, da superação de um determinado argumento por outro melhor estruturado criam uma dificuldade de capturar o debate no seu movimento constante; esta dificuldade pode gerar caricaturas dos argumentos apresentados pelos autores. Todo teórico tem que fazer esse esforço de captar essa dinâmica para não ser anacrônico na exposição das argumentações que estão em controvérsia.

No âmbito metodológico, essas são as questões centrais que foram apresentadas por Shapiro (2017) como uma pré-compreensão basilar sobre a controvérsia. Cumpre ainda informar que apesar do autor assumir uma postura de não posicionamento ao longo do texto, ao expor o que ele avalia como imprescindível na discussão, que é o que determina o Direito em última instância – fatos sociais, fatos morais ou a inter-relação de ambos –, seu entendimento é que os fatos morais desestabilizam as questões que o Direito procura resolver, assim sendo, não podem ser determinantes. Esta conclusão afasta Shapiro da proposta de Dworkin. Tenta-se

⁷⁷ No texto está “*the law is a model of rules*” (SHAPIRO, 2017, p. 3), entretanto para a tradição da Teoria do Direito brasileira avalio que a melhor tradução seja “o direito é um modelo de regras”.

nesse momento apresentar quais as questões o autor considera mais importantes para a compreensão do debate.⁷⁸

Shapiro (2017) constrói sua argumentação apresentando os compromissos fundamentais que Dworkin (2010) aduz ao positivismo, que são basicamente três teses que Hart e os positivistas se comprometem, sendo elas: (1) o teste de pedigree; (2) o Direito está vinculado diretamente a lei e na ausência de legislação deve o juiz exercer seu poder discricionário; (3) as obrigações legais só podem ser geradas por regras legais.

Cumpre salientar que não se irá esmiuçar neste trabalho a argumentação de Ronald Dworkin, tentar-se-á mostrar como Shapiro compreende cada aspecto das teses atribuídas a Hart e os positivistas. Faz-se isso por uma questão didática, visto que não é escopo deste trabalho o simples relato do texto, mas sim, a compreensão do debate Hart-Dworkin ao longo das últimas décadas. Feita essa pequena digressão metodológica, apresentar-se-á a exposição de Shapiro sobre as teses elencadas por Dworkin.

No entendimento de Shapiro, a Tese do Pedigree não se sustenta, pois esta tem relação com a legalidade e não com os requisitos sociais que conformam a regra de reconhecimento hartiana. Uma determinada lei pode ser considerada válida para um ordenamento jurídico – Tese do Pedigree –, todavia, não necessariamente será uma convenção entre juízes para tratar certas regras como autorizadas – regra de reconhecimento (SHAPIRO, 2017).

Com relação à Tese da Discricionariedade e da Obrigação, faz-se premente relatar a distinção entre regras e princípios trabalhada por Dworkin. Sucintamente, regras são padrões normativos de aplicação “tudo ou nada”, enquanto princípios possuem uma dimensão de peso e, dessa forma, não podem ser afastados por completo, mas sopesados diante de uma situação concreta. Princípios e regras

⁷⁸ Salienta-se que pela extensão da abordagem do autor, far-se-á uma seleção dos argumentos apresentados para tentar um aprofundamento mínimo das questões relevantes trabalhadas por Scott J. Shapiro e nas suas propostas de solução da controvérsia.

são normas jurídicas que se distinguem num plano lógico (DWORKIN, 2018; NEVES, 2017).

Nesse íterim, a Tese da Discricionariedade está ligada umbilicalmente a compreensão da norma jurídica quanto regra legal, pois quando não houver possibilidade de aplicação o juiz deverá decidir de acordo com sua discricionariedade (SHAPIRO, 2017; GREENWALT, 1977). Ressalva-se que Dworkin (2018) não nega a possibilidade de discricionariedade com o entendimento das normas jurídicas quanto regras e princípios, entretanto o poder discricionário do julgador é mitigado, em outras palavras, é fraco. No que se refere à Tese da Obrigação, Dworkin afirma que obrigações legais só poderão ser geradas por regras legais, ou seja, quando as regras são inaplicáveis os juízes devem ir para além das regras para decidir o caso.

No entendimento de Dworkin, a compreensão da norma jurídica quanto uma estrutura lógica de princípios e regras é suficiente para demonstrar a debilidade da Tese da Discricionariedade, como também da Tese do Pedigree. Isto por quê a legalidade dos princípios depende de seu conteúdo e, como exemplo, Dworkin (2018) traz o caso Henningsen para afirmar que o princípio existe em função da tradição institucional e da autoridade que o exala.

Na análise de Shapiro (2017), as críticas a Hart por Dworkin não são totalmente injustas, porquanto há um problema crucial na avaliação dworkiniana aja visto que Hart ofereceu uma resposta razoável a discricionariedade judicial. Para ele, a discricionariedade será sempre algo contingente do processo decisório, pois existe uma indeterminação inerente ao Direito que advém da “textura aberta” da linguagem que cria uma zona de penumbra na qual não fica claro a aplicação ou não de uma determinada norma (HART, 2009).

Diante deste quadro, Shapiro analisa que houve um equívoco na apropriação do debate Hart-Dworkin; na sua perspectiva, a centralidade da discussão nunca foi se normas jurídicas são compostas por princípios e regras. Em relação ao aspecto da discricionariedade, há realmente uma divergência, todavia esta é derivada da compreensão que os dois autores possuem da natureza do Direito (SHAPIRO, 2017). Saindo do plano da aparência e aprofundando na divergência real entre Hart-Dworkin, na avaliação de Shapiro (2017), o que há são dois modelos de compreensão

do Direito totalmente diversos. O Direito é constituído por fatos sociais ou/e fatos morais?⁷⁹

No debate que se seguiu, formou-se duas correntes positivistas com respostas diferentes pelos seguidores de Hart e Dworkin. Os positivistas exclusivos e os inclusivos. Os primeiros aceitam a caracterização feita por Dworkin, mas rejeitam sua explicação sobre princípios jurídicos serem partes da lei. No entendimento deles, as normas legais não podem ser válidas por seu conteúdo moral, pois ou eles possuem reconhecimento social ou não são leis (SHAPIRO, 2017; STRECK, 2018).

Para os positivistas inclusivos, a caracterização do positivismo feita por Dworkin está equivocada, entretanto concordam com a legalidade dos princípios; estes teóricos entendem que a validade dos princípios em virtude do seu conteúdo moral não exclui os compromissos fundamentais do positivismo jurídico (SHAPIRO, 2017).

Adverte-se que não se irá aprofundar nesses dois pensamentos, mas tem-se ciência que eles são importantes no desenvolvimento do debate Hart-Dworkin. Faz-se aqui uma opção metodológica com o fito, já anteriormente mencionado, de apresentar o entendimento os elementos centrais sobre a discussão. Nesse sentido, centrar-se-á daqui por diante na resolução dos problemas teóricos propostos por Shapiro e como ele avalia o futuro do debate Hart-Dworkin, para posteriormente indicar os limites e possibilidades do conceito de “norma” no Direito Administrativo Global.

Na perspectiva de Shapiro, o primeiro passo para a superação de um desentendimento teórico, no âmbito positivista, é conseguir discernir que metodologia interpretativa é adequada. Além disso, um positivista deve concordar com Dworkin que a metodologia interpretativa apropriada depende de qual metodologia harmonizar com um sistema jurídico específico. É neste ponto que o acordo entre o positivista e a tradição dworkiana deve terminar, pois cabe ao positivista a busca por fatos sociais

⁷⁹ Essa explicitação é crucial ao presente trabalho, pois Benedict Kingsbury (2009) procura se distanciar da discussão sobre a natureza do Direito. Na sua percepção o DAG será mais bem compreendido se pensar a “norma” – no original “*law*” – quanto um fato social.

e não o exercício de uma filosofia moral e política. Como assevera Shapiro (2017, p. 44) ao sintetizar sua proposição:

[...] it claims that for the positivists to account for the possibility of theoretical disagreements, they should drop their conventionality requirement, concede that proper methodology is a function of systemic purpose, and yet maintain nevertheless that systemic purpose is a matter of social fact.

Admitir que o propósito sistêmico exige uma determinada metodologia não nega a possibilidade de manter que natureza autorizativa do Direito é uma questão de fato social. Shapiro, com fulcro nessa linha de raciocínio, irá argumentar que a definição ideológica de um sistema jurídico será de fundamental importância no processo de tomada de decisão de um positivista que esteja vinculado a uma metodologia interpretativa que tenha por base os fatos sociais.

No que se refere ao Direito Administrativo Global, Kingsbury⁸⁰ (2009, p. 23-24) se considera positivista e partindo de uma tradição que vem desde Lorenz Von Stein, como se pode denotar desta passagem:

Que justificativa existe para o uso do termo "norma" na teoria e na prática do campo emergente designado "direito administrativo global"? Observou-se bastante de um dos esforços pioneiros no final do século XIX que: [o] conceito de direito administrativo internacional (*internationales Verwaltungsrecht*), originalmente concebido por Lorenz von Stein em 1866, descreveu um conjunto de regras legais parcialmente baseadas em fontes internacionais e parcialmente em fontes domésticas que lidam com atividades administrativas no campo internacional como um todo. O interesse de Von Stein, aqui e em outros lugares, era capturar e descrever a realidade da administração pública em vez de sua base legal subjacente. Uma avaliação semelhante poderia ser feita do conceito de "direito administrativo global" (DAG), usado na crescente renovação desse campo no início do século XXI.

Verifica-se, deste modo, o Direito Administrativo Global é considerado apenas no seu aspecto fenomenológico – nas palavras de Kingsbury (2009), quanto fato social. O texto de Kingsbury não elucida se o fato social está ou não vinculado a

⁸⁰ No original: "What justification is there for using the term 'law' in the theory and practice of the emerging field designated 'global administrative law'? It was fairly observed of one of the pioneering efforts in the late 19th century that: [t]he concept of international administrative law (*internationales Verwaltungsrecht*) as originally conceived by Lorenz von Stein in 1866 described an ensemble of legal rules based partially on international sources and partially on domestic sources dealing with administrative activity in the international field as a whole. Von Stein's interest, here as elsewhere, was to capture and describe the reality of public administration rather than its underlying legal basis. A similar assessment could be made of the concept of 'global administrative law' (GAL) as used in the burgeoning renewal of this field in the early 21st century".

uma metodologia interpretativa, na forma como apresentada por Shapiro. Nesse sentido, como proposto por Kingsbury, uma teoria do direito, não contribui para que os desentendimentos estejam postos às claras e abertos a discussão. Kingsbury segue um caminho oposto ao de Shapiro.

Lembrando-se obviamente, conforme Shapiro (2017), que o desenho prévio de um determinado sistema deve ser buscado, o intérprete não cairá em discussões filosóficas que são controvertidas a milênios – como ocorre com Dworkin e seu modelo de decisão judicial.

Cumpra prevenir que as discussões teóricas nessa estrutura apresentada por Shapiro não necessariamente levarão a uma única resposta correta. É provável que nem exista tal resposta, entretanto será possível identificar quais são as erradas. Outro ponto importante é lembrar que uma Teoria do Direito não deve tentar simplesmente superar determinadas posições teóricas contrárias; mais importante que uma construção argumentativa nesses termos, é desenvolver uma Teoria do Direito que apresente explicações a inteligibilidade dos desentendimentos teóricos. Nesse quadro, é possível compreender os pressupostos das divergências e fazer a discussão avançar para os entraves reais e não se perder em questões secundárias.

Shapiro (2017) assevera que este debate está longe de acabar e que o positivismo ainda é vulnerável à crítica que Dworkin traçou na obra *Império do Direito* – os fundamentos do Direito não podem ser determinados por convenção. Fica o questionamento: “Is the law ultimately grounded in social facts alone, or do moral facts also determine the existence and content of the law?”

Identificou-se, neste item a inconsistência teórica do desenvolvimento do conceito de Direito por um dos autores centrais na construção da dogmática do DAG. Diante disso, cumpre uma investigação que ultrapasse o quadro teórico trabalhado pela doutrina anglo-saxã.

4.2 Direito Administrativo Global e Governança Pública no Brasil: repensando a legitimidade

No item anterior, verificou-se a insuficiência teórica no tratamento do “Direito” no Direito Administrativo Global por Kingsbury, no que concerne a uma apropriação obscura dos conceitos. Essa debilidade é marcada por um tratamento da dogmática jurídica não satisfatório, não considerando os desacordos teóricos entre os jusfilósofos da ciência jurídica e universalizando uma compreensão do Direito da tradição algo-saxã. Nesse momento do trabalho será apresentado com mais clareza a proposta de Kingsbury para o conceito de “Direito” no DAG, além do desenvolvimento da crítica já iniciada.

Kingsbury (2009) defende uma concepção de "fato social" do Direito lida através da noção de Lon Fuller de "moralidade interior do direito", tendo por cerne fontes e critérios de reconhecimento. Nessa toada, o que se percebe é uma transfiguração do positivismo hartiano. Além disso, Kingsbury (2009) procura incorporar requisitos de "publicidade" (*publicness*) no Direito. A publicidade (*publicness*), como entendida pelo autor, é inerente ao direito público e a governança global, estando umbilicalmente relacionada com princípios da legalidade, racionalidade⁸¹, proporcionalidade, Estado de Direito e alguns direitos humanos.

A argumentação de Kingsbury (2009) procura conciliar legalidade e legitimidade no âmbito global por intermédio da proporcionalidade e da publicidade respectivamente, tendo ciência que embora não exista uma única regra de reconhecimento que abranja todo o DAG é razoável se refletir sobre um Direito possível em nível global. Conforme se denota:

As práticas jurídicas nos estados democráticos modernos não aceitam que a emanação de uma fonte de direito acordada seja suficiente para a lei, mesmo em ambientes onde os conceitos predominantes de direito consideram necessária a emanação de uma fonte aceita e uma regra unificadora de reconhecimento. Mais do que isso agora é exigido por lei. ‘Publicidade’ é um elemento necessário no conceito de direito sob condições democráticas modernas. A alegação é de que a qualidade da publicidade e a qualidade relacionada à generalidade são necessárias ao conceito de direito em uma era de jurisprudência democrática. Por publicidade, entende-se a reivindicação feita pela lei de que ela foi elaborada por toda a sociedade, pelo público, e a reivindicação conectada de que a lei trata de assuntos que

⁸¹ Racionalidade como trabalhada no texto de Kingsbury (2009) tem o sentido da necessária argumentação racional das decisões.

interessam à sociedade como tal. (KINGSBURY, 2009, p. 31, tradução do autor)⁸².

Em outras palavras, Kingsbury resgata o debate da legitimidade na filosofia política para lançar outro ponto de vista sobre questão da publicidade⁸³. Dessa linha argumentativa, ele infere que se a lei é construída dentro das instituições democráticas – burocracia no sentido weberiano –, esta passa a fazer parte do sistema jurídico – Direito, na forma como tratada pelo autor.

Ou seja, na perspectiva de Kingsbury (2009), há uma radicalização⁸⁴ do pensamento de Rousseau (2008) da vontade geral de um povo, unindo a universalidade da vontade com a universalidade da legislação. Isso pode ser verificado na seguinte passagem:

A qualidade da publicidade no direito, especificada neste artigo, deve ser diferenciada da afirmação mais forte de que a generalidade é um requisito para que uma regra (ou decisão) seja uma regra (ou decisão) do Direito. Rousseau argumentou tanto por publicidade quanto por um requisito de generalidade. Tal exigência poderia levar à visão de que grande parte da administração (particularmente a administração caso a caso do varejo, em vez da tomada de decisões administrativas por atacado) não é absolutamente Direito.

O intrigante da assertiva que a generalidade não é um caráter definitivo se um determinado dispositivo normativo é Direito ou não – ou melhor se faz parte do

⁸² No original: “Jurisprudential practices in modern democratic states do not accept that emanation from an agreed source of law is sufficient for law, even in environments where the prevailing concepts of law hold emanation from an accepted source, and a unifying rule of recognition, to be necessary. More than this is now required of law. ‘Publicness’ is a necessary element in the concept of law under modern democratic conditions. The claim is that the quality of publicness, and the related quality of generality, are necessary to the concept of law in an era of democratic jurisprudence. By publicness is meant the claim made for law that it has been wrought by the whole society, by the public, and the connected claim that law addresses matters of concern to the society as such”.

⁸³ Para uma crítica no mesmo sentido, contudo com outros pressupostos ver Ming-Suo Kuo (2010, p. 1003, tradução do autor): “Kingsbury desata seu direito administrativo global como direito inter-público de públicos jurisgenerativos. A noção de publicidade não é, portanto, expressiva de uma concepção pública de legitimidade, mas entra em colapso nos códigos de conduta observados pelas partes interessadas privilegiadas nos regimes regulatórios individuais. Na medida em que Kingsbury atribui publicidade, a pedra angular de sua teoria a respeito da legitimidade, às diversas práticas em regimes regulatórios, sua concepção do direito administrativo global reflete uma visão privatizada pós-pública da legitimidade”. No original: “Kingsbury unties his global administrative law as an inter-public law from jurisgenerative publics. The notion of publicness is thus not expressive of a public conception of legitimacy, but rather collapses into the codes of conduct observed by privileged interested parties in individual regulatory regimes. To the extent that Kingsbury attributes publicness, the cornerstone of his theory concerning legitimacy, to the diverse practices in regulatory regimes, his conception of global administrative law reflects a privatized, post-public view of legitimacy”.

⁸⁴ No sentido de aprofundar até as últimas consequências uma linha de raciocínio, ou de uma argumentação.

sistema jurídico e por isso possui normatividade, logo é válido e deve ser observado –, por isso a necessidade da publicidade, é que toda essa construção argumentativa é de negação do código válido/inválido (legalidade) para asseverar que hodiernamente com a fragmentação da ordem internacional, o caráter da publicidade dependerá do peso do organismo internacional que a prolatou a orientação/standards.

A questão do peso é um elemento central, para Kingsbury, na reflexão sobre legalidade. Pois, como publicidade é fonte que reveste de legitimidade o Direito em nível global; a proporcionalidade quanto princípio é compreendido como a “exigência de uma relação de proporcionalidade entre meios e fins tornou-se uma poderosa ferramenta processual no direito público europeu, e cada vez mais no direito público internacional” (KINGSBURY, 2009 p. 33).

Todavia, a concepção de proporcionalidade de Kingsbury é bastante peculiar, porque se relaciona diretamente com o valor que uma entidade pública irá atribuir a uma dada orientação/standards criado por outra entidade pública. Nessa toada, Kingsbury (2009, p. 27, tradução do autor)⁸⁵ avalia que os problemas do DAG são eminentemente ligados ao peso que deve ser atribuído, veja-se:

[...] entender o direito administrativo global como 'lei' envolve não apenas questões de validade ('essa é uma regra legal válida?'). Mas também avaliações de peso ('qual peso a Entidade Pública X deve atribuir a uma norma estabelecida pela Entidade Pública Y?'). Considerando que o pensamento positivista dentro de um sistema jurídico unificado se concentrou na validade / invalidez binária ou vinculativa / não vinculativa, na ausência de uma hierarquia muito organizada de normas e instituições na governança global e na escassez de instituições com autoridade e poder para determinar tais questões na maioria dos casos, significa que os problemas reais do direito administrativo global costumam ter o peso de uma norma ou decisão.

Enfim, o pressuposto argumentativo de Kingsbury para procurar inovar na concepção de Direito é que com o declínio dos Estados-nações na ordem jurídica internacional, a hipercomplexificação e a fragmentação do poder no nível global

⁸⁵ No original: “understanding global administrative law as ‘law’ involves not only questions of validity (‘is this a valid legal rule?’), but also assessments of weight (‘what weight should Public Entity X give to a norm set by Public Entity Y?’). Whereas positivist thought within a unified legal system has focused on the binary validity/invalidity, or binding/non-binding, the absence of a very organized hierarchy of norms and institutions in global governance, and the dearth of institutions with authority and power to determine such questions in most cases, means the actual issues in global administrative law often go to the weight to be given to a norm or decision. Law is a social practice, and it is a feature of the particular social practices involved in GAL that both validity and weight are important”.

exigem a construção de uma legitimidade pós-pública e uma legalidade construída ao alvedrio do consentimento dos Estados-nações (KUO, 2010).

Infere-se, deste modo, um abandono do neo-weberianismo e uma tentativa de fundamentação racional para legitimar a ordem política internacional que está posta. O Direito, como trabalhado por Kingsbury, é um instrumento burocrático substitucionista da representatividade política dos Estado-nações em prol a interesses particularistas – interesses esses não necessariamente ligados a Estado-nações mais poderosos, imperialistas, mas de corporações transnacionais que constroem orientações/standards e que por sua capacidade de *enforcement*, ou nas palavras de Kingsbury, por sua capacidade de impor um peso maior as suas orientações, colonizam o direito doméstico de países que possuem uma baixa capacidade de sistema jurídico de predadores externos.

Kingsbury, ao invés de propor algo que supere a racionalidade orientada a fins (*Zweckrationalität*), sugere uma genuflexão da dogmática jurídica, no caso o DAG, a interesses das linguagens particularistas que o “mercado” tem a oferecer no seu plano internacional. Tal assertiva fica óbvia na análise que Kingsbury (2009, p. 53-54, tradução do autor)⁸⁶ realiza do porquê as democracias liberais prosperaram:

As democracias liberais prosperam devido ao contrapeso entre instituições e à ordenação informal espontânea em diferentes campos sociais. Esse contrapeso emergiu no setor econômico da Grã-Bretanha na revolução industrial e na política através das revoluções francesa e americana. Instituições altamente racionalizadas são controladas, mas elas próprias não podem controlar totalmente, a multiplicidade descentralizada dos processos espontâneos de comunicação. Essa dinâmica realmente opera apenas na economia geral e na política geral, não tanto em outros campos sociais, mesmo dentro de um único estado. A realização desse tipo de contrapeso democrático nas forças de governança global dependeria de um alto grau de autonomia e diferenciação de diferentes campos sociais. Pode haver alguns campos especializados em que a ordem global espontânea está emergindo em torno da despolitização, desburocratização e competição não econômica

⁸⁶ No original: “Liberal democracies thrive because of the counterpoise between institutions and spontaneous informal ordering in different social fields. This counterpoise emerged in the economic sector in Britain in the industrial revolution, and in politics via the French and US revolutions. Highly rationalized institutions are checked by, but cannot themselves totally control, the decentralized multiplicity of spontaneous communications processes. This dynamic really operates only in the general economy and in general politics, not so much in other social fields even within a single state. Realization of this kind of democratic counterpoise in global governance forces would depend on a high degree of autonomy and differentiation of different social fields. There may be a few specialist fields in which spontaneous global order is emerging around depoliticization, de-bureaucratization, and non-economic competition (such as competition for status, or for pre-eminence in sheer quality of output); but these are rare”.

(como a competição por status ou a preeminência na pura qualidade do produto); mas estes são raros.

Kingsbury está nesse momento discutindo com Teubner, em busca de uma solução satisfatória para o que ele compreende ser o declínio do Estado-nação quanto uma força política global. Todavia, a sua construção abstrata desconsidera inúmeros elementos da realidade geopolítica, além de desrespeitar o direito doméstico de países que não possuem a mesma capacidade de impor um grande “peso” nas orientações/standards construídos em ambientes internacionais.

Neste cenário, pode-se verificar que o caráter plenipotenciário de transformação da realidade que o DAG possui é suprimido, tornando-o um agente legitimador de uma ordem internacional pré-estabelecida pela lógica mercadológica. Nessa toada, faz-se mister a compreensão do cenário político-econômico brasileiro, pois diante deste os limites e as possibilidades da governança pública se evidenciam.

4.2.1 Inovação ou neocolonização: limites e possibilidades governança pública no contexto brasileiro

A crise do *subprime*, de agosto de 2007, que se agudiza em setembro de 2008 (BRESSER, 2010, p 51; DUMÉNIL; LÉVY, 2014, p 219), afetou e vem afetando o mundo inteiro, provocando uma série de mudanças políticas e econômicas. Estas transformações impactam diretamente a forma político-administrativa do Estado-nação, muitas vezes ocorrendo uma colisão entre as garantias constitucionais e as decisões da Administração Pública.

Diante da globalização econômica, as organizações governamentais, não-governamentais e mistas têm um peso significativo, podendo influir, seja no âmbito da garantia dos direitos humanos ou na violação de direitos em prol da manutenção de um mercado financeiro “saudável” em nível global.

Nesse contexto de crise global, ter ciência dos institutos construídos, após a Constituição, que são garantidores da inclusão social e que buscam pensar o Estado a partir de modelo Social e Democrático de Direito é fundamental. Ademais, diversas regulamentações internacionais vão surgir nesse momento histórico.

No que concerne ao Brasil, faz-se necessário destacar previamente o contexto histórico do final da década de 90, quando o país passava por modificações em seu texto constitucional⁸⁷. Além disso, o Executivo vinha, em detrimento do Parlamento, assumindo inúmeras funções, desbalanceando a separação de poderes. Como exemplo, cita-se a quantidade enorme de Medidas Provisórias, o que pode ser verificado:

Envio de medidas provisórias ao Congresso

Presidente	Período	Número de MPs	Proporção
José Sarney	24 meses	125	Uma a cada 5,8 dias
Fernando Collor	31 meses	89	Uma a cada 10,4 dias
Itamar Franco	27 meses	142	Uma a cada 5,7 dias
Fernando Henrique Cardoso	96 meses	365	Uma a cada 7,8 dias

Fonte: Câmara dos Deputados⁸⁸

Esse é um aspecto que demonstra a hipertrofia do Poder Executivo na década de 90⁸⁹. Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, pp. 262 – 263) asseverou, percucientemente, ao analisar as regulamentações no que tange a Administração Pública nacional em um cenário de transição para a democracia, que estas não podem

⁸⁷ No próprio texto referido Bandeira de Mello elenca 4 modificações que não se vinculam a interesses propriamente nacionais, mas a “aspirações externas ou agrado internacional”, sendo elas: a) Emenda Constitucional n° 6, de 15.08.95; b) EC n° 7, mesma data, de 15.08.95; c) A EC n° 8, também, 15.08.95; d) EC n° 9, de 15.08.95. Todavia, é importante salientar que se poderia citar muitas outras que influíram na Administração Pública brasileira.

⁸⁸ Quadro esquemático retirado do sítio: <https://g1.globo.com/politica/noticia/desde-fhc-temer-e-o-presidente-que-em-media-mais-edita-medidas-provisorias.ghtml> às 19:03 do dia 14.03.2019.

⁸⁹ Faz-se imprescindível observar que mesmo após a Emenda Constitucional n° 32 de 2001, a quantidade de Medidas Provisórias ainda é elevada, sendo nos governos posteriores: i) Governo de Luiz Inácio Lula da Silva produziu 419 em 96 meses, uma a cada 6,8 dias; ii) Governo de Dilma Rousseff foram 204, em 62 meses e 11 dias, uma a cada 9,17 dias; iii) Em 18 meses do governo de Michel Temer, produziu-se 83, em 18 meses, uma a cada 6,5 dias. Informações presentes no quadro original, mas retiradas por conta do recorte histórico. Informação complementar, até janeiro de 2020, o presidente Jair Messias Bolsonaro produziu, até o dia 27 de dezembro de 2019, 42 Medidas Provisórias.

substituir as leis, construídas democraticamente por intermédio de um parlamento eleito.

Opostamente às leis, os regulamentos são elaborados em círculo restrito, fechado, desobrigados de qualquer publicidade, libertos, então, de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou mesmo dos segmentos sociais interessados na matéria. Sua produção se faz em função da diretriz estabelecida pelo Chefe do Governo ou de um grupo restrito, composto por seus membros. Não necessita passar, portanto, pelo embate de tendências políticas e ideológicas diferentes. Sobre mais, irrompe da noite para o dia e assim também pode ser alterado ou suprimido.

Ao descrever o caráter autoritário e antidemocrático dos regulamentos do Poder Executivo brasileiro, Bandeira de Mello delineou genericamente como são construídas regulações internacionais sobre inúmeros aspectos da sociedade mundial. Cumpre salientar que o autor tinha essa percepção ao fazê-lo, pois, após a passagem citada, ao analisar um possível agravamento da crise democrática, ele traz o exemplo das “decisões tomadas pelos Conselhos de Ministros Europeus (os quais não são investidos por eleições para este fim específico)”⁹⁰.

Assim, é na década de 90 que se começa uma discussão sobre concepções do Direito Administrativo brasileiro e formam-se duas correntes de pensamento. Uma delas correlacionada com o ideário neoliberal que estava predominando no debate público, muito pela influência da grande mídia que colocava as reformas neoliberais como necessárias para o bom funcionamento da máquina pública⁹¹. Outra advinda como reação no intuito de salvaguardar elementos materiais básicos que estavam sendo solapados pelas reformas no texto constitucional.

⁹⁰ Utilizou-se como exemplo as decisões dos Conselhos de Ministros Europeus, apresentados por Bandeira de Mello, entretanto, poder-se-ia apresentar vários outros como os elencados por Sabino Casesse (2005, p 113 –114) “[...] the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement), the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement), the General Agreement on Trade Services (GATS), and the Principles for Food Import and Export Inspection and Certification (FIEIC). The first three instruments belong to the legal system of the WTO, while the fourth was adopted by the Joint FAO/WHO Food Standards Programme Codex Alimentarius Commission. Esses são alguns, ligados a questões de alimentação e sanitárias. Contudo, há outros, agindo em diversas esferas da vida social, por todos, o Banco Mundial, que é apresentado pelo próprio Casesse, como um exemplo de organização internacional que produz normas administrativas *ad hoc* requerendo avaliação ambiental para liberar financiamento a um Estado-nação.

⁹¹ Discurso ideológico, tendo em vista não haver unicidade no debate acadêmico sobre o tema. A mídia, rádio e televisão, neste momento da década de 90 incorporou um discurso que não dialogava nem com as garantias constitucionais recém materializadas no texto constitucional, nem com o contexto sócio-histórico do Brasil – país periférico, em processo de democratização, sem instituições amadurecidas democraticamente e sem uma consciência popular dos deveres políticos de um povo. Sobre o *déficit* de

Nesse ínterim, surge o Direito Administrativo Social, com fulcro de fortalecer as instituições democráticas, afirmar a força normativa das normas constitucionais – tanto quanto dirigentes de um processo democrático quanto garantidoras da aplicabilidade imediata de direitos fundamentais sociais, que até aquele momento ainda eram tratados pelo Poder Judiciário como normas programáticas⁹².

A proposta do Direito Administrativo Social parte das ideias de igualdade e desenvolvimento presentes na CRFB/1988, compreendendo que ela exige a “instituição de uma Administração Pública inclusiva, que proporcione de ofício, mediante políticas públicas universalistas e voltadas ao alcance de todos, a realização máxima dos direitos fundamentais sociais” (HACHEM, 2013, p. 356). Visto que os problemas concretos da realidade brasileira só serão mitigados com políticas públicas inclusivas e voltadas para a redução das desigualdades e com fulcro no desenvolvimento regional do país. O Poder Judiciário tem um papel garantidor nesse aspecto e deve busca uma racionalidade que fuja dos particularismos de determinados grupos que podem ter o acesso à justiça.

Em outras palavras, pretende-se “sustentar que as noções de igualdade material e de desenvolvimento, que presidem a principiologia da Constituição de 1988, impõem um dever de atuação otimizada à Administração”. O Estado passa para um papel de protagonista e não subsidiário, “distintamente do entendimento propagado pela tendência do Direito Administrativo neoliberal, que avultou no cenário brasileiro no final do século XX. As bases da fundamentação que será adiante alinhavada representam a tendência contemporânea do Direito Administrativo social” (HACHEM, 2013, p. 370). A ideia do autor é que tal conceito de Direito Administrativo aponta para uma ação estatal que vai além do mínimo existencial.

Cumprе salientar que o Direito Administrativo Social, além de ser fruto da reação ao neoliberalismo que se espalhava pelas instituições, é também resultado de

consciência dos deveres constitucionais e crise de legitimidade das instituições na história brasileira ver Paulo Bonavides (2017, p 392 – 397)

⁹² Daniel W. Hachem (2013, p 346) rememora uma decisão emblemática, Mandado de Segurança nº 6.564/RS de 1996, desse tipo de interpretação que esvazia de sentido o texto constitucional, deixando apenas com seu papel simbólico – no sentido de Neves (2016).

um forte movimento constitucionalista⁹³ que só chegou ao Brasil com a Constituição de 1988, e na década de 90 ficou conhecido como neoconstitucionalismo. Cabem algumas considerações sobre esse movimento, que chegou ao Brasil tardiamente:

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. (BARROSO, 2005, p. 4)

Apesar de se verificar um idealismo na citação retromencionada – ao apresentar o processo de redemocratização como uma transição dos regimes estática, fazendo-se pensar que apenas o advento de um texto constitucional novo pudesse instaurar uma outra ordem social –, as considerações de Barroso são importantes por retratarem o fortalecimento do debate constitucional no Brasil após a Constituição de 1988.

O recrudescimento da lógica liberal de gestão da Administração Pública passa por uma inflexão no início do século XXI, especificamente após 2003, com a ascensão do Governo do Partido dos Trabalhadores. Uma intervenção mais ativa do Estado foi uma marca deste momento histórico, ademais, o cenário internacional favorável – *boom* das *commodities* –, arrefeceu o debate de “enxugamento” da máquina pública.

Diversos programas sociais e políticas públicas de distribuição de renda causaram um acesso ao consumo a uma parte considerável da população, historicamente subintegrada, o que acarretou uma redução da pobreza extrema, no período de 2004 para 2014, de 63%, podendo ser até de 68,5% a depender dos indicadores de análise: uma redução média na faixa de 10% ao ano (OSORIO, 2015). Este são indícios relevantes da forma de gestão do Estado e que vão implicar no fortalecimento do Direito Administrativo Social. Vale ressaltar, as outras correntes de

⁹³ Este debate ganha força na Europa continental, principalmente na Itália e Alemanha, pós-Segunda Guerra, possuindo como marco teórico três características centrais: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”. No âmbito filosófico seu marco é pós positivismo, sendo a normatividade dos princípios um dos elementos nevrálgicos (BARROSO, 2005, p. 6).

Direito Administrativo – legalista, individualista e neoliberal⁹⁴ – não findaram, mas perderam força de constrangimento epistêmico no que tange a doutrina administrativista brasileira, pelo menos até a crise financeira de 2007-2008 chegar ao Brasil, em meados de 2014⁹⁵.

O Brasil vinha desde o início da crise em um contra fluxo, enquanto o mundo globalizado apregoava austeridade e os sintomas da crise se agudizavam, o país vinha em crescimento econômico. Não cabe neste trabalho o detalhamento das variáveis que levaram o país à crise financeira, de maneira mais clara, pós eleições de 2014.

Esse contexto político-econômico, serve a pesquisa como pressuposto para o retorno de uma racionalidade neoliberal na Administração Pública que catalisa o processo de reestruturação política-administrativa do Estado brasileiro às orientações/standards construídos em âmbito internacional e que adentram o sistema jurídico colonizando e solapando todas as conquistas institucionais e da dogmática jurídica, a exemplo do Direito Administrativo Social.

Nestes termos, percebe-se um anacronismo entre a Constituição de 1988, seus valores nela objetivados, e os novos tempos político-econômicos “de hipertrofia anômica dos mercados, de desregulação, de abatimento de toda forma de lei”, provocando inúmeros efeitos no processo de desenvolvimento de um país periférico, pois a forma de acumulação é centrado na especulação, “e não em economia real”, “gera a volúpia insaciável pelo crescimento enfurecido e pela lógica de resultados” (BITTAR, 2010, p 497).

Um marcador importante nesse momento da Administração Pública brasileira é a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/16 que limita os gastos públicos pelos próximos 20 anos. Pode-se afirmar, que houve uma mudança de paradigma da gestão administrativa do Estado. Cynara Mariano (2017, p 278), assevera que se inicia um verdadeiro Estado de Exceção Econômico que pode ser caracterizado como:

Nos Estados periféricos há o convívio do decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais, bem

⁹⁴ Caracterização realizada por Daniel W. Hachem (2013, p 356).

⁹⁵ As variáveis que levaram o Brasil para crise são analisadas por Laura Carvalho (2018, p 55).

como a subordinação do Estado ao mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro, exigindo cada vez mais flexibilidade para reduzir as possibilidades de interferência da soberania popular. A razão de mercado passa a ser a nova razão de Estado.

É importante lembrar, que essa medida drástica de austeridade foi inclusive de encontro a um relatório desenvolvido pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), ainda em 2016 (MARIANO, 2017, p 269). Não obstante, tendo mudado de opinião posteriormente, como se pode denotar (PINHEIRO; LINS, 2019, pp 50–51, tradução do autor):

Segundo, o Brasil deve instituir reformas tributárias abrangentes que eliminem os incentivos perversos inerentes à atual estrutura tributária. Esta revisão inclui a substituição dos vários impostos atualmente em vigor por um único imposto sobre valor agregado sobre todos os produtos em todos os setores com uma única taxa de imposto. O custo administrativo de cumprir as obrigações fiscais também deve ser reduzido, e mudanças frequentes nas leis tributárias devem cessar. Idealmente, o governo também deve reduzir a carga tributária por meio do controle dos gastos públicos, o que é viável se o governo respeitar o limite de gastos consagrado na Emenda Constitucional 95, preferencialmente pelos 20 anos previstos nesta legislação⁹⁶.

A partir desta conjuntura, discutir-se o DAG de uma perspectiva de mudança da engenharia social global e resistência frente as violações de direitos humanos perpetrados por organismos transnacionais (governamentais, não-governamentais e/ou mistos) é premente. Repensar a estrutura dessas organizações de maneira que possam integrar os Movimentos Sociais Globais e ONG's, de modo que tais direcionamentos como o supracitado, possa ser contestado e contra argumentado. Nesse interim, reflexões sobre legalidade e legitimidade de orientações/standards construídos em organizações internacionais como a OCDE são mais do que necessárias, são prementes.

⁹⁶ No original: "Second, Brazil must institute sweeping tax reforms that eliminate the perverse incentives inherent in the current tax structure. This overhaul includes replacing the various taxes currently in place with a single value-added tax on all products in all sectors with a single tax rate (see Appy 2017). The administrative cost of meeting tax obligations must also be reduced, and frequent changes to tax laws must cease. Ideally, the government must also reduce the tax burden by reining in public spending, which is feasible if the government respects the spending limit enshrined in the Constitutional Amendment 95, preferably for the 20 years foreseen in this legislation." Vale a ressalva, que no início da obra que está disponível no sítio do FMI, consta uma pequena nota dizendo que não necessariamente o exposto no livro são as ideias do fundo. Todavia, a mesma afirmação poderia ser feita no primeiro relatório que era desfavorável a EC nº95/2016.

4.2.2 Repensando a legitimidade na dogmática do Direito Administrativo Global

A legitimidade, conforme foi apontado no item 2.2.1, não se confunde com a legalidade weberiana⁹⁷. Esta tem de se vincular a um elemento externo que a preenche de significância democrática. No caso específico do Brasil, há a necessidade da vinculação com um princípio geral de inclusão.

Com base em outros referenciais teóricos, pode-se encontrar uma conclusão parecida sobre a legitimidade necessitar incorporar elementos para além do procedimentalismo kelseniano, como assevera percutientemente Cynara Mariano (2010, p. 146) ao analisar a relação entre legitimidade e jurisdição constitucional:

[...] a legitimidade do Judiciário exige que se compatibilize democracia pluralismo e cidadania no poder, o que não se encontra bem resolvido na jurisdição constitucional brasileira, dada a discutível legitimidade de origem na investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal. Mas não é apenas o déficit de legitimidade de origem que se verifica como obstáculo à legitimação da jurisdição constitucional no Brasil. Sua legitimidade de exercício também não está resolvida, dada a ausência de uma maior e concreta participação popular nos processos decisórios e crescente atuação do STF em algumas esferas de competências próprias do Legislativo e do Executivo.

A autora, ao discutir sobre a legitimidade do Judiciário, reflete sobre os mesmos problemas que estão presentes na legitimação de orientações/standards construídos no seio de organizações transnacionais e que não guardam uma legitimidade frente aos povos dos Estados-nações no qual interferem na estrutura político administrativa. Esta reflexão tem por quadro teórico o pensamento de Hermann Heller (1968) e sua crítica a dissolução do Estado no direito no pensamento kelseniano. No entender de Heller, a Teoria Pura do Direito “não leva à representação de uma autoridade impessoal do direito, mas à de uma autoridade do direito expurgada de todo conteúdo ético e sociológico” (HELLER, 1968, p. 238).

Nestes termos, a identificação entre Estado e Direito, em outras palavras legalidade weberiana assimilada por Kelsen, fará desaparecer a Teoria do Estado (HELLER, 1968; MARIANO, 2010). Hermann Heller deixa explícito ao explicar a

⁹⁷ A legalidade weberiana é assimilado por Hans Kelsen (2009) o que leva a considerar normas jurídicas todas aquelas que passaram por um procedimento. Para uma crítica a esta percepção, ver a obra “Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário” de Cynara Monteiro Mariano (2010).

mistificação que da Teoria de Kelsen do Estado sem o Estado e em última instância do Direito sem o Direito:

O místico 'automovimento do direito' de Kelsen vem terminar, em última análise, 'na norma fundamental que constitui a base da unidade da ordem jurídica no seu automovimento' (ob. cit. pp. 248 e seg.). Mas como norma fundamental não é mais que um nome inadequado que se dá à vontade do Estado não submetida a normas, ao direito, tal como entende Kelsen, faltalhe, além da positividade, a normatividade. A redução kelseniana do Estado ao direito supõe a identificação normativa ideal com a organização real – a organização é, para nosso autor, 'tão-sòmente o estrangeirismo que corresponde a ordenação' (*Souveränität*, pp. 143 e seg.) – e parte da concepção de uma organização não organizada e sem órgãos, de uma democracia sem autoridade, ou seja, em última análise, da redução, já conhecida por nós, do Estado ao povo (cf. *acima*, pp. 199 e segs.) (HERMANN, 1968, p. 239).

Evidencia-se, desta feita, os limites da argumentação de Kingsbury sobre o papel do direito no Direito Administrativo Global. Além disso, observa-se que a digressão realizada sobre a legitimidade do direito no interior do Estado-nação contribui na reflexão sobre as orientações/standards e sedimenta a necessária relação com os valores democráticos – princípio da legitimação democrática e o princípio geral de inclusão.

Logo, repensar a legitimidade de orientações/standards construídos em nível global exige partir do pressuposto diametralmente oposto de que foi trabalhado por Kingsbury, em relação ao papel do Estado-nação contemporâneo, pois a premissa que há um esgotamento da sua função deste em prol de uma rede de atores privados e públicos transnacionais não se sustenta empiricamente, como bem assevera Marcelo Neves (2009, p. 33-34) ao criticar o pensamento de Teubner sobre o tema:

Nesse particular, destaca-se a seguinte afirmativa de Gunther Teubner: 'A globalização corta os vínculos íntimos do direito ao discurso político democraticamente legitimado do Estado Nacional'. E, ao afirmar que, 'apesar de toda a internacionalidade da política e de todo o direito internacional público, o ponto principal da política e do direito reside ainda hoje no Estado Nacional', ele acrescenta: 'Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais [...], não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outros âmbitos parciais da sociedade'. Dai por que se exige que o direito se desvincule da política democrática no âmbito estatal, enfatizando-se as 'constituições civis' da sociedade mundial. Parece-me que este diagnóstico não tem sido confirmado empiricamente. A diminuição da capacidade regulatória do Estado com a emergência de novos problemas globais relaciona-se, paradoxalmente, com o incremento das tarefas que se apresentam ao Estado em face dos novos desafios da sociedade mundial.

Ou seja, o momento hodierno não exige um abandono do Estado-nação enquanto agente político internacional, pelo contrário, há uma necessidade de reconfigurá-lo para dar conta dos novos desafios e das múltiplas crises de caráter global, a exemplo da crise econômica, da crise migratória, da crise ambiental, dentre outras que possuem a peculiaridade de serem transfronteiriças e envolverem inúmeros atores estatais, não-estatais, privados e mistos.

O recrudescimento do discurso da austeridade fiscal, pós-crise de 2008 que levou a uma reconfiguração dos mercados e agudizou a financeirização de todos os setores da economia, exige uma reflexão crítica sobre como uma dogmática jurídica focada nos aspectos regulatórios – administrativos – em nível global possa bloquear a colonização do direito doméstico de países periféricos.

Os agentes econômicos globais - *Global players*, há muito tempo já articulam para instrumentalizar o direito a favor de interesses particulares, Fischer-Lescano e Möller (2017, p. 3-4) demonstram isso percucientemente:

Global players da economia mundial forjam há muito tempo o direito transnacional. Com base nos contratos da chamada *lex mercatoria*, a ordem jurídica alheia ao Estado da economia globalizada, as companhias transnacionais movimentam-se nos mercados globais. Eles desenvolveram técnicas refinadas para colocar o direito a seu serviço e para criar um mundo a sua imagem: enormes firmas globais de advocacia oferecem o *know-how* jurídico para a imposição de tais interesses. Na Organização Mundial do Comércio e no Banco Mundial são instalados fórum judiciais, nos quais o direito do livre comércio e os direitos dos investidores privados são judicialmente aplicados.

Nesse sentido, a ordem política internacional deve ser disputada e não considerada um espaço que possa ser prescindível pelos Estados-nações. Assim, a legitimidade das orientações/standards desenvolvidos no espaço administrativo internacional deve necessariamente se apoiar em um conceito de democracia que extrapole a perspectiva liberal substitucionista da representatividade e passe a considerar as experiências construídas em países periféricos.

Fischer-Lescano e Möller (2017) compreendem que a luta por direitos sociais globais é a batalha político-jurídica que deve ser fortalecida nesse momento histórico. Inclusive o Estado-nação, na perspectiva dos autores, é central no reconhecimento e na luta por esses direitos, para que os procedimentos de monitoramento dos pactos que concernem a Direitos Humanos da ONU e da OIT sejam respeitados.

Enquanto isso, na arena político-jurídica transnacional, “a observância dos direitos sociais globais deve ser compelida às organizações internacionais como a ONU e a OMC, mas também às organizações não-governamentais e às empresas transnacionais” (FISCHER-LESCANO; MÖLLER, p. 11).

Em suma, a questão social no século XXI é uma questão global. Solapar a legitimidade dos Estado-nações na produção de soluções normativas transnacionais é uma negação dos processos democráticos que vinham em expansão – no mundo Ocidental desde o final da Segunda Guerra. Nesse interim, caba asseverar a crítica que Antonio Manuel Hespanha faz ao reconhecimento dos direitos globais, pois não é possível prever que estes venham a alcançar os resultados esperados. O razoável é uma combinação entre o global e local – glocal –, como se pode verificar:

O mesmo se passa com decisões de adotar direitos ‘globais’. Nunca é certo que produzam os resultados esperados, pois há fatores do ambiente ‘local’ que distorcerão os modelos jurídicos ‘globais’, dando-lhe “um tom’ local. O mais certo é que os projetos de globalização do direito acabem por dar origem a um direito ‘glocal’, ou devam mesmo transforma-se nisso para serem localmente aceitáveis (HESPANHA, 2018, p. 86).

Hespanha considera que o caminho para uma não colonização do direito doméstico é o direito construído em nível global respeitar/assegurar a ambivalência global-local. Esta parte de uma dificuldade já relatada: quem tem a capacidade de dizer o que é o oficial? Na estrutura político-jurídica da ordem internacional é fragmentada e multicêntrica, a quem caberia esse papel e decidir legitimamente o que é uma “norma” (orientação/standards) legítimo ou não?

Na perspectiva do Hespanha (2018) a resposta parte de um princípio, a legitimação democrática do direito – no caso em específico, o Direito Administrativo Global. Qualquer resposta que não respeite a legitimação democrática – esta, entendida como o direito tem por fulcro o consenso de uma comunidade.

Nestes termos, faz-se imprescindível preliminarmente ter clareza da distinção entre vigência e validade, como assevera Hespanha (2018, p. 88) para a resolução do problema de quem diz o oficial:

Se o resolvermos confundindo *vigência* com *validade* – ou seja, reconhecendo como jurídicas todas as normas que se comprovar que vigoram na sociedade – não será mais possível relacionar este universo normativo com uma qualquer legitimação democrática, para além de – sendo essas normas o produto dos grupos sociais mais poderosos – cairemos, não

já numa anarquia hegemônica, mas sim numa regulação hegemônica, que já hoje se deixa claramente antever.

Ou seja, pode-se haver orientações/standards que possuem vigência em nível global, todavia devido as condições fáticas de um determinado local, estas terão ou não validade. Discernir estas duas categorias é essencial para não se entregar o direito a ordem estabelecida – grupos sociais mais poderosos – ou a um grupo pequeno de especialista que possuem a pretensão iluminista de guiar a humanidade (HESPANHA, 2018).

Como se pode perceber, para Hespanha, a validade possui vários níveis e em caso de conflito de “normas” em nível global e em nível local, tende a prevalecer as que apresentam um grau maior de validade, em outras palavras, maior legitimação democrática. Enfim, Hespanha rompe com a racionalidade orientada a fins (*Zweckrationalität*) e procura refletir para além da justificação da ordem internacional posta, é diante deste desafio que ele busca construir as bases de uma nivelção da validade, esta tem por elemento basilar o consenso da comunidade que deve resguardar alguns aspectos, segundo Hespanha (2018, p. 88-89):

Este consenso tem que ter uma *generalidade apreciável*, não podendo abranger apenas um pequeno número de pessoas, portadoras de uma visão egoísta, parcial, partidária da ordem social. Mas, antes, devendo ser largamente comum a todos os interessados naquele domínio de regulação, incorporando uma perspectiva da ordem social que inclua pontos de vista e interesses diferenciados e diferentes. Por outro lado, este consenso tem que ser *observável*, fazer parte da ‘realidade’; e, por isso, ser suscetível de ser descrito, discutido e comprovado. De outro modo, poderíamos estar a trabalhar sobre versões como inverificáveis (e normalmente manipuladoras): ‘A esmagadora maioria do povo acha isto ou acha aquilo’.

Hespanha (2018), ao tratar dos elementos constitutivos do consenso, aparenta estar construindo padrões que sirvam como orientações/standards gerais que fundamentam o princípio da legitimação democrática do direito. Além disso, ele identifica duas formas de considerar o consenso: i) constitutivo ou decorrente do processo; e, ii) ratificativo ou decorrente do resultado.

Os dois são processos diferentes para avaliar o consenso. Contudo, segundo Hespanha (2018, p. 89), eles guardam uma relação, “pois o primeiro propicia (embora não garanta) o segundo. Enquanto que o segundo indicia (embora de forma mais fraca) o primeiro”. O intuito deixar o direito à vista de todos, para que sua

identificação e discussão seja ampla e acessível e não privilégio de um grupo de iniciados.

Enfim, se se conectar as condições que possibilitam a legitimidade democrática como trabalhadas por Hespanha ao entendimento da legitimidade quanto um princípio geral de inclusão, ter-se-á uma reformulação do conceito de burocracia em nível global. Pode-se afirmar que há uma revolução copernicana no tipo de racionalidade utilizada. Uma racionalidade não orientada a determinados fins simplesmente, mas um modo de pensar que articula burocracia quanto elemento legitimador do poder (TRAGTENBERG, 1977).

O Direito Administrativo Global, quanto Governança global, no seu sentido de regulações administrativas transnacionais, somente poderá vir a possuir legitimidade se, e somente se, reconhecer-se quanto uma estrutura transnacional de organização do poder político na ordem internacional e por isso se subordinar aos avanços construídos pelas experiências de participação democráticas de países periféricos.

Verificou-se, neste último capítulo, a insustentabilidade teórica do conceito de direito conforme pensado por Kingsbury para o Direito Administrativo Global, mesmo se se utilizar o quadro teórico trabalhado pelo autor. Visto que o autor reconstrói conceitos do positivismo anglo-sanxão, retirando-lhe elementos que são basilares para sua compreensão e negando um debate sobre os desacordos teóricos ainda em aberto. Além disso, apresentou-se como no Brasil o processo de transformação da administração pública está relacionado com as crises recorrentes da economia global. Observou-se que esses momentos de crise são os momentos de maior reestruturação política-administrativa de países periféricos, como o Brasil.

Inferiu-se, a partir daí, os limites da governança pública estão relacionados com um estado de exceção que se manifesta em momentos políticos conturbados como a solução dos problemas históricos brasileiro, todavia o que acaba por acontecer é uma genuflexão aos interesses particularistas do “mercado” financeiro.

Repensar formas de bloqueio desta racionalidade mercadológica é premente e, nesse sentido, o papel da dogmática jurídica do Direito Administrativo Global pode vir a contribuir. Contudo, esta dogmática não pode refletir a pura legitimação da ordem internacional que está posta. Faz-se necessário que ela se

alimento das experiências de inclusão construídas em países periféricos e que pense a legitimidade de suas disposições normativas – orientações/standards – orientada pelo consenso e este orientado pelo princípio da legitimidade democrática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se precipuamente que a racionalidade voltada a fins (*Zweckrationalität*), presente na dogmática jurídica brasileira, contribui para a baixa reflexividade do direito doméstico e abre margem à colonização do Direito por uma linguagem privatista. Nesse sentido, repensar o direito e seu papel legitimador na sociedade exige uma reflexão sobre a inclusão, esta entendida não como algo contingente, mas como um princípio geral que deve nortear a dogmática e prática jurídica no Brasil.

Nestes termos, orientações de organizações internacionais só podem vir a se tornar expectativa normativas se elas adentrarem o Direito brasileiro respeitando o princípio geral de inclusão. Com fulcro nesse raciocínio investigou-se como a OCDE vem intervindo na Administração Pública Federal brasileira.

A investigação que foi realizada até o momento sobre o relatório de Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal verificou que mesmo com a participação do governo brasileiro na construção das recomendações e propostas de ação (orientações/standards), não se identificou a conexão entre as orientações e os problemas sociais do Brasil, ou seja, a inclusão não estava presente entre os princípios orientadores do relatório.

Essa não identificação, como se pode verificar, ocorre pelo tipo de racionalidade que está presente nos princípios orientadores do relatório. Este voltado ao combate à corrupção e à transparência econômica da administração pública, contudo, os problemas que se observaram são relativos à ausência da análise das políticas públicas avaliadas pela OCDE. As três políticas públicas – A Receita Federal do Brasil, o Programa Bolsa Família e o Programa Nacional de DST/AIDS – analisadas não tiveram os diagnósticos dos problemas divulgados. Não tem como ter ciência se as recomendações propostas estão sendo apresentadas como soluções razoáveis ao problema social brasileiro.

Nesse ínterim, uma dogmática jurídica que reflita sobre a legitimidade de orientações/standards fomentados, construídos e avaliados em organizações internacionais é premente. Entretanto, essa dogmática tem que levar em consideração o contexto de um país periférico, como Brasil, pois a exclusão é parte

estruturante. O pressuposto basilar de qualquer orientação/standards deve ser um princípio geral de inclusão.

O Direito Administrativo Global possui um caráter plenipotenciário de transformação da ordem político-jurídica internacional. Para realizar esse intento, todavia, precisa refletir sobre o papel da legitimidade de orientações/standards construídos por organizações transnacionais a partir de uma perspectiva democrática e incluyente. Além de compreender o Estado-nação não com um óbice, mas um elemento central no processo de legitimação democrática de qualquer tipo de orientação/standards.

REFERÊNCIAS

ARTS, Bas. Non-state actors in global governance: Three faces of power, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 1, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B.. Crise econômica e crise do direito: a ineficiência dos direitos humanos e o modelo de desenvolvimento. Revista da Faculdade de Direito São Paulo, v. 105, p 495 – 508, jan/dez, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. ed. 32 – São Paulo: Malheiros, 2017.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, Neue Juristische Wochenschrift, p. 1529-153, 1974.

BOURDIEU, P. Sobre o Estado: Cursos no Collège de France (1989-92). São Paulo: Editora Schwarcz, 2014.

BRASIL. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. 2019. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional/ocde>

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise financeira global e depois: um novo capitalismo. REVISTA Novos Estudos, p. 51 – 72, 2010, disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2010/441-Crise-Financeira-Global-e-Depois-NovosEstudos.pdf> acessado: 07.02.2018.

CARVALHO, Laura; RUGITSKY, Fernando. Growth and distribution in Brazil the 21st century: revisiting the wage-led versus profit-led debate. Department of Economics, FEA-USP, Working Paper, 2015.

CARVALHO, Laura. Valsa brasileira: do boom ao caos econômico. São Paulo: Todavia, 2018.

CASSESE, S. Global Administrative Law: an introduction. Disponível em: <http://www.iilj.org/GAL/documents/GALCasebo-okBibliography.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

CASTELLS, M. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. (In: A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Acção Política - Conferência promovida pelo Presidente da República de Portugal. Organizado por Manuel Castells e Gustavo Cardoso). Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005.

CHIMNI, B. S.. Cooptação e Resistência: duas faces do Direito Administrativo

Global. in *Ensaio sobre Direito Administrativo Global e sua aplicação no Brasil*. Org. Michelle Rattón Badin. São Paulo: FGV Direito SP, p. 117-156, 2016

DILCHER, G. La città di Weber nella storiografia e nella globalizzazione: Weber's City in Historiography and Globalization. *SCIENZA & POLITICA per una storia delle dottrine*, v. XXVII, n. 53, p. 279–293, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. ed. 3^o. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DUMÉNIL, Gérard; LÉVY, Dominique. *A crise do neoliberalismo*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014.

DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo: EDIPRO, 2012.

ECHANIZ, N. A. Las consecuencias de la globalización en el derecho constitucional: aportaciones de la miríada de corrientes doctrinales. 2017.

ESTY, D. C. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, p. 1490–1562, 1 maio 2006.

ESTY, Daniel C. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 7, p. 1490–1562, 2006. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/10.2307/20455663?origin=crossref>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil: Ensaio de Interpretação Sociológica*. 5. ed. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2014.

FIGUEIREDO, Jackson Dnaja Nobre. intitulado Controle Judicial de Políticas Públicas e os Limites da Recepção/Tradução da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy no Brasil. in. *Direito Administrativo e Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais*. Curitiba: Íthala, p. 167-186, 2019,

FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Lutas pelos Direitos Sociais Globais: O delicado seria o mais grosseiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Foljanty, Lena, Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor (October 26, 2015). *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft. p. 89-107, 2015.

GABARDO, Emerson. O Princípio da eficiência. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>

GURRÍA, Angel. Prefácio in. OECD. OCDE - Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira, p. 3-4, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340 – 399, jan./jun. 2013.

HART, H. L. A.. O conceito de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. O direito democrático numa era pós-estatal: a questão política das fontes de direito. Amazon Publishing (Kindle Edition), 2018.

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. São Paulo: Editora Mestre JOU, 1968

HERNANDEZ, René F. U.. Global Administrative Law and the Global South. in CASSESE, Sabino (Org.). *Research Handbook On Global Administrative Law*, [s.l.], p.392-414, 2016. Edward Elgar Publishing.
<http://dx.doi.org/10.4337/9781783478460>.

HEYDEBRAND, W. Process Rationality as Legal Governance: A comparative perspective. *International Sociology*, v. 18, n. June 2003, p. 325–349, 2003.

INTOSAI. About us. 2019. Disponível em: <https://www.intosai.org>

JOERGES, C.; KJAER, P. F.; RALLI, T. A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation. *Transnational Legal Theory*, v. 2, n. 2, p. 153–165, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8º ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Kent Greenawalt, Policy, Rights, and Judicial Decision. In *Georgia Law Review*. v. 11, p. 991-1054, 1977.

KINGSBURY, B. The concept of “law” in global administrative law. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 23–57, 2009.

KINGSBURY, B.; DONALDSON, M.; VALLEJO, R. *Global Administrative Law and Deliberative Democracy*. [s.l.] Oxford University Press, 2016. v. 1

KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. The emergence of global administrative law. [s.l.] [School of Law, Duke University], 2005. v. 68

KUO, Ming Sung. The concept of “law” in global administrative law: A reply to Benedict Kingsbury. *European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, p. 997–1004, 2009.

KRISCH, Nico. *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*. *Ssrn Electronic Journal*, [s.l.], p.245-266, 2009. Elsevier BV.
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1344788>.

LASSALLE, F. A Essência da Constituição. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Alienação e Clandestinidade, ou o Rumo Perverso da Política. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – Ppgdir./ufrgs, [s.l.], v. 9, n. 1, p.106-122, 30 ago. 2014. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. <http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.47147>.

LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in) suficiente. Revista de Direito Administrativo, [s.l.], v. 273, p.287-311, 17 set. 2016. Fundacao Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66664>.

LUHMANN, N. O direito da sociedade. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016.

MARCELLY, Vera Thorstensen; GULLO, Fuzaro. O BRASIL na OCDE: membro pleno ou mero espectador? CCGI-Nº08 Working Paper Series MAIO DE 2018. 2018. Disponível em: <www.fgv.br>.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. DOI:10.5380/rinc.v4i1.50289.

MARIANO, Cynara Monteiro. Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

MELLO, Celso A. Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. Revista de Informação Legislativa, a. 35, nº 137, Brasília, p 255 – 264, 1998.

NEVES, M. A constitucionalização simbólica. 3º. ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, M. Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, M. Do transconstitucionalismo à transdemocracia. in. Democracia: da crise à ruptura, jogos de armar: reflexões para ação. Org. Roberto Bueno. São Paulo, Editora Max Limonad, p. 1097-1119, 2017.

NEVES, M. Transconstitucionalismo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

OECD. OECD - Avaliação da OCDE sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Federal Brasileira. 2011.

OCDE. Citizens as Partners. OECD, [s.l.], 11 out. 2001. OECD. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264195561-en>.

OCDE. Nuestra Proyección mundial. 2019 Disponível em:
<http://www.oecd.org/acerca/miembros-y-socios/>

OCDE. Strengthening Trust in Government: What Role for Government in the 21^o Century: Conclusions of a Meeting of the Public Governance Committee at Ministerial Level, Paris, 2005a.

OCDE. Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement. OCDE, 7 dez. 2005b. OECD. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264014008-en>.

OCDE. Focus on Citizens. OECD Studies On Public Engagement, maio 2009b. OECD. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264048874-en>.

OCDE. Promise and Problems of E-Democracy. OECD, 19 jan. 2004. OECD. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264019492-en>.

Osorio 2015. Desigualdade e Pobreza. In. Nota Técnica: PNAD 2014 -breves análises. 2015. Disponível em:
http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/151230_notatecnica_pnad2014.pdf

PAUL S., R. International Administrative Law and National Sovereignty. The American Journal of International Law, v. 3, n. 1, p. 1–45, 1909.

PINHEIRO, Armando Castelar; LINS, Paulo de Carvalho. Current Constraints on Growth. Brazil: boom, bust, and the road to recovery. Editors Antonio Spilimbergo and Krishna Srinivasan. Washington DC: International Monetary Fund, 2018.

RAMOS, Guerreiro. A nova ciência das organizações: uma reconceituação da Riqueza das Nações. São Paulo: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1981.

REGAN, M. C. Lawyers, Globalization, and Transnational Governance Regimes. The Annual Review of Law and Social Science, p. 133–152, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Tradução de Pietro Nasseti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

SANTOS, Bouventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. in. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Org. Boaventura de Sousa Santos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 39-84, 2002.

SHAPIRO, Scott J.. The: A Short Guide for the Perplexed. Ssrn Electronic Journal, [s.l.], p.1-54, 2007. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite*. São Paulo: LeYa, 2015.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2018.

SOUSA, Otavio Augusto Venturini de. Teorias do direito administrativo global e standards: desafios à estatalidade do direito. 2019. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27440>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

STEIN, Lorenz Von. Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht. in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, p. 395-442, 1875.

STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRAGTENBERG, Maurício. Burocracia e ideologia. São Paulo, SP: Ática, 1974

TORRANO, Bruno. Democracia e Democracia à Lei: entre Positivismo Jurídico, Pós-Positivismo e Pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TORRANO, Bruno. Pragmatismo no Direito: e a urgência de um "pós-pós-positivismo" no Brasil, 2018.

THORNHILL, C. The Sociology of Constitutions. Annual Review of Law and Social Science, v. 13, n. 1, p. 493–513, 13 out. 2017.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa: Rev. Técnica de Gabriel Cohn – Brasília, DF: EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, v. 1, 1999.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa: Rev. Técnica de Gabriel Cohn – Brasília, DF: EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, v. 2, 1999a.

WOLFE, Robert. From Reconstructing Europe to Constructing Globalization: The OECD in Historical Perspective. The OECD and Transnational Governance, n. July, p. 25–42, 2007.