

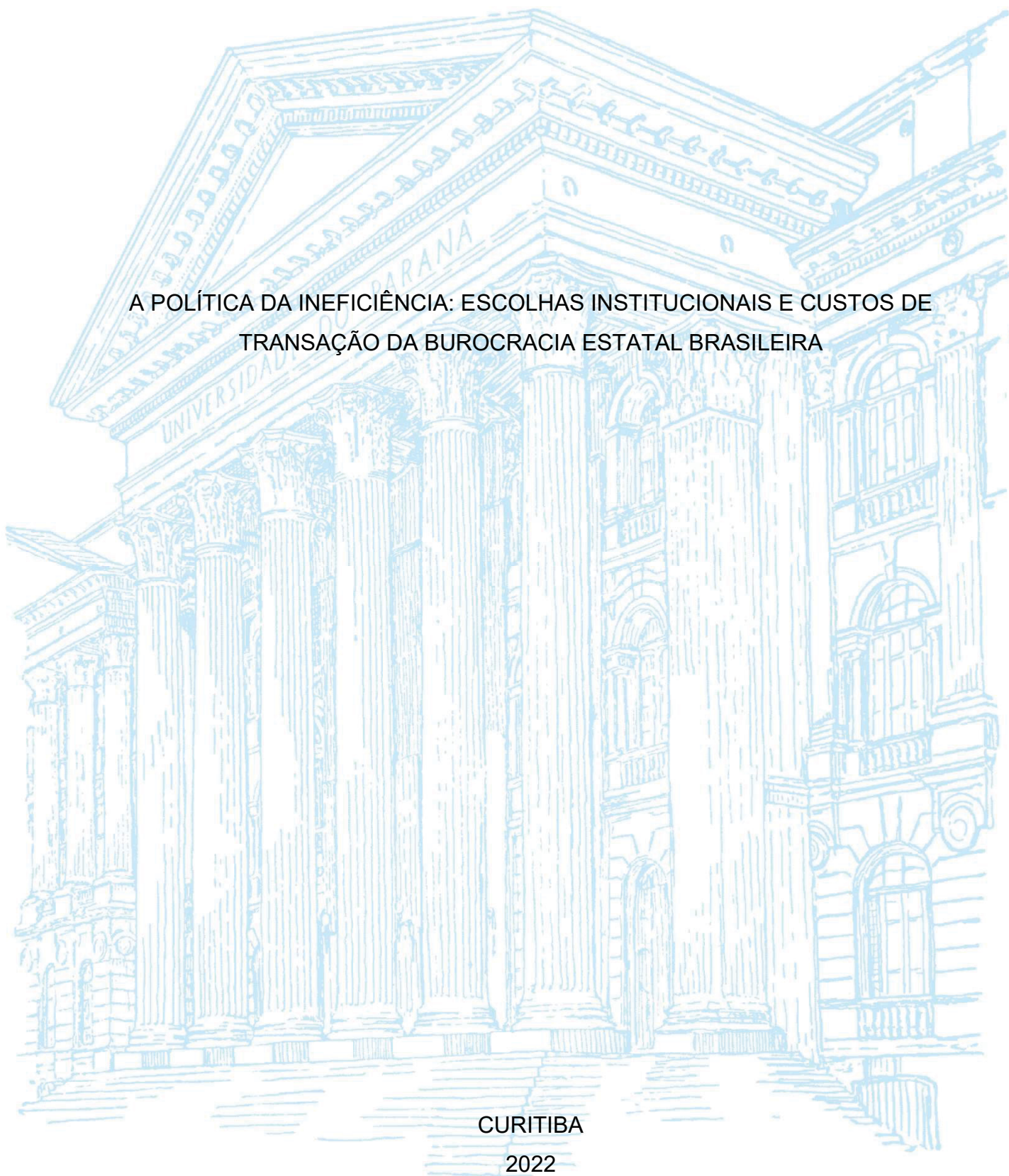
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO LUIZ GIONA JUNIOR

A POLÍTICA DA INEFICIÊNCIA: ESCOLHAS INSTITUCIONAIS E CUSTOS DE
TRANSAÇÃO DA BUROCRACIA ESTATAL BRASILEIRA

CURITIBA

2022



JOÃO LUIZ GIONA JUNIOR

A POLÍTICA DA INEFICIÊNCIA: ESCOLHAS INSTITUCIONAIS E CUSTOS DE
TRANSAÇÃO DA BUROCRACIA ESTATAL BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Economia, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Economia.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Luiz Curado

CURITIBA

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Giona Junior, João Luiz

A política da ineficiência : escolhas institucionais e custos de transação da burocracia estatal brasileira / João Luiz Giona Junior. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Economia.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Luiz Curado.

1. Direito administrativo. 2. Burocracia. 3. Eficiência (Serviço público). 4. Custos de transação. I. Curado, Marcelo Luiz. II. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Economia. III. Título.

Bibliotecária: Maria Lidiane Herculano Graciosa CRB-9/2008



TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação ECONOMIA da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **JOÃO LUIZ GIONA JUNIOR** intitulada: **A POLÍTICA DA INEFICIÊNCIA: ESCOLHAS INSTITUCIONAIS E CUSTOS DE TRANSAÇÃO DA BUROCRACIA ESTATAL BRASILEIRA**, sob orientação do Prof. Dr. MARCELO LUIZ CURADO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 12 de Agosto de 2022.

Assinatura Eletrônica

21/12/2022 08:10:35.0

MARCELO LUIZ CURADO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/12/2022 08:23:23.0

EGON BOCKMANN MOREIRA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

20/12/2022 20:37:34.0

VINICIUS KLEIN

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

RESUMO

Preocupações com a eficiência da administração pública são um tema recorrente na pauta legislativa nacional. A percepção social de que a burocracia estatal brasileira é ineficiente é corroborada por estudos do Banco Mundial que classificam o Brasil, quanto à eficácia governamental, na 133ª posição dentre 209 países. Propõe-se investigar se a eficiência da burocracia estatal brasileira é afetada por determinadas escolhas institucionais, a partir dos efeitos sobre os custos de transação que são impostos ao funcionamento da máquina estatal. A abordagem trata a burocracia estatal como uma forma alternativa de governança que tem por aptidão realizar determinados tipos de transação a custos mais baixos, mas que também está sujeita a falhas de funcionamento, assim como o mercado e as organizações privadas. Assim, as organizações públicas são vistas como nexos de contratos em sentido econômico, no âmbito das quais transações são ameaçadas por conflitos em potencial. Os agentes públicos são tratados como agentes econômicos, dotados de racionalidade limitada, comportamento oportunista e preferências ambíguas. Os diplomas legais representam contratos incompletos, em razão da impossibilidade de agregar, de maneira consistida e ordenada, todas as preferências sociais em estatutos redigidos antecipadamente. À luz desses pressupostos teóricos da economia dos custos de transação, realiza-se um exercício comparativo com os arranjos institucionais existentes em outros países. São selecionadas variáveis institucionais que podem ter efeito causal sobre os custos de transação e variáveis que podem indicar o nível desses custos na burocracia estatal de cada país. A comparação geral e análise das especificidades dos arranjos institucionais dos países parece identificar que as estruturas de governança no Brasil agravam os conflitos em potencial e não conferem o mesmo grau de proteção e adaptabilidade, penalizando a eficiência econômica.

Palavras-chave: Burocracia estatal. Eficiência. Custos de transação. Instituições. Direito administrativo.

ABSTRACT

Concerns about the efficiency of public administration is a recurring theme on the national legislative agenda. The social perception that the Brazilian state bureaucracy is inefficient is corroborated by World Bank studies that rank Brazil, in terms of governmental effectiveness, in the 133rd position among 209 countries. It is proposed to investigate whether the efficiency of the Brazilian state bureaucracy is affected by certain institutional choices, from the effects on the transaction costs that are imposed on the functioning of the state. The approach treats the state bureaucracy as an alternative form of governance that has the ability to carry out certain types of transactions at lower costs, but which is also subject to malfunctions, as are the market and private organizations. Thus, public organizations are seen as nexuses of contracts in an economic sense, in which transactions are threatened by potential conflicts. Public agents are treated as economic agents, affected by bounded rationality, opportunistic behavior and ambiguous preferences. Legal statutes represent incomplete contracts, due to the impossibility of aggregating, in a consistent and orderly manner, all social preferences in written codes in advance. In the light of these theoretical assumptions of transaction cost economics, a comparative exercise is carried out with the institutional arrangements existing in other countries. Institutional variables that can have a causal effect on transaction costs and variables that can indicate the level of these costs in each country's state bureaucracy are selected. The general comparison and analysis of the specificities of the institutional arrangements of the countries seems to identify that the governance structures in Brazil exacerbate potential conflicts and do not provide the same degree of protection and adaptability, penalizing economic efficiency.

Keywords: State bureaucracy. Efficiency. Transaction costs. Institutions.
Administrative law.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Evolução do indicador eficácia governamental (WGI) do Brasil	14
Gráfico 2 – Evolução do indicador eficácia governamental dos países selecionados	64
Gráfico 3 – Evolução do indicador de controle da corrupção (WGI) nos países selecionados	89
Gráfico 4 – Evolução do índice de percepção da corrupção nos países selecionados	90

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Diferentes atributos das estruturas de governança mercado, híbrida e hierarquia	31
Quadro 2 – Tradição do Estado de Direito europeu continental versus tradição anglo-saxônica do interesse público	37
Quadro 3 – Variáveis institucionais	49
Quadro 4 – Rankings dos países selecionados	66
Quadro 5 – Configuração institucional do Reino Unido.....	67
Quadro 6 – Configuração institucional da Alemanha	69
Quadro 7 – Configuração institucional dos Estados Unidos.....	70
Quadro 8 – Configuração institucional da França	72
Quadro 9 - Configuração institucional da Itália.....	74
Quadro 10 - Configuração institucional do Chile	76
Quadro 11 – Configuração institucional da Argentina	80
Quadro 12 – Configuração institucional do Brasil.....	82
Quadro 13 – Variações na forma de aconselhamento e representação judicial da Administração	86
Quadro 14 – Consolidação final	87

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

EC	- Emenda Constitucional
PEC	- Proposta de Emenda à Constituição
WGI	- <i>World Governance Indicators</i>
EFS	- Entidade Fiscalizadora Superior
DFID	- <i>Department for International Development</i>
EIU	- <i>Economist Intelligence Unit</i>
PRS	- <i>Political Risk Services</i>
TCU	- Tribunal de Contas da União
MP	- Ministério Público
AGU	- Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
1.1 JUSTIFICATIVA	12
1.2 OBJETIVOS	15
1.2.1 Objetivo geral	15
1.2.2 Objetivos específicos.....	15
1.3 METODOLOGIA.....	16
2 A RAZÃO DE SER DAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS: A BUROCRACIA ESTATAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE GOVERNAR TRANSAÇÕES	17
2.1 DO AMBIENTE INSTITUCIONAL ÀS INSTITUIÇÕES DE GOVERNANÇA	18
2.2 CUSTOS DE TRANSAÇÃO E PREMISSAS COMPORTAMENTAIS E COGNITIVAS	21
2.2.1 Custos de transação.....	21
2.2.2 Racionalidade limitada	23
2.2.3 Ambiguidade das preferências	25
2.2.4 Oportunismo.....	28
2.3 FORMAS ALTERNATIVAS DE GOVERNAR AS TRANSAÇÕES	29
2.3.1 O mercado e as organizações.....	30
2.3.2 Algumas vantagens comparativas da burocracia estatal.....	32
3 INSTITUIÇÕES DE GOVERNANÇA DA BUROCRACIA BRASILEIRA	36
3.1 LEGALIDADE E AMBIGUIDADE: OS ESTATUTOS COMO CONTRATOS INCOMPLETOS	38
3.2 DISCRICIONARIEDADE, CONTROLE, CONFLITO E ADAPTABILIDADE	43
3.3 ESCOLHAS INSTITUCIONAIS E INEFICIÊNCIA	46
4 ANÁLISE EMPÍRICA	48
4.1 VARIÁVEIS INSTITUCIONAIS.....	48
4.1.1 Modelos de revisão judicial dos atos da Administração	50
4.1.1.1 Jurisdição específica (ou dualidade de jurisdição)	51
4.1.1.2 Jurisdição comum aberta ou jurisdição comum limitada.....	53
4.1.2 Variações quanto à vinculação do Ministério Público.....	53
4.1.3 Modelos de entidade fiscalizadora superior	55
4.1.3.1 O modelo de <i>Westminster</i>	57
4.1.3.2 O modelo judicial ou napoleônico	58

4.1.3.3 O modelo de conselho ou colegiado.....	60
4.2 INDICADORES PARA OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	61
4.2.1 Variações na forma de aconselhamento e representação judicial da Administração.....	61
4.2.2 Percepção quanto à eficácia institucional.....	63
4.3 DADOS DOS PAÍSES SELECIONADOS.....	66
4.3.1 Reino Unido.....	67
4.3.2 Alemanha	68
4.3.3 Estados Unidos	70
4.3.4 França	71
4.3.5 Itália.....	74
4.3.6 Chile	76
4.3.7 Argentina	79
4.3.8 Brasil	81
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS.....	92
APÊNDICE – RANKINGS DOS PAÍSES.....	95

1 INTRODUÇÃO

1.1 JUSTIFICATIVA

Em 03/09/2020, foi submetida ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020, pelo Poder Executivo da União, que "altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa". Nos termos da justificativa que acompanha a proposta¹, o objetivo é conferir "maior eficiência, eficácia e efetividade à atuação do Estado", dada a percepção geral da população de que a burocracia estatal é cara e oferece poucos resultados em contrapartida:

Apesar de contar com uma força de trabalho profissional e altamente qualificada, a percepção do cidadão, corroborada por indicadores diversos, é a de que o Estado custa muito, mas entrega pouco. O país enfrenta, nesse sentido, o desafio de evitar um duplo colapso: na prestação de serviços para a população e no orçamento público. A estrutura complexa e pouco flexível da gestão de pessoas no serviço público brasileiro torna extremamente difícil a sua adaptação e a implantação de soluções rápidas, tão necessárias no mundo atual, caracterizado por um processo de constante e acelerada transformação. Torna-se imperativo, portanto, pensar em um novo modelo de serviço público, capaz de enfrentar os desafios do futuro e entregar serviços de qualidade para a população brasileira.

A preocupação com a eficiência da administração pública é um tema recorrente na pauta legislativa nacional. A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, já havia inserido o princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal, junto aos princípios mais fundamentais e estruturantes da administração pública brasileira, além de ter promovido diversas outras inovações e alterações no corpo da Carta Magna.

A exposição de motivos² da proposta que resultou na EC nº 19/1998 citava a necessidade de aumentar a eficiência do aparelho estatal "para superação definitiva da crise fiscal"; de substituir os controles formais pela avaliação permanente de resultados; de implantar técnicas de gestão voltadas para a eficiência e para o desempenho; de "romper com formatos jurídicos e institucionais rígidos e

¹ Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>>. Acesso em 25 out. 2021.

² Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>>. Acesso em 03 fev. 2020.

uniformizadores” e implantar “um novo desenho estrutural na Administração Pública brasileira”.

O fato de o tema retornar ao Congresso Nacional mais de vinte anos após a promulgação da EC nº 19/1998 indica que o apregoado objetivo de “incorporar a dimensão da eficiência na Administração Pública” parece não ter se realizado a contento.

Com a PEC nº 32/2020, pretende-se agregar ao texto constitucional, mais uma vez, novos princípios para reger o funcionamento da Administração Pública: imparcialidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, subsidiariedade e boa governança pública seriam incluídos ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que já constam no *caput* do art. 37 da Carta Magna.

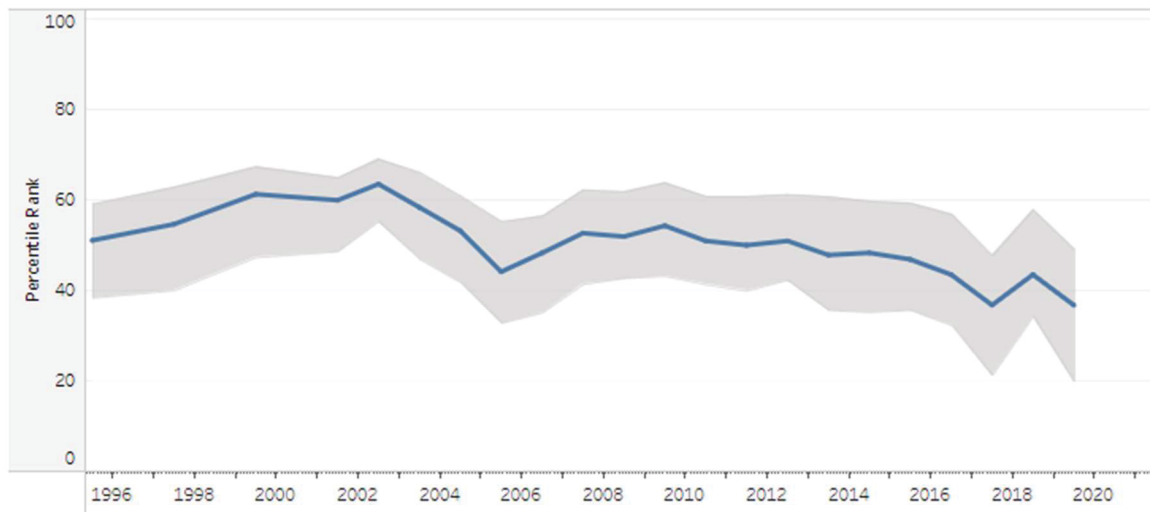
Sem adentrar no mérito dos pontos da PEC, fato é que o efeito concreto da inclusão dos referidos princípios é incerto, dado que são comandos muito genéricos e abstratos. Na tentativa de conferir um grau de concretude maior aos novos princípios, a justificativa da proposta recorre a afirmações genéricas com pouco efeito prático.

Tomando como exemplo o já referenciado princípio da eficiência, é possível afirmar que, no âmbito do direito, o efeito de sua inserção na Constituição Federal foi limitado. Nos tribunais judiciais, o princípio raramente é invocado para justificar o controle de algum ato ou norma administrativa. Pesquisa nos julgados do Supremo Tribunal Federal³ revela o conteúdo jurídico relativamente vazio do princípio. O termo não é conceituado com precisão e dificilmente é citado como fundamento determinante da decisão, mas sempre acompanhado de outros princípios de definição mais segura para os operadores do direito, como publicidade e impessoalidade. Em verdade, não seria demais supor que o resultado de todos esses julgamentos seria o mesmo, ainda que o princípio da eficiência não constasse do art. 37 da Constituição Federal.

³ Alguns exemplos: ADI 3.745, rel. min. Dias Toffoli, DJE de 1º-8-2013. RE 579.951, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJE de 24-10-2008. ADC 12, rel. min. Ayres Britto, DJE de 18-12-2009. HC 102.819, rel. min. Marco Aurélio, DJE de 30-5-2011. RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, DJE de 31-10-2014. RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, DJE de 31-10-2014. RE 635.739, voto do rel. min. Gilmar Mendes, DJE de 3-10-2014. ADI 3.386, rel. min. Cármen Lúcia, DJE de 24-8-2011. RE 612.975 e RE 602.043, rel. min. Marco Aurélio, Informativo 862, Temas 377 e 384.

Nesses mais de vinte anos, permanece a percepção da sociedade de que o Poder Público brasileiro é ineficiente. Com efeito, o gráfico reproduzido a seguir apresenta a evolução do Brasil no indicador agregado *government effectiveness* (eficácia governamental) do *World Governance Indicators – WGI* (Indicadores Mundiais de Governança), elaborado pelo Banco Mundial:

Gráfico 1 – Evolução do indicador eficácia governamental (WGI) do Brasil



FONTE: Banco Mundial (<http://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports>)

O gráfico acima mostra a evolução da classificação percentil do Brasil no indicador de eficácia governamental. A região cinza indica o intervalo de confiança de 90%. Em 1996, o Brasil pontuava melhor do que 50,82% de todos os países do levantamento (184 países). A melhor posição historicamente foi obtida em 2003, em que o Brasil obteve o percentil de 63,27%. Após isso, o indicador do Brasil regrediu e o último dado, de 2020, é de um percentil de 36,54%, o que o leva a ocupar a 133ª posição dentre 209 países.

O problema que se pretende enfrentar neste trabalho busca oferecer uma resposta para essa questão: por que não é possível impor a eficiência por lei, ainda que por meio do mais importante diploma legal da nação?

O estudo sugere que a resposta para essa questão pode ser oferecida pela economia, mais especificamente pela utilização de ferramental teórico microeconômico para revelar que a eficiência das organizações públicas não pode ser imposta, mas pode ser incentivada ou desincentivada. Agentes públicos devem ser vistos como agentes econômicos com tendências comportamentais e limitações

cognitivas e determinadas escolhas institucionais feitas no Brasil impõem arranjos de governança que determinam resultados economicamente ineficientes.

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo geral

O objetivo geral é demonstrar que a eficiência da burocracia estatal brasileira é afetada negativamente por determinadas escolhas institucionais que impõem custos de transação em estruturas de governança que não agregam proteção ou adaptabilidade em face de potenciais conflitos.

1.2.2 Objetivos específicos

- a) Demonstrar que a burocracia estatal é a forma alternativa de governança teoricamente mais apta à realização das transações típicas do setor público, por constituir o arranjo organizacional que potencialmente minimiza os custos de transação inerentes às atribuições estatais;
- b) Demonstrar que, a despeito de sua aptidão, as formas alternativas de governança estão sujeitas a falhas de funcionamento ou problemas de *design* institucional que comprometem sua eficiência, elevando os custos de transação;
- c) Demonstrar que algumas falhas de funcionamento da administração pública brasileira estão ligadas a escolhas institucionais feitas pelo legislador brasileiro que agregam incerteza às transações, resultante da associação entre a legalidade estrita, o sistema fundado na ambiguidade e a sobreposição e redundância das instâncias de monitoramento; e
- d) Demonstrar que outros desenhos institucionais são possíveis a partir do estudo comparativo com modelos vigentes em outros países.

1.3 METODOLOGIA

Pretende-se atingir os objetivos por uma abordagem qualitativa, a partir da análise de amostras para compreender a essência do fenômeno. A amostragem será não-probabilística, isto é, serão escolhidas intencionalmente, por acessibilidade e tipicidade.

Embora já tenham sido realizadas tentativas de mensurar os custos de transação (ver Masten, Meehan e Snyder, 1991), uma abordagem quantitativa esbarra no desafio de quantificá-los, dificuldade frequentemente apontada na literatura pelo fato de que custos de produção e transação se misturam e é virtualmente impossível dissociá-los em muitas atividades, ainda que conceitualmente sejam independentes: “um fazendeiro é um agente de gestão e vendas ou um trabalhador de campo que produz grãos? Todos os trabalhos têm elementos de produção e transação neles e parece uma tarefa impossível separá-los” (ALLEN, 2000, p. 911).

Essa dificuldade se estende à construção de modelos matemáticos formais abrangentes. Dixit aponta que os custos de transação não podem ser formalizados em um modelo unificado e elegante como os modelos de Arrow-Debreu ou de Bergson-Samuelson. Ao invés disso, é necessário construir vários pequenos modelos que tratam de partes separadas do processo, integrados por uma estrutura conceitual. Nesse sentido, Dixit traça um paralelo com o conceito de oligopólio:

Há tantas questões que surgem no estudo da competição entre um pequeno número de firmas que não há esperança de construir um modelo analítico único de oligopólio no mesmo nível do modelo de competição perfeita. Entretanto, a maioria das pessoas concordaria que o oligopólio permanece como um guarda-chuva conceitual útil para dar cobertura a uma ampla variedade de modelos que examinam questões específicas como o conluio tácito, compromissos estratégicos e preempção. (1996, p. 35)

Considerando essas limitações, no presente trabalho será realizado um exame comparativo de formas alternativas de governança que sejam factíveis e seus custos de transação diferenciais, avaliados por variáveis *proxy*, conforme sugerido por Williamson (1996, p. 5).

2 A RAZÃO DE SER DAS ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS: A BUROCRACIA ESTATAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE GOVERNAR TRANSAÇÕES

O presente capítulo tem por objetivo revisar os conceitos existentes na literatura que apresentam a burocracia estatal como uma forma alternativa de governança institucionalmente estruturada para realizar determinados tipos de transações a custos mais baixos.

Como destaca Williamson (1999, p. 312), a burocracia estatal tem uma reputação mista na economia. Em um dos extremos, reside a antiga tradição das finanças públicas de economistas como Arthur Pigou e Richard Musgrave, que visualizam as agências governamentais como oniscientes, onipotentes e benevolentes. No extremo oposto, tem-se a visão econômica dos direitos de propriedade, em que a burocracia estatal seria um refúgio para a ineficiência, que somente poderia ser solucionada com a definição correta dos direitos de propriedade e a privatização da atividade.

A realidade, entretanto, é muito mais complexa e não permite o seu enquadramento em uma dicotomia com limites tão bem estabelecidos. Mercados e governos têm suas falhas, e os observadores e analistas desses sistemas imperfeitos também tem suas limitações (Dixit, 1996, pp. 1-2).

A economia dos custos de transação enxerga as agências governamentais como **formas alternativas de governança** que são adequadas para alguns propósitos e inadequadas para outros. Para identificar quais são essas transações e onde a burocracia estatal se encaixa no esquema geral das organizações econômicas, primeiramente é necessário:

...suplantar a ideia da agência governamental como uma entidade benigna e técnica (caracterizada por custos de produção) pelo conceito de agência governamental como uma entidade organizacional falha (caracterizada por custos de transação). ... Como todos os modos de organização viáveis são falhos, as forças e fraquezas de cada alternativa precisam ser avaliadas comparativamente. Os atributos discretos que definem e distinguem a burocracia estatal e são responsáveis por suas competências e limitações devem ser, portanto, identificadas e explicadas. Nesse sentido, os motivos pelos quais as firmas privadas não são capazes de replicar as agências governamentais é um enigma que precisa ser enfrentado. (WILLIAMSON, 1999, p. 307).

No dizer de Dixit, é necessário “abrir a caixa preta e examinar o verdadeiro funcionamento do mecanismo interno” (Dixit, 1996, p. 9).

2.1 DO AMBIENTE INSTITUCIONAL ÀS INSTITUIÇÕES DE GOVERNANÇA

O ambiente institucional constitui o ponto a partir do qual são desenhadas as instituições que governarão a forma como as transações se darão, isto é, as estruturas de governança.

As instituições consistem de um conjunto de restrições ao comportamento que assumem a forma de normas legais, morais, éticas e comportamentais. Essas restrições são desenvolvidas por seres humanos e dão forma às interações humanas, são as “regras do jogo em uma sociedade”, na expressão de North (1992, p. 477).

Instituições afetam a performance econômica das sociedades. “Mercados eficientes são a consequência de instituições que viabilizam, com baixo custo, a mensuração e o cumprimento forçado dos contratos” (NORTH, 1992, p. 479).

Essas instituições referenciadas por North compõem o nível chamado de ambiente institucional e tem por enfoque relacionar o desempenho econômico de nações às escolhas institucionais das regras que permeiam todo o agregado de transações de uma sociedade. Um segundo nível, mais microanalítico, é aquele das instituições de governança, que é estruturado de acordo com as restrições impostas pelo ambiente institucional. Tendo o ambiente institucional como dado, os agentes econômicos propositadamente alinham transações com estruturas de governança para economizar em custos de transação. Portanto, uma estrutura de governança pode ser definida como um *framework* institucional em que se resolve a integridade de uma transação ou de um conjunto relacionado de transações (WILLIAMSON, 1996, p. 4-5).

A transação é, portanto, a **unidade fundamental de análise** da economia dos custos de transação, abordagem que teve início em Commons. Em busca de uma unidade de atividade que fosse comum ao direito, à economia e à ética, Commons identificou três princípios que representam similaridades de causa, efeito ou propósito comuns a essas áreas: o conflito, a mutualidade e a ordem.

As cortes jurídicas lidam com os interesses conflitantes que nascem das relações humanas. Mas a teoria econômica, nascida a partir das relações do homem com a natureza, não tinha os conflitos de interesse dentre suas unidades de investigação, que eram os bens e os indivíduos. Essas unidades produziam, de fato,

uma harmonia de interesses ao invés de um conflito. Portanto, a unidade definitiva a ser buscada deveria tratar do conflito de interesses:

Mas isso não é suficiente. A unidade definitiva de atividade deve ser também uma unidade de interesses mutuamente dependentes. As relações humanas são tanto de interdependência quanto de conflito. E ainda, essa unidade definitiva deve ser uma que não apenas esteja continuamente se repetindo, com variações, mas também uma cujas repetições os participantes tenham a expectativa de continuar no futuro de forma substancialmente similar a como elas são no presente e como foram no passado. A unidade precisa conter uma segurança das expectativas. Portanto, a unidade definitiva de análise que correlaciona o direito, a economia e a ética precisa conter em si mesma os princípios do conflito, da mutualidade e da ordem. Essa unidade é a transação. (John R. Commons: selected essays: volume 2, p. 438)

Williamson partiu do conceito de transação de Commons para identificá-la como unidade básica de análise da nova economia institucional (ou economia dos custos de transação) e define a governança como os meios pelos quais a **ordem é obtida em uma relação em que o conflito potencial ameaça desfazer ou perturbar oportunidades para realização de ganhos mútuos** (1999, p. 312).

Todos os agentes econômicos efetuam trocas (as transações). O argumento de Coase demonstrou que as empresas e o mercado são formas alternativas de organização para governar transações – ou “coordenar a produção”, na expressão do próprio Coase. Por que os agentes econômicos efetuam certas transações em mercado e outras são internalizadas em organizações (privadas, públicas ou de terceiro setor)? Porque essas transações não ocorrem a custo zero e a forma como os agentes operam as mesmas transações interfere significativamente no custo:

Fora da firma, os movimentos de preço direcionam a produção, que é coordenada por meio de uma série de transações de troca em mercado. Dentro da firma, essas transações de mercado são eliminadas e a complicada estrutura de mercado é substituída pelo empreendedor-coordenador, que direciona a produção. É claro que esses são métodos alternativos de coordenar a produção. ... A principal razão pela qual é lucrativo estabelecer uma firma parece ser o fato de que há um custo em usar o mecanismo do preço. ... Ao formar uma organização e permitir algum grau de autoridade ao empreendedor para direcionar os recursos, certos custos de mercado são economizados. O empreendedor desempenha sua função levando em conta o fato de que ele pode conseguir fatores de produção a preços inferiores aos das transações de mercado que ele suplanta. (Coase, 1937, pp. 390-393)

Por outras palavras, na perspectiva inicial de Coase, os agentes econômicos têm custos para recorrer ao mercado. Se o custo de internalizar a transação é inferior

ao custo de transacionar no mercado, a tendência será de os agentes econômicos coordenarem essas relações por meio de uma organização. Um dos fatores que influenciam nesse custo diferenciado foi sinalizado pelo próprio Coase, antecipando o *insight* que iria levar ao desenvolvimento da nova economia institucional: “transações de trocas realizadas em mercado e as mesmas transações organizadas dentro de uma firma são tratadas de forma diferente por governos ou outros órgãos com poderes regulatórios” (Coase, 1937, p. 393).

Em mercado, os agentes econômicos efetuam suas trocas por meio de contratos. Coase definiu as firmas como sistemas de relacionamentos. As organizações – inclusive as públicas – são regidas por contratos mais amplos (contratos sociais, estatutos, etc.) ou por **nexos de contratos**. Não se trata do conceito jurídico de contrato, mas de uma concepção estritamente econômica, em que o contrato é visto como promessa de troca de direitos de propriedade entre agentes econômicos. Entenda-se direito de propriedade aqui também em sentido seu econômico mais amplo, como a possibilidade de exercer livremente a escolha sobre um bem ou serviço.

Nessa perspectiva, o negócio celebrado em mercado entre duas partes para a transferência da propriedade de um automóvel (contrato de compra e venda) constitui uma transação. Da mesma forma, o vínculo do servidor público com um ente federado qualquer também caracteriza um contrato em sentido econômico, na medida em que a adesão a determinado estatuto caracteriza uma promessa de cumprimento de certas atribuições em troca de uma remuneração. Nesse sentido, embora juridicamente sejam instrumentos muito diferentes, a adesão de um servidor a um determinado estatuto e um contrato celebrado em mercado entre dois particulares para a prestação, por exemplo, de serviços contábeis, caracterizam igualmente transações econômicas de direitos de propriedade.

Assim, a organização hierárquica “é uma continuação das relações de mercado por outras formas”, que tem por maior propósito e efeito economizar em custos de transação (Williamson, 1996, p. 108).

Portanto, o que diferencia as formas alternativas de organização são as respectivas estruturas de governança desenhadas para realizar determinados propósitos a custos de transação relativamente mais baixos. A governança surge como o conjunto de instrumentos institucionais por meio dos quais se busca conferir

ordem e mitigar os riscos de potenciais conflitos que ameaçam as oportunidades de realização de ganho mútuo nas transações (WILLIAMSON, p. 11-12).

Para como instituições de governança diferenciadas são capazes de produzir esses efeitos, é necessário conceituar custos de transação e estabelecer quais são as suas causas.

2.2 CUSTOS DE TRANSAÇÃO E PREMISSAS COMPORTAMENTAIS E COGNITIVAS

2.2.1 Custos de transação

Como já visto no tópico anterior, a noção de custos de transação foi inicialmente desenvolvida por Ronald Coase para explicar a razão econômica pela qual algumas transações são realizadas em mercado e outras são internalizadas em firmas. Ocorre que Coase não definiu precisamente o que seriam os custos de transação e os exemplos utilizados em seu trabalho seminal sobre direitos de propriedade sugeriam que se tratava de um fenômeno que ocorria apenas em mercado: o custo de recorrer ao mecanismo do preço.

Muito genericamente, é possível definir custos de transação como os custos para estabelecer e manter os direitos de propriedade. Frequentemente se assume, algumas vezes de maneira tácita, que os direitos de propriedade estão bem definidos e que as cortes judiciais aplicam a justiça sem custos. Entretanto, em mercado, as partes contratantes precisam se encontrar, se comunicar e trocar informações. Pode haver a necessidade de descrever, inspecionar e medir os bens a serem transferidos, desenhar contratos, estabelecer salvaguardas, consultar advogados ou outros especialistas, transferir títulos, manter registros. Em alguns casos, o cumprimento do contrato precisa ser forçado por meio de ações judiciais e quebras contratuais podem levar a litígios. Todos os custos decorrentes dessas necessidades são custos de transação (ALLEN, 2000, p. 902-906).

A generalização do argumento de Coase para as transações econômicas que ocorrem internamente às organizações é atribuída a Steven Cheung:

Cheung, ao analisar o arrendamento compartilhado e oferecer o primeiro exemplo contratual do teorema de Coase, argumenta explicitamente que a escolha do contrato depende dos custos de transação dos diferentes contratos. Esses custos de transação são claramente internos, e não apenas custos de mercado. O trabalho de Cheung inspirou Stiglitz (1974) e dá início à literatura do agente-principal, mas também estabelece o precedente de pensar custos de transação através dos mercados e internos à firma – um tema que é fortemente articulado em Williamson. (ALLEN, 2000, p. 896-897).

A partir desse ponto, os custos de transação passam a ser vistos como presentes não somente naquelas transações em que há transferência de direitos de propriedade em mercado, mas **em toda transação em que um bem ou serviço é transferido** através de uma “interface tecnologicamente separada”, quando um estágio da atividade termina e outro começa (WILLIAMSON, 1981, p. 552).

Em uma analogia bastante útil para a compreensão, o custo de transação pode ser concebido como o equivalente econômico ao atrito e à perda de energia⁴ que ocorre em sistemas mecânicos:

Em uma interface em bom funcionamento, assim como em uma máquina em bom funcionamento, essas transferências ocorrem de maneira suave. Em sistemas mecânicos nós procuramos por fricções: as engrenagens engrenam, as partes estão lubrificadas, há deslizamento desnecessário ou outra perda de energia? A contraparte econômica da fricção é o custo de transação: as partes que vão efetuar a trocar operam harmoniosamente, ou há desentendimentos constantes e conflitos que levam a atrasos, rompimentos e outros defeitos? A análise dos custos de transação suplanta a preocupação usual com os gastos com tecnologia e produção em estado estacionário (ou distribuição) com o exame dos custos comparativos de planejar, adaptar e monitorar a conclusão da tarefa em estruturas de governança alternativas. (WILLIAMSON, 1981, pp. 552-553).

A comparação entre o conceito de custo de transação de Williamson, delineada acima, com o conceito de North evidencia a diferença de escopo analítico entre as duas abordagens. North os define como os custos de mensurar os atributos de valor daquilo que está sendo trocado, proteger os direitos de propriedade e policiar e forçar o cumprimento de contratos para então investigar o efeito que o ambiente institucional tem sobre esses mesmos custos e, conseqüentemente, sobre a performance econômica das nações (NORTH, 1992, p. 478). No caso de Williamson, o foco desce do macro para o micro: o ambiente institucional é tratado como premissa

⁴ Rigorosamente, não há perda de energia em sistemas físicos ou mecânicos em razão da lei da conservação da energia. Energia química pode se converter em energia térmica e energia cinética, por exemplo. O que ocorre é a conversão em energia que não é mais útil para o funcionamento daquele sistema físico ou mecânico em específico.

e o objetivo é avaliar a evolução das estruturas de governança para lidar com os custos de transação.⁵

Essas ineficiências surgem nas transações pelo fato de que os agentes econômicos que realizam as trocas são humanos. Independente da literatura que se consulte, a raiz do fenômeno é sempre associada ou tem como denominador comum, na identificação de sua causa, algum **elemento cognitivo ou comportamental**. A ignorância, por exemplo, é uma causa frequentemente mencionada: as necessidades de comunicação e negociação, o estabelecimento de contratos e os riscos de fraude seriam consequências do fato de que o conhecimento é incompleto e não comum (ALLEN, 2000, p. 906).

Simon, March e Williamson investigaram a fundo esses elementos humanos que afetam as transações entre os agentes econômicos. Para os propósitos e o alcance desse trabalho, serão abordados três pressupostos comportamentais ou cognitivos descritos por esses autores:

- a) a racionalidade limitada, desenvolvida por Herbert A. Simon;
- b) a ambiguidade das escolhas, desenvolvida por James G. March; e
- c) o oportunismo dos agentes, desenvolvido por Williamson;

Essas premissas cognitivas e comportamentais desafiam duas ficções: de que os contratos podem ser celebrados de forma abrangente e completa (*comprehensive ex ante contracting*) e a visão do contrato como promessa, segundo a qual os agentes econômicos vão cumprir fielmente com seus compromissos contratuais.

2.2.2 Racionalidade limitada

⁵ Importante ressaltar que o presente trabalho se prende a um conceito estritamente econômico de custos de transação. Há na literatura uma linha que trata de “custos políticos de transação”, inaugurada por Terry Moe (1984), segundo a qual as escolhas feitas por agentes políticos ao tratar da organização institucional da burocracia estatal não levam em consideração a eficiência econômica comparativa entre determinados arranjos organizacionais, mas sim os custos de oportunidade políticos. Por essa linha, em cada escolha dessa natureza, os agentes políticos efetuam uma avaliação em termos de votos, chances de coalização ou discricionariedade estatal que se ganha ou perde. Entende-se que os fatores mencionados por Moe ajudar a compreender as razões pelas quais algumas (ou muitas) escolhas institucionais são feitas na burocracia estatal, mas as consequências sobre o funcionamento da máquina ainda seriam custos de transação no sentido econômico do termo.

De acordo com Simon, a racionalidade limitada faz com o que o comportamento seja **intencionalmente racional, mas apenas de maneira limitada**. O número de alternativas que um único indivíduo isolado precisaria explorar, o volume de informação que ele precisaria avaliar é tão vasto que se torna difícil conceber uma racionalidade absoluta em seu comportamento. Os limites à racionalidade são impostos por pelo menos três circunstâncias: a incompletude do conhecimento, as dificuldades de antecipar o valor emocional das consequências e o escopo de possibilidades comportamentais (SIMON, 2013, pp. 111-113).

A racionalidade requer um conhecimento completo e a antecipação de todas as consequências que se seguirão em cada escolha, mas o conhecimento das condições que cercam a sua ação é sempre fragmentário. O indivíduo tem apenas uma ligeira percepção das leis que governam a causalidade e que permitiriam a ele deduzir as futuras consequências a partir do conhecimento das circunstâncias presentes.

A despeito das restrições ao conhecimento, os seres humanos se empenham em se comportar racionalmente e desenvolveram alguns processos para superar parcialmente essa dificuldade. Esses processos consistem em isolar do resto do mundo um sistema isolado que contém apenas um número limitado de variáveis e consequências:

Apenas aqueles fatores que estão conectados de forma mais próxima com a decisão em causalidade e tempo podem ser levados em consideração. O problema de descobrir quais fatores são, e quais não são, importantes em uma dada situação é tão essencial para a escolha correta quanto o conhecimento das leis empíricas governando aqueles fatores que são finalmente selecionados como relevantes. A escolha racional vai ser viável na medida em que o conjunto limitado de fatores em que cada decisão vai ser baseada corresponda, em natureza, a um sistema fechado de variáveis – isto é, na extensão em que estejam ausentes efeitos indiretos significativos. (SIMON, 2013, p. 114).

A dificuldade de antecipar o valor emocional das consequências é o segundo limite à racionalidade apontado por Simon. Tendo em vista que as consequências das decisões residem no futuro, a imaginação precisa suprir a falta de percepção de valor que apenas a experiência poderia proporcionar, de modo que os valores também são antecipados de maneira imperfeita. Note-se que isso não resulta somente da falha de antecipação, pois mesmo quando as consequências de uma decisão tenham sido descritas de maneira bastante completa, antecipá-las mentalmente dificilmente age

com a mesma forma sobre as emoções do que experimentá-las efetivamente. “É um lugar comum da experiência que um prazer antecipado pode ser muito diferente de um prazer realizado” (SIMON, 2013, p. 114).

A razão disso é que a mente humana não consegue, em um único momento, contemplar todas as consequências em sua integralidade. O foco de atenção muda de um valor para outro e essas alterações trazem consigo mudanças nas preferências. A valoração, portanto, é limitada em sua precisão e consistência pelo poder do indivíduo de traçar os variados elementos de valor na consequência imaginada e conferir a eles, na antecipação, o mesmo peso que teriam ao experimentá-la.

Finalmente, o exercício da racionalidade requer uma escolha entre todos os comportamentos alternativos possíveis, mas apenas algumas poucas alternativas são efetivamente cogitadas pelo agente no momento da decisão:

A imaginação também falha em conceber todos os possíveis padrões de comportamento que o indivíduo poderia adotar. O número de coisas que um homem, restrito apenas por limitações físicas e biológicas, poderia fazer em um intervalo de apenas um minuto é inconcebível. ... De todos esses possíveis movimentos, apenas alguns vem à mente em qualquer momento como alternativas comportamentais possíveis. Como cada alternativa tem consequências distintas, conclui-se que muitos conjuntos de possíveis consequências nunca alcançam o estágio de avaliação, dado que não são reconhecidas como possíveis efeitos das alternativas de comportamento disponíveis. (SIMON, 2013, p. 115).

O conceito de racionalidade limitada de Simon revela as restrições severas ao conhecimento e à capacidade computacional do tomador de decisão no mundo real.

2.2.3 Ambiguidade das preferências

A decisão racional envolve fazer suposições sobre as consequências futuras das ações presentes e também acerca das preferências futuras sobre essas consequências. Geralmente se assume que as preferências futuras são exógenas, estáveis e conhecidas com precisão adequada. Entretanto, preferências individuais parecem ser difusas e inconsistentes ao longo do tempo, em parte em razão das próprias consequências das ações tomadas. Além disso, no caso de decisões coletivas, há o problema de agregar os objetivos conflitantes que representam valores de diferentes participantes (March, 1978, p. 35).

A ambiguidade se refere a uma falta de clareza de consistência na realidade, na causalidade ou na intencionalidade. Situações ambíguas são situações que não podem ser codificadas com precisão em categorias mutuamente exaustivas e exclusivas. Propósitos ambíguos são intenções que não podem ser especificadas com clareza. Identidades ambíguas são identidades cujas regras ou ocasiões de aplicação são imprecisas ou contraditórias. (March, 2009, p. 152).

March diferencia a ambiguidade da incerteza, embora estejam relacionadas. A incerteza é a imprecisão nas estimativas sobre consequências futuras dependentes de ações presentes. A ideia implícita é de que há um mundo real, imperfeitamente compreendido, mas que pode ser especificado em estados mutuamente exaustivos e exclusivos. A incerteza sobre esse estado será reduzida pelo desenrolar da informação ao longo do tempo.

Na ambiguidade, por outro lado, os estados alternativos são nebulosamente definidos ou tem múltiplos significados ou interpretações simultaneamente opostas. A chegada da informação não resolverá a falta de clareza, as interpretações da experiência e dos desejos podem ser fundamentalmente ambivalentes, e não simplesmente incertas, e a ambiguidade pode ser usada para aumentar o entendimento através da imaginação (March, 2009, p. 152).

Para os efeitos deste trabalho, interessa em especial as ambiguidades das preferências humanas. Nesse sentido, March destaca que teorias formas de escolha inferem preferências a partir das escolhas. “A premissa fundamental é que uma função de utilidade bem comportada pode ser descoberta em um conjunto de escolhas” (2009, p. 160). Para tanto, pressupõe-se que as preferências apresentam três propriedades muito restritivas: que sejam estáveis, consistentes e exógenas.

March relaciona uma série de razões que demonstram que as **preferências não são estáveis, consistentes e exógenas**:

- a) Preferências são determinadas, em parte, de maneira endógena – a experiência decorrente das consequências das ações adotadas em função das preferências presentes afeta as preferências futuras.
- b) Preferências são descobertas ou construídas ao longo do tempo – ações e preferências são definidas conjuntamente no presente em parte para descobrir ou construir novas preferências que são atualmente desconhecias.

- c) Preferências são tratadas estrategicamente – objetivos que são expressados são diferentes dos resultados que se pretende atingir em razão da crença de que o resultado final vai refletir apenas parcialmente as intenções iniciais.
- d) Preferências são confusas ou contraditórias – algumas preferências são pareadas e o mesmo resultado é julgado como atraente e repulsivo, sem que disso resulte o cancelamento mútuo e a indiferença. Em verdade, há o desejo de experimentar simultaneamente o resultado como prazer e dor, amor e ódio.
- e) Preferências são evitadas – os agentes estão preparados para agir de maneira inconsistente com suas preferências e a manter essa inconsistência se ela for evidenciada.
- f) As mudanças nas preferências são antecipadas – ao contemplar as consequências futuras de suas ações, os agentes sabem que suas atitudes em face dos resultados podem mudar substancialmente, de modo que ações são adotadas no presente para manter outras opções futuras quando as preferências forem mais claras.
- g) Preferências são omitidas – a formulação explícita de preferências consistentes é evitada para que não haja tentativa de manipulação dos gostos por terceiros. (1978, pp. 42-44).

Disso resulta que pessoas e instituições sociais são ambíguas em suas preferências. Mais do que isso, importante ressaltar, pessoas e instituições são **deliberadamente** ambíguas em suas preferências. Indivíduos e organizações estão cientes da extensão em que algumas de suas preferências conflitam com outras de suas próprias preferências, mas não buscam resolver essas inconsistências ou optam por afirmar suas preferências de maneiras que carecem de precisão:

Por que uma pessoa ou instituição inteligentemente escolheria ter gostos ambíguos? Primeiro, seres humanos reconhecem em seu comportamento que há limites para a integração pessoal e institucional dos gostos. Eles sabem que, independente de quanto sejam pressionados, eles ficarão com desejos contraditórios e intermitentes parcialmente ordenados e imperfeitamente reconciliados. Segundo, seres humanos reconhecem implicitamente as limitações de agir racionalmente de acordo com as suposições presentes. (...). Terceiro, os seres humanos reconhecem que os gostos são construídos ou desenvolvidos por um confronto constante de preferências e ações que são inconsistentes com elas, e entre preferências conflitantes. (...). Embora persigam alguma consistência, a inconsistência é

vista como um aspecto normal, e necessário, para o desenvolvimento e a clarificação dos gostos.

Portanto, na visão de March, essa ambiguidade global, assim como a racionalidade limitada, não é necessariamente uma falha da escolha humana a ser corrigida, mas frequentemente uma forma de inteligência.

2.2.4 Oportunismo

Williamson elaborou a premissa comportamental do oportunismo a partir da noção de perseguição de subobjetivos (*subgoal pursuit*), que foi inicialmente desenvolvida por March e Simon em 1958 na obra *Organizations*. Segundo a ideia do *subgoal pursuit*, os membros de uma organização avaliam suas ações tendo em vista somente subobjetivos, ainda que esses conflitem com os objetivos da organização como um todo. As causas seriam as percepções seletivas, a exposição parcial aos problemas da organização e os reforços intragrupos.⁶ Disso resultaria distorções nos objetivos, processos de barganhas e formação de coalizações dentro da organização (Williamson, 1995, p. 181).

O conceito de oportunismo dos agentes, entretanto, vai além da formulação de March e Simon ao assumir que os agentes econômicos perseguem interesses próprios ou egoístas e isso pode levar à malícia ou à desonestidade. Nesse sentido, os agentes econômicos podem divulgar informações de maneira seletiva ou distorcida e esforços calculados para enganar, confundir ou ofuscar são possíveis (Williamson, 1996, p. 56).

Williamson afirma que o oportunismo é uma premissa comportamental de alcance e importância tão profundos que merece o mesmo *status* da racionalidade limitada em qualquer esforço de análise sob a ótica da economia dos custos de transação. Isso porque as consequências do oportunismo sobre os contratos são

⁶ Posteriormente, na obra *Administrative Behavior* (2013), Simon associa a formação de subobjetivos à racionalidade limitada, como consequência do fato de que os altos objetivos da organização proporcionam poucas diretrizes para a ação. Decisões tendem a ser tomadas considerando os objetivos mais altos que sejam operacionais – os objetivos mais gerais para as quais possam ser associadas atividades de uma forma definida e aquelas que fornecem alguma base para que possa ser avaliado o sucesso (pp. 315-317).

igualmente relevantes e podem ser nitidamente **diferenciadas** das consequências da racionalidade limitada:

... Assim como a ausência de racionalidade limitada invalidaria a necessidade de organização interna, dado que todos os acordos relevantes poderiam ser concentrados em uma contratação completa *ex-ante*, da mesma forma a ausência de oportunismo eliminaria a necessidade de adicionar salvaguardas, pois o 'contrato como promessa' poderia ser usado para aniquilar defeitos *ex-post* mesmo de contratos incompletos. (Williamson, 1996, p. 44).

Se os agentes, ainda que limitados racionalmente, fossem totalmente confiáveis, a contratação plena seria factível e possivelmente seria observada. Na ocorrência de eventos não antecipados, principais e agentes poderiam contornar o conflito invocando reciprocamente princípios de boa-fé nos negócios. Esse tipo de solução não funciona, entretanto, porque há a certeza de que pelo menos alguns agentes econômicos serão desonestos e é muito custoso para distinguir tipos oportunistas de não oportunistas *ex-ante* (WILLIAMSON, 1981, p. 554).

Os pressupostos cognitivos e comportamentais apresentados acima (racionalidade limitada, ambiguidade das preferências e oportunismo dos agentes) implicam algumas conclusões:

1. Colher informações, processar as informações e tomar as decisões impõe custos;
2. Todos os contratos complexos são inevitavelmente incompletos;
3. Ainda que completos fossem, aquilo que foi contratado está sujeito a distúrbios posteriores.

A despeito das suas limitações, os agentes econômicos são capazes de antecipar essas ameaças e incorporar elementos no desenho contratual voltados especificamente para economizar nos custos decorrentes dessas circunstâncias. Assim nascem formas alternativas de governar as transações, que constituem estruturas institucionais que visam facilitar o preenchimento de lacunas, a resolução de conflitos e a adaptação.

2.3 FORMAS ALTERNATIVAS DE GOVERNAR AS TRANSAÇÕES

2.3.1 O mercado e as organizações

O mercado e as organizações são estruturas desenhadas institucionalmente para governar as transações entre os agentes econômicos. Em mercado, essas transações se dão por meio de contratos no sentido jurídico estrito do termo. Nas organizações – privadas, públicas ou de terceiro setor – essas transações são organizadas também por inúmeras outras formas de vinculação jurídica – estatutos, regulamentos, contratos sociais, convênios, contratos de trabalho etc. – que representam todos, de um ponto de vista exclusivamente econômico, contratos, formas diferentes para se instrumentalizar trocas econômicas. As organizações podem ser entendidas, assim, com nexos de contratos.

Ao organizar as transações, almeja-se obter a ordem em face de conflitos potenciais que ameaçam a oportunidade para realização de ganhos mútuos. Dito de outra forma, o objetivo é organizar as transações para economizar nos custos de transação, mitigando os efeitos decorrentes da racionalidade limitada e salvaguardando as transações das ameaças do oportunismo dos agentes (WILLIAMSON, 1996, p. 48).

Muitos conflitos em potencial são antecipados pelos agentes econômicos. Onde há uma oportunidade para o roubo, o desvio ou o engano, há também uma oportunidade para a prevenção e a proteção (ALLEN, p. 898). Estruturas de governança institucionalmente bem desenhadas podem prescrever, desde já, esses mecanismos de proteção e prevenção, circunstância que reduz os custos de transação e faz com que as trocas econômicas sejam realizadas com mais eficiência. Para o caso de transações mais complexas e de longo prazo, as estruturas de governança podem prever mecanismos para que os agentes econômicos estabeleçam outras formas de salvaguarda em suas cláusulas contratuais.

Portanto, **é a eficiência econômica que responde pela diferenciação organizacional**, pois diferentes formas de organização minimizam a soma dos custos de produção e de transação dadas as variações nas características das transações.

Essas formas alternativas de governança (mercado, organizações privadas, burocracia estatal e organizações híbridas) apresentam estruturas que se diferenciam de maneira discreta, isto é, são definidas por uma síndrome de atributos internamente consistente.

Os atributos específicos de cada modo de governança representam forças e fraquezas distintas, que tornam cada forma mais apta à realização de determinados tipos de transação. Por essa razão a eficiência das organizações é sempre relativa, nunca absoluta, e depende do tipo de transações que se pretende realizar. Ao projetar uma organização, as escolhas dos elementos que vão caracterizá-la representam *trade-offs*. Cada opção traz consigo vantagens e desvantagens, que devem ser alinhadas de acordo com o propósito da organização. (Williamson, 1996, p. 17).

Isso seria operacionalizado pela hipótese do alinhamento discreto (*discriminating alignment hypothesis*) segundo a qual transações, que diferem em seus atributos, são alinhadas com estruturas de governança, que diferem em seus custos e competências, de forma a efetivar um resultado econômico (Williamson, 1999, p. 312). Para tanto, é necessário identificar os atributos estruturais em relação aos quais as estruturas de governança diferem e investigar as razões pelas quais esses atributos respondem por um desempenho mais eficiente daquela forma organizacional específica, considerando os propósitos centrais de cada organização (as transações que devem ser executadas) e os *trade-offs* envolvidos em cada escolha.

O quadro abaixo resume os diferentes atributos das formas alternativas de governança:

Quadro 1 – Diferentes atributos das estruturas de governança mercado, híbrida e hierarquia

Atributos	Estrutura de Governança		
	Mercado	Híbrida	Hierarquia
Intensidade dos incentivos	++	+	0
Controles administrativos	0	+	++
Adaptação autônoma	++	+	0
Adaptação cooperativa	0	+	++
Lei contratual clássica	++	+	0

FONTE: elaboração própria com base em Williamson (Mechanisms, pp. 117-118).

Para os objetivos específicos deste trabalho, serão explicitados a seguir dois desses atributos estruturais que conferem à burocracia estatal vantagens na execução

das transações a seu encargo: a adaptação cooperativa (a hierarquia) e inaplicabilidade do regime contratual clássico (a lei do *forbearance*).

2.3.2 Algumas vantagens comparativas da burocracia estatal

O *insight* básico de Coase e Williamson foi de que os mercados são mais eficientes para realizar transações mais simples, mas, à medida que a complexidade das tarefas ultrapassa um nível crítico, as organizações passam a ser a forma de governança mais eficiente em função dos custos de transação envolvidos. Para as transações ainda mais complexas, a burocracia estatal se apresenta como a forma de organização mais eficiente em relação às organizações privadas.

A diferenciação entre formas alternativas de governança se inicia pelos tipos de adaptação: a adaptação autônoma, que caracteriza os mercados, e a adaptação cooperativa, típica das organizações hierárquicas. Todos os contratos complexos são incompletos e conflitos potenciais podem acabar se materializando por distúrbios não antecipados pelos agentes. Como consequência disso, a adaptação surge como um problema econômico central por conta dos custos da má adaptação:

Se um contrato se torna mal adaptado em razão de um distúrbio não antecipado, é fácil para as partes conseguirem alívio se voltando para outro lugar, ou elas precisam encontrar as soluções para os problemas em conjunto? Neste último caso, os suportes da estrutura de governança inspiram confiança ou eles carregam um grande prêmio de risco? Prescrever estruturas de governança para prover formas custo-eficientes de socorro contra os riscos da má adaptação é um tema recorrente. Mais genericamente, o estudo da governança preocupa-se com a identificação, explicação e mitigação de todas as formas de ameaças contratuais. (Williamson, 1996, p. 5).

No mercado, ocorre a adaptação autônoma. Da interação entre agentes econômicos autônomos resulta naturalmente o preço. Quando ocorrem distúrbios, o preço é o indicador para que os agentes se adaptem, realocando recursos ou se reposicionando.

Em contratos de longo prazo, com objetos complexos e lacunas a serem preenchidas, a adaptação cooperativa ganha vantagem comparativa em eficiência sobre a adaptação autônoma e as transações são “internalizadas”, isto é, passam a ser coordenadas sob uma vinculação hierárquica, dando origem a formas de governar as transações que diferem do mercado.

A coordenação por meio da hierarquia, fundamental para organizações privadas e híbridas, ganha um papel ainda mais relevante na burocracia estatal por conta da complexidade das transações que devem ser desempenhadas pelas agências governamentais. As raízes dessa complexidade podem ser atribuídas ao fato de que a administração pública deve realizar tipos de transações muito diferentes entre si em razão da multiplicidade de objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado. “Os atributos que distinguem as transações do setor público precisam ser identificados e explicados, mas tal esforço rapidamente encontra outro problema: as transações do setor público não são todas da mesma natureza” (Williamson, 1999, p. 307).

Esses diversos objetivos refletem a pluralidade de interesses concorrendo pela atuação estatal e faz com que a métrica de resultados da burocracia não seja unidimensional, como geralmente ocorre nas organizações privadas. Dixit retratou a burocracia estatal como um agente com uma pluralidade de principais:

Provavelmente a mais importante distinção entre burocracias governamentais e as complexas administrações hierárquicas encontradas nas grandes empresas é o fato de que as primeiras respondem a múltiplos eleitores. Na linguagem econômica, eles são agentes com muitos principais. (...)

A princípio, todos esses principais poderiam se reunir, negociar seus interesses e criar um objetivo – uma média ponderada adequada de todos os seus objetivos distintos – que a agência poderia ser mandada a cumprir. Os problemas de agência inevitavelmente criados pelas assimetrias de informação e custos de monitoramento permaneceriam, mas o objetivo unidimensional faria as burocracias governamentais mais semelhantes às firmas, que estão muito mais próximas de terem objetivos únicos, tipicamente o lucro. (DIXIT, 2012, p. 137-138).

Os fóruns políticos, entretanto, não conduzem a esse tipo de acordo ou compromisso entre os interesses diversos ou conflitantes. Cada grupo continua a lutar para conquistar um peso maior para os seus objetivos às custas dos interesses de outros grupos:

O equilíbrio de interesses nesses processos políticos estará sempre mudando; portanto, o eleitorado ou a legislatura que criar agências públicas de longo prazo para desempenhar essas funções deliberadamente confere a elas objetivos ou mandatos vagos, listando apenas preocupações amplas que possam ser objeto de consenso e deixando a determinação precisa de seu significado para fóruns políticos posteriores. (...)

Tais agências devem constantemente negociar com todos os seus *stakeholders* para traduzir esses propósitos vagos em objetivos operacionais mais precisos. A necessidade de administradores e operadores para dedicar tempo e esforço para tais atividades para manter as relações externas aumenta os custos de transação e governança das agências públicas. Nenhuma firma privada assumiria o encargo de satisfazer tantos e tão diversos *stakeholders* e ainda esperar lucro. (...) Em outras palavras, os altos custos de transação para definir os objetivos operacionais, e os altos custos de governança para se esforçar para atingi-los, ajuda a explicar porque certas atividades recaem sobre as burocracias estatais em primeiro lugar. (DIXIT, 2012, p. 139).

Para lidar **internamente** com a complexidade decorrente dessa multiplicidade de objetivos sem métrica unidimensional de performance, a coordenação cooperativa por meio da vinculação hierárquica surge como a solução. Se a organização pode ser vista como um nexo de contratos em que transferências de direitos de propriedade são realizadas por meio de transações, a coordenação é facilitada pela autoridade hierárquica. Na expressão de Scharpf, as transações internas à burocracia estatal são negociações e trocas que ocorrem “sob a sombra da hierarquia”. Assim, em condições similares, as negociações embutidas em uma estrutura hierárquica têm maior probabilidade de levar a um acordo do que negociações independentes. Além disso, essas negociações serão constantemente influenciadas pela antecipação da potencial decisão da autoridade hierárquica máxima. “Em outras palavras, o problema principal-agente de forma geral desaparece se os agentes só puderem agir se houver concordância mútua ou se apelarem para o (único) principal” (Scharpf, 1997, p. 200).

Para que seja exercida dentro das organizações públicas e privadas, entretanto, a autoridade hierárquica depende de um atributo adicional. A distinção que oferece essa vantagem comparativa para as organizações é o regime jurídico implícito aos contratos no âmbito da hierarquia, que Williamson denominou de lei da indulgência ou da abstenção (*forbearance law*), em oposição à “lei contratual clássica”:

É majoritariamente por conta da lei do *forbearance* que as firmas podem exercer a autoridade, enquanto que os mercados não podem, para gerenciar as transações. Isso tem ramificações institucionais penetrantes. (Williamson, 1996, p. 27).

Em mercado, nos casos de disputas entre agentes econômicos relacionadas a preços, prazos de entrega, problemas de qualidade no produto (vícios no objeto)

etc., as cortes judiciárias são acionadas para solucionar o conflito. Entretanto, essas mesmas cortes se recusam a analisar disputas internas entre divisões subordinadas à mesma hierarquia. Se o acesso ao Poder Judiciário é negado, essas partes devem resolver suas disputas internamente. A hierarquia se torna, assim, a última instância de apelo para solução de conflitos dentro da organização.

Por outras palavras, a característica da indulgência ou abstenção se traduz como uma zona de não intervenção do Poder Judiciário que confere à hierarquia relativa soberania para preencher as lacunas contratuais internas, que são entendidas como questões *interna corporis*. O ganho de eficiência deriva do reforço à adaptabilidade das organizações hierárquicas para a solução de conflitos não antecipados e, no caso especial da burocracia estatal, também para lidar com o ambiente complexo decorrente da pluralidade de objetivos.

Essas são as razões econômicas, relevantes para os propósitos deste trabalho, que justificam a burocracia estatal como mais apta à realização de determinadas tarefas. Entretanto, seria ingênuo imaginar que o legislador, no papel de engenheiro institucional, tinha exatamente essas razões em mente ao projetar as estruturas de governança afetas às agências governamentais. Algumas das escolhas, de fato, podem ter sido feitas orientadas por um raciocínio intuitivo nesse sentido, sem a compreensão completa dos fundamentos econômicos subjacentes. Todavia, é mais razoável assumir que o desenho seja o resultado de um longo e doloroso processo institucional evolutivo, em que diversas alternativas foram testadas por sucessivas reformas e aquelas que funcionaram satisfatoriamente bem foram permanecendo ao longo do tempo.

Isso evidentemente está longe de implicar que o arranjo institucional atual seja o mais eficiente; significa apenas que o objeto precisa ser tratado com a cautela analítica necessária. Nas palavras de Williamson:

Deixando a política de lado, nós precisamos ter uma apreciação econômica mais profunda pelas propriedades dos modos alternativos de governança. Denunciar as agências públicas porque elas têm incentivos fracos, mais regras e regulamentos, e maior estabilidade nos empregos do que uma organização privada é um completo equívoco se essas características foram deliberadamente inseridas na burocracia estatal, deste modo mitigando ameaças contratuais, ainda que com algum custo. (1999, p. 318).

De qualquer modo, imbuídas ou não de uma racionalidade econômica na origem, é perfeitamente possível que desvios tenham ocorrido após a implantação dos institutos. Os efeitos podem não ter saído conforme o esperado, erros de calibragem podem ter ocorrido, agentes oportunistas podem ter distorcido ou desviado a finalidade das instituições. Uma das mais relevantes lições da nova economia institucional reza que as organizações são imperfeitas:

“As burocracias governamentais do mundo real podem ser – e frequentemente são – crivadas de ineficiências remediáveis, além dos inevitáveis custos de transação e de governança decorrentes das questões complexas com as quais precisam lidar. Portanto, há espaço para melhorar sua organização e funcionamento”. (Dixit, 2012, p. 140).

O que se propõe é que uma revisão dessas estruturas de governança pela ótica econômica dos custos de transação pode revelar algumas ineficiências. Esse é o objetivo do próximo capítulo.

3 INSTITUIÇÕES DE GOVERNANÇA DA BUROCRACIA BRASILEIRA

Para os fins deste trabalho, “a política é o processo pelo meio do qual uma sociedade escolhe as regras que vão governa-la” (ACEMOGLOBU et al, 2012, p. 62). A forma como a burocracia estatal efetivamente opera é significativamente determinada por escolhas institucionais de cada nação realizadas no âmbito da política institucional. Ainda que mantido um **ambiente institucional** muito semelhante entre diferentes países (Estado de Direito, regimes democráticos, economias capitalistas, separação de Poderes etc), observa-se uma variação nas escolhas relacionadas às **instituições de governança**, isto é, o desdobramento daquelas grandes escolhas em cada país resultou em estruturas diferenciadas para governar o funcionamento das agências governamentais.

A primeira grande variação está relacionada à chamada tradição legal. Em termos gerais, os países se filiam a grandes duas tradições legais: a cultura do Estado de Direito originado na Europa Continental (*civil law*) e a cultura do interesse público de origem anglo-saxônica (*common law*). As diferentes tradições serão brevemente definidas aqui apenas em termos gerais, pois tem uma influência significativa nos valores que dominam a ação administrativa e na maneira com que a administração é

implantada, assim como na relação entre políticos, cidadãos e a administração (KUHLMANN, 2014, p. 25). Portanto, sua compreensão é importante para contextualizar o desenho geral do funcionamento das instituições de governança no Brasil, que adotou o *civil law*.

O quadro a seguir resume as principais diferenças relacionadas ao funcionamento da administração pública entre os países que adotam a tradição romana e aqueles que adotam o *common law*:

Quadro 2 – Tradição do Estado de Direito europeu continental versus tradição anglo-saxônica do interesse público

Cultura do Estado de Direito da Europa Continental	Cultura Anglo-Saxônica do Interesse Público
Separação/hierarquização do Estado e da sociedade (esferas legais do público e do privado)	Sem hierarquização entre o público e o privado (sem separação entre o direito público e o privado)
O Estado como uma força integradora da sociedade; <i>intérêt général</i> (interesse público)	O Estado tem importância instrumental; governo; sociedade sem Estado
Codificação abrangente das regras legais (tradição romana)	Sem condificação abrangente das regras legais (<i>common law</i>)
Ação administrativa como implementação da lei por meio da especificação legal	Legislativo age com a função de policial programas
Valores dominantes na ação administrativa: princípio da legalidade, tratamento igualitário, neutralidade dos interesses	Valores dominantes na ação administrativa: pragmatismo, flexibilidade, reconciliação de interesses

FONTE: KUHLMANN et al, 2014, p. 25.

O modelo europeu continental tem algumas variações relevantes e pode ser subdividido em:

- a) napoleônico (França, Itália, Grécia, Portugal), marcado por compartilhar a tradição legal franco-romana e pela importância do princípio da legalidade (*principe de légalité*) no funcionamento do Estado e da Administração, que se reflete em uma abrangente codificação legal de normas e uma extensa jurisdição administrativa;
- b) federal (Alemanha, Áustria e Suíça), que compartilha com os sistemas napoleônicos a forte orientação legalista, mas atribui importante papel aos níveis subnacionais descentralizados (princípio da

subsidiariedade), com forte posição do governo local como característica crucial;

- c) escandinavo (Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia), que também está enraizada no direito românico, mas apresenta diferenciação em relação à abertura do sistema de recrutamento para o serviço público e na explícita acessibilidade do sistema administrativo para os cidadãos (KUHLMANN et al, 2014, p. 29-33).

Por sua vez, os países europeus com o modelo administrativo anglo-saxônico ou anglo-americano (Reino Unido, Malta, Irlanda) são baseados em filosofias utilitaristas e liberais do Estado e essa tradição marca uma visão instrumental dos entes estatais. A crucial separação entre as esferas legais do público e do privado é desconhecida nos países com a tradição do interesse público e a transição de conceitos e ideias entre a burocracia estatal e o mercado é muito mais suave.

O Brasil se enquadra na tradição europeia continental napoleônica, por isso o sistema jurídico-administrativo é fortemente determinado pelo princípio da legalidade. Os tópicos a seguir têm por objetivo realizar uma análise econômica, a partir de uma perspectiva de custos de transação, do princípio da legalidade no campo da Administração Pública brasileira.

3.1 LEGALIDADE E AMBIGUIDADE: OS ESTATUTOS COMO CONTRATOS INCOMPLETOS

As instituições que governam o funcionamento da burocracia estatal no Brasil são desenhadas como um sistema de princípios e regras que emanam inicialmente da Constituição Federal de 1988 e são detalhados, aprofundados e pormenorizados em um conjunto de leis nacionais, estaduais e municipais; na doutrina administrativista (a literatura) e nos precedentes emanados de órgãos jurisdicionais e administrativos (procuradorias, Tribunais de Contas etc).

Para traçar um panorama das instituições que governam o funcionamento das organizações públicas no Brasil, é necessário adentrar brevemente no campo do direito constitucional, tendo em vista que as grandes escolhas que orientam a organização e o funcionamento do Estado brasileiro - legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade etc - estão postas na Constituição Federal.

Esse sistema tem a pretensão de formar um todo completo, fechado e coerente orientado para a consecução de um único propósito: o “interesse público”. A pretensão de formar um todo completo se revela por um dos princípios fundamentais da Administração Pública previsto na Constituição Federal: o princípio da legalidade. Aos agentes públicos, cabe realizar estritamente aquilo que está previsto em lei, diferente da diretriz fundamental que rege as relações privadas, segundo a qual tudo é admitido, desde que não esteja vedado pela legislação.

O princípio é fundado em uma premissa impossível: que o ordenamento jurídico da Administração Pública seria capaz de revelar um conjunto ordenado e consistente de preferências sociais agregadas que seriam o norte definitivo para orientar a conduta dos agentes públicos.

Trata-se de uma pretensão inexecutável, dado que, como visto anteriormente, preferências são inconsistentes, instáveis e endógenas. De fato, no que diz respeito às missões da burocracia estatal no Brasil, mais do que um todo consistido e ordenado de preferências, a legislação se apresenta como um somatório de comandos e competências, muitos vagos e alguns contraditórios. Não seria possível hierarquizar em leis todos esses comandos, isto é, escalonar exatamente todas as prioridades, tampouco consistir todo o sistema para eliminar os comandos contraditórios.

O sistema jurídico administrativo, implicitamente, reconhece essa limitação ao atribuir ao agente público a discricionariedade administrativa: a competência para avaliar a conveniência e oportunidade de executar aquilo que está previsto em lei. Entretanto, o exercício da discricionariedade administrativa nesse conjunto vago e ambíguo de regras implicaria, de fato, admitir que o sistema não é completo.

Para realizar a pretensão de completude, o ordenamento administrativo recorre artificialmente a uma abstração: o princípio da finalidade pública. Ao exercer sua discricionariedade, cabe ao agente executar exclusivamente aquilo que seria do “interesse público”. O interesse público seria, em cada caso, o saldo final de todas as preferências sociais agregadas, algo incognoscível para o agente no momento da tomada de decisão.

O “interesse público”, em verdade, é uma ficção jurídica explorada para forçar o fechamento do sistema, pois sua efetiva aplicação fica sempre aberta à interpretação *ex post*.

É fundamental compreender que essa ambiguidade do sistema jurídico parece ser uma realidade inexorável, uma circunstância insuperável e inerente a um

Estado democrático de Direito. Talvez fosse possível reduzir em algum grau essa ambiguidade, mas não se vislumbra como viável sua completa eliminação. Tratando especificamente da formulação de políticas públicas na área econômica, Dixit já apontou que constituições seriam contratos muito incompletos e essa incompletude seria uma necessidade:

Se constituições são contratos, são contratos muito incompletos. Elas não ditam todas as regras e procedimentos a serem seguidos em cada situação concebível em detalhes precisos. Elas deixam muito a ser interpretado e determinado em eventualidades futuras específicas. As razões para isso são basicamente as mesmas das razões pelas quais muitos contratos negociais são incompletos, notadamente (1) a inabilidade de prever todas as possíveis contingências, (2) a complexidade de especificar regras, ainda que para as numerosas contingências que podem ser previstas, e (3) a dificuldade de objetivamente observar e verificar as contingências de modo que os procedimentos especificados sejam postos em ação. Todos esses problemas são ainda mais importantes no caso das políticas constitucionais do que no caso dos contratos de negócios. Constituições duram muito mais do que relações de negócio. Circunstâncias econômicas mudam radicalmente durante a vida de uma Constituição, tanto por razões cíclicas quanto não cíclicas. Contratos negociais são pelo menos restritos à provisão de um bem ou serviço em particular; mudanças na economia são muito mais dramáticas. Conflitos e discordâncias sobre contingências são muito mais comuns na arena política do que nos negócios. Uma política econômica constitucional tem que ser revestida em termos genéricos para que possa ser interpretada e aplicada quando a própria economia muda de formas dramáticas e imprevisíveis. (DIXIT, 1996, pp. 20-21).

Dados os pressupostos comportamentais e cognitivos mencionados no capítulo anterior, seria impossível que eleitores e legisladores conseguissem chegar a um consenso político preciso quanto aos objetivos da burocracia estatal. Até mesmo o oportunismo dos agentes tem papel relevante nesse caso. Representantes de interesses minoritários, cientes de que não será possível contemplar em termos precisos os seus objetivos dentre as missões da burocracia governamental, pressionam estrategicamente para que essas atribuições sejam expressas de forma vaga ou ambígua, na esperança de que, futuramente, na aplicação da legislação, seja possível extrair uma interpretação conforme seus interesses.

Tem-se, portanto, que a ambiguidade é um elemento de *design* necessário para fechamento do sistema jurídico que determina as finalidades da burocracia estatal. Trata-se de um contrato bastante incompleto, fruto do consenso possível quanto aos objetivos das agências governamentais. O *trade-off* é claro: isso importa em custos de transação adicionais, pois os agentes devem estar constantemente

buscando validar ou antecipar a interpretação de terceiros antes de cada decisão administrativa.

Aqui, entretanto, reside o argumento principal desse tópico: ainda que esse *trade-off* pareça necessário e inevitável, é fato que a eleição da legalidade restrita como pressuposto institucional das estruturas de governança da Administração Pública tem por efeito majorar os custos de transação envolvidos.

Uma determinada agência governamental é um agente que responde a muitos principais, e esses principais estarão sempre concorrendo pelo significado que deve ser extraído dos termos ambíguos contidos na legislação. O problema é que essa concorrência também se dá sob a forma de uma batalha jurídica, em que aqueles cujas expectativas foram frustradas imputam às agências governamentais ou aos agentes públicos um desvio da legalidade. O ordenamento jurídico brasileiro valora a conduta do agente público sob uma perspectiva exclusivamente binária. Por força do princípio da legalidade, ao agente público no exercício da função é vedado todo ato que não esteja previsto na legislação. Fora desses limites, o ato é reputado como ilegal e, portanto, improbo ou criminoso.

As consequências desse desenho institucional são estruturas de governança que não oferecem alternativas para se resguardar das ameaças de má adaptação e impõem um elevado risco para o agente tomador de decisão:

- a) Todas as decisões administrativas dependentes de um juízo de discricionariedade não são definitivas, pois estão sujeitas ao crivo posterior da interpretação de terceiros.
- b) Dado que o agente público deve ponderar, em cada caso concreto, a aplicação de uma série de comandos legais **ambíguos**, sua decisão invariavelmente envolve um juízo quanto às preferências futuras desses terceiros.
- c) Do ponto de vista do agente tomador de decisão, esse juízo é imperfeito, pois é comprimido (i) por sua própria **racionalidade limitada**, que o impede de analisar e processar todos os elementos e consequências de sua própria decisão e (ii) pela impossibilidade de supor as preferências de terceiros, que são instáveis, inconsistentes e determinadas (ao menos parcialmente) de maneira endógena.
- d) Sendo assim, decisões administrativas discricionárias incorporam uma incerteza inerente relacionada à possibilidade de que sejam valoradas

como ilegais por instâncias de controle externo futuramente, ou seja, há o **potencial de conflito**.

- e) Da perspectiva do agente tomador de decisão, essa possibilidade de que o ato seja reputado como ilegal representa mais do que um risco, pois não se trata de uma probabilidade que possa ser mensurada quantitativamente; trata-se de uma **incerteza** quanto aos resultados da transação decorrente das ambiguidades do sistema jurídico.
- f) A ambiguidade facilita o **oportunismo** dos agentes. Nesse processo de interpretação e aplicação, pode haver muitas variações grandes na maneira que uma dada regra opera. Essas variações ocorrem naturalmente em resposta às realidades políticas momentâneas, que podem ser exploradas oportunisticamente.
- g) Essa possibilidade de conflito é antecipada pelos agentes tomadores de decisão, que incorrem em **custos de transação** na tentativa de mitigar a incerteza e se resguardar das consequências.

Cumpra lembrar que agentes econômicos incorrem em custos de transação para estabelecer salvaguardas quanto a conflitos em potencial que ameaçam a realização de ganhos mútuos pelo exercício da livre escolha sobre bens ou direitos. Os recursos econômicos despendidos para esses propósitos não caracterizam desperdício se os fins almejados foram obtidos, isto é, se a transação em questão foi protegida dos potenciais conflitos. Os custos de transação que decorrem das incertezas derivadas da ambiguidade do sistema, entretanto, não se traduzem em resultado útil, pois essas incertezas não podem ser superadas. Se a decisão no caso concreto envolve ponderação entre preferências legais pareadas conflitantes ou opostas, no momento da própria decisão o direito não está disponível para ser descoberto; ele será construído futuramente por juízos de terceiros e envolvem, em último caso, o exercício de escolhas.

Convém reiterar que a ambiguidade parece ser uma característica inexorável, dada a impossibilidade de se incorporar, em um diploma jurídico, um consenso político preciso quanto a todas as missões e prioridades do Estado. Em um sentido econômico, os diplomas legais são contratos incompletos e, portanto, conflitos ocorrerão. Se conflitos são inevitáveis, cabe ao próprio sistema prescrever “formas custo-eficientes de socorro contra os riscos da má adaptação”, repetindo as palavras de Williamson (1996, p. 5).

O tema da adaptabilidade das estruturas de governança no sistema jurídico administrativo brasileiro será tratado no tópico a seguir.

3.2 DISCRICIONARIEDADE, CONTROLE, CONFLITO E ADAPTABILIDADE

Conforme abordado no item 2.3.2, a lei da indulgência ou da abstenção (*forbearance law*) como regime jurídico implícito aos contratos no âmbito da hierarquia é uma distinção em relação ao mercado que oferece uma vantagem comparativa para as organizações para realizar determinadas transações.

A racionalidade subjacente à lei do *forbearance* é dupla: (1) as partes em uma disputa interna têm profundo conhecimento tanto das circunstâncias envolvendo uma disputa quanto da eficiência das soluções alternativas, que só poderiam ser comunicadas às cortes a um custo muito elevado; (2) permitir que as disputas internas fossem levadas às cortes enfraqueceria a eficácia e a integridade da hierarquia (Williamson, 1996, p. 113).

Note-se que a lei do *forbearance*, tanto em organizações privadas quanto públicas, é constantemente mitigada por outros institutos. No caso da burocracia estatal, por exemplo, a estabilidade assegurada estatutariamente aos servidores efetivos reduz a autoridade da hierarquia para dirimir conflitos internos. Importante ressaltar que essa mitigação pode não se dar, necessariamente, em prejuízo da eficiência. Ao menos em tese, há um fundamento econômico para a estabilidade dos servidores efetivos: o instituto protege a própria burocracia estatal da perda de quadros técnicos importantes (que são ativos muito específicos) na hipótese de agentes oportunistas (com motivação puramente política ou fins ilícitos, por exemplo) exercerem a discricionariedade administrativa para se verem livres de resistências internas aos seus propósitos.

Os efeitos negativos da estabilidade dos servidores efetivos são conhecidos. O instituto prevê que que servidores podem ser demitidos em caso de desvios de conduta ou por desempenho insuficiente, por exemplo. Os elevados custos de transação envolvidos em ambas as hipóteses dificultam a sua aplicação. O desvio de conduta deve ser comprovado por processo administrativo disciplinar e a insuficiência de desempenho exige que sejam estabelecidas métricas de resultado para aferição objetiva da performance dos servidores.

O presente trabalho não se propõe a analisar se a estabilidade dos servidores efetivos é eficiente ou não. Essas considerações foram feitas apenas para evidenciar que escolhas de *design* institucional usualmente envolvem um *trade-off*. A eficiência da escolha institucional vai depender de uma análise aprofundada do balanço final entre os seus efeitos positivos e negativos.

No que diz respeito às estruturas de governança que mitigam a lei do *forbearance*, entretanto, há escolhas institucionais cuja análise revela claramente uma ineficiência econômica pela multiplicação desnecessária de custos de transação. O fenômeno que se pretende avaliar é a proliferação de instâncias de revisão e controle de decisões administrativas e suas consequências quando associadas a um ambiente institucional ambíguo.

No âmbito da burocracia estatal, o *forbearance* se traduz como discricionariedade administrativa. A decisão discricionária por excelência é aquela que revela uma preferência na alocação dos recursos limitados do Estado. É fato, entretanto, que as decisões administrativas que resultam na alocação de recursos públicos geram externalidades que excedem os limites das agências governamentais. Essas externalidades atraem a atuação de órgãos de controle externo sobre as decisões administrativas. Mais do que isso, como decisões governamentais usualmente são consequência de um longo processo composto por diversos atos administrativos encadeados, cada qual contribuindo marginalmente para a decisão final, é comum que órgãos de controle externo tenham jurisdição para revisar inclusive esses atos preparatórios.

Como resposta a eventos que causam grande comoção pública relacionados a desvios e corrupção na burocracia estatal, o legislador inseriu no ordenamento jurídico diversas instituições destinadas a revisar e controlar as decisões administrativas. Esses eventos são interpretados como problemas de principal-agente e a resposta institucional tende a ser incrementar o monitoramento.

Algumas dessas instituições são internas, a exemplo de consultorias jurídicas, procuradorias, controladorias e auditorias; e outras são externas, como os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário. Essas novas instituições que são criadas pelo legislador podem não ser órgãos inéditos, mas assumem a forma de novos processos ou formas por meio das quais instâncias de controle já existentes podem ser acionadas para exercer o controle sobre as decisões administrativas. Como exemplo nesse sentido podem ser citados novos procedimentos jurídicos que podem ser

movidos pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público no âmbito do Poder Judiciário pleiteando o controle sobre atos administrativos.

A atuação dessas instâncias é marcada por ausência de definição de limites de atuação bem estabelecidos, gerando sobreposição e redundância. São sobrepostas porque qualquer ato pode ser simultaneamente questionado por múltiplas instâncias. São redundantes porque as conclusões prévias de uma instância não comprometem ou vinculam a avaliação de instâncias posteriores.

Na engenharia institucional brasileira, atos avaliados como regulares por consultorias jurídicas internas ou controladorias podem ser invalidados por Tribunais de Contas. Atos considerados legais por Tribunais de Contas podem ser julgados ilegais pelo Poder Judiciário. O mesmo ato da Administração Pública pode ser paralelamente atacado pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. No âmbito do Poder Judiciário, instâncias diferentes podem conferir interpretações conflitantes para o mesmo ato e pelos mesmos fundamentos.

Além disso, as conclusões das instâncias que já se manifestaram não representam ganhos marginais para a construção de um entendimento definitivo sobre a legalidade ou não da decisão. Por outras palavras, a passagem de uma decisão administrativa por um desses crivos não contribui para que haja um grau maior de certeza quanto à legalidade do ato, pois as manifestações anteriores não vinculam, sequer parcialmente, as instâncias posteriores.

Há uma presunção implícita na lógica do sistema: a de que as instâncias posteriores seriam capazes de oferecer uma avaliação melhor ou mais qualificada sobre o direito aplicável ao caso concreto⁷. Entretanto, a multiplicação de instâncias e a ampla possibilidade de revisão fazem com que o caminho da decisão administrativa até a definitividade seja tortuoso e imprevisível.

Por força do fundamento institucional da legalidade estrita, a cada uma dessas instâncias é atribuído o poder-dever de identificar qual seria a conduta legal do agente público no caso concreto. A lógica do sistema impõe que os órgãos de controle façam esse juízo, pois o agente público só pode fazer aquilo que está prescrito em lei. A nenhuma instância se admite que se diga “a lei não dispõe nada a respeito, portanto

⁷ Ainda que isso possa ser verdadeiro, é difícil não imaginar que, em alguns casos, não se trate apenas do exercício de escolhas diante de princípios conflitantes, isto é, preferências pareadas opostas.

prevalece o juízo do administrador”. A conduta ótima está na legislação, cabe ao intérprete encontrá-la, definir qual o “interesse público” no caso concreto.

Naturalmente, ainda que o objeto interpretado seja o mesmo, há uma incerteza implícita em cada operação de interpretação. Se as instâncias de controle são multiplicadas, multiplica-se a incerteza e, com ela, os custos de transação. *Ex ante*, não há uma decisão correta do ponto de vista jurídico, mas uma distribuição probabilística das possíveis interpretações de terceiros que serão realizadas futuramente, cujo espectro é ampliado pela multiplicação de agentes legalmente habilitados a fazê-lo.

Ao agente não é possível consultar todos os órgãos de controle para avaliar previamente se a sua decisão, considerando as circunstâncias do caso concreto, será interpretada como legal ou não. O Poder Judiciário somente declara a lei a partir de fatos consolidados, nunca em tese. Portanto, nunca será possível eliminar a incerteza e variável que vai determinar se a decisão será levada a efeito será a propensão ao risco do próprio agente.

Note-se que o risco assumido pelo agente é assimétrico e mal distribuído, pois todo erro de interpretação é valorado como infração e imputado à sua responsabilidade pessoal, ainda que tenha sido validado por outras instâncias internas ou externas.

Nesse contexto, a conclusão é de que o sistema brasileiro sofre de problemas de **adaptabilidade**, pois as estruturas de governança não são eficientes na prescrição de soluções econômicas para os conflitos. A ampla possibilidade de revisão por múltiplas instâncias efetivamente suprime o *forbearance*, eliminando a vantagem comparativa, em termos de custos de transação, de contratar “sob a sombra da hierarquia”.

Tendo em vista que a adoção do princípio da legalidade como regra fundamental do sistema administrativo está longe de ser um monopólio do Brasil e que instâncias de controle também são uma realidade quase universal em Estados de Direito democráticos, é natural supor que conflitos dessa natureza se repitam em diversos outros países.

3.3 ESCOLHAS INSTITUCIONAIS E INEFICIÊNCIA

Todas essas consequências parecem decorrer da opção brasileira pelo modelo continental europeu napoleônico, que centraliza o funcionamento do sistema no princípio da legalidade. Entretanto, creditar o fracasso da Administração Pública brasileira à opção pelo modelo francês seria um simplismo bastante equivocados, dado que, além do efeito de todas as demais variáveis não tratadas aqui, a própria França obteve classificação percentil de 86,54% no indicador de eficácia governamental do Banco Mundial em 2020 (29ª posição). Portugal, outro exemplo de optante do modelo continental europeu napoleônico, apresenta percentil de 81,25%.

Ademais, a legalidade tem peso determinante no funcionamento da Administração também nos demais subtipos do modelo continental europeu, aos quais se filiam países como Suíça (99,25%), Finlândia (99,04%), Áustria (94,71%) e Alemanha (88,94%). Em verdade, a lista de países com os melhores percentis apresenta uma mescla de modelos, com representantes tanto do *civil law* quanto do *common law*.

Isso sugere que esses efeitos econômicos negativos da legalidade podem ser mitigados ou compensados por outros efeitos econômicos positivos. É bastante provável que o modelo alternativo (o *common law*) também tenha suas vantagens e desvantagens. Outros países que também tem resultados díspares na classificação, como Singapura (100%), Canadá (94,23%), Uganda (30,29%) e Paquistão (31,73%) são todos exemplos de *common law*.

Ainda, a existência de instâncias de revisão e controle sobre os atos administrativos é comum tanto em países do *common law* quanto do *civil law*.

Enfim, não se defende neste trabalho que a escolha por um modelo ou outro sele o destino do país quanto à eficiência de sua Administração Pública, até porque essa grande escolha – a tradição legal – se desdobra em diversas outras que vão definir o arranjo institucional específico de cada país. O que se percebe é que a definição do sistema legal de cada ainda confere grande liberdade para diversas outras definições em termos de instituições de governança. Essas escolhas subsequentes podem, por exemplo, ser incompatíveis com a lógica geral do modelo, mitigar seus efeitos positivos ou agravar seus efeitos negativos.

O próximo capítulo vai se dedicar a realizar uma análise empírica do arranjo institucional específico de alguns países, comparativamente ao arranjo brasileiro, na tentativa de identificar se as escolhas subsequentes oferecem alguma resposta para

o caso do Brasil, que ocupa apenas a 133^a posição na classificação, com um percentil de 36,54%.

4 ANÁLISE EMPÍRICA

No presente capítulo será selecionado um conjunto de variáveis institucionais que representam a opção por determinadas instituições de governança e que tem impacto sobre os custos de transação. Na impossibilidade de calcular quantitativamente os custos de transação, serão apresentados também alguns elementos que podem indicar o nível dos custos de transação que incidem sobre a Administração Pública de cada país. Na sequência, serão apresentados alguns países com combinações diferenciadas dessas variáveis e será realizada a análise sob os pressupostos teóricos da economia institucional.

4.1 VARIÁVEIS INSTITUCIONAIS

Antes de adentrar na apresentação das variáveis institucionais, é preciso alertar que abstrair e enquadrar os complexos sistemas jurídico-institucionais de cada país em determinadas categorias envolve necessariamente uma tarefa de simplificação. Essa, entretanto, é uma limitação inerente à construção de modelos em ciências sociais. A simplificação desses sistemas a algumas de suas características fundamentais é um exercício necessário para que possam ser comparados. De todo modo, em cada caso, algumas particularidades e especificidades do sistema de cada país também serão abordadas e tratadas, notadamente aquelas com consequências para os custos de transação envolvidos.

Considerando os objetivos e o alcance do presente trabalho, serão abordados três aspectos fundamentais dos sistemas administrativos dos países, em relação aos quais pode haver variação: quanto ao modelo de revisão judicial dos atos da Administração; quanto à vinculação do órgão responsável pela persecução penal, (Ministério Público ou órgão equivalente); e quanto ao modelo de Entidade Fiscalizadora Superior (EFS). Em cada caso, há necessariamente uma escolha

institucional do país que representa a adoção de determinadas estruturas de governança.

O **Erro! Fonte de referência não encontrada.**a seguir apresenta as possíveis variações institucionais, ordenadas de acordo com seu efeito sobre os custos de transação:

Quadro 3 – Variáveis institucionais

	Modelos de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
↓ Custos de Transação Crescentes	Jurisdição específica	Executivo	<i>Westminster</i>
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica

FONTE: elaboração própria.

Para os efetivos exercícios de comparação, foram selecionados os seguintes países: Reino Unido, Estados Unidos, França, Alemanha, Itália, Chile, Argentina e Brasil. Os motivos pelos quais foram selecionados tais países para análise e comparação com o Brasil são os seguintes:

- a) São países cujo desenho institucional é relativamente estável e consolidado;
- b) Disponibilidade de informações e bibliografia quanto aos aspectos institucionais dessas nações;
- c) As estruturas de governança adotadas em alguns desses países inspiraram o arranjo institucional do Brasil e de diversos outros países.⁸

Nos tópicos abaixo essas variáveis (e suas consequências) serão detalhadas. A seguir, serão apresentados os dados dos países selecionados.

⁸ “O modelo brasileiro detém traços do sistema normativo norte-americano apesar do descompasso deste com a cultura brasileira de direito administrativo, ainda em muitos pontos vinculada às matrizes francesa e alemã” (PERLINGEIRO, 2015, p. 91).

4.1.1 Modelos de revisão judicial dos atos da Administração

Essa variável diz respeito à forma como o Poder Judiciário analisa e decide os conflitos que envolvem os atos da Administração Pública. O alcance das atribuições das cortes judiciárias e as condições com que elas exercem o papel de revisar os atos administrativos do Poder Executivo, quando provocada por algum particular ou por alguma instituição autônoma (a exemplo do Ministério Público) variam significativamente de país para país:

Em muitos sistemas jurídicos, não há código ou estatuto que autorize as cortes a controlar a legalidade da ação administrativa ou defina os limites em que isso é feito. Consequentemente, há muito debate em vários países a respeito do fundamento constitucional do controle judicial da administração. Para alguns, é simplesmente uma questão de forçar os desejos do legislador. Para outros, há mais valores fundamentais que justificam uma interpretação restritiva dos poderes da administração. (BELL, 2006, p. 1280).

A despeito das diferenças, de forma geral é possível classificar os países quanto a esse aspecto em algumas categorias de acordo com determinadas características fundamentais.

Para essa classificação, foi utilizado o trabalho de Michael Asimow “*Five Models of Administrative Adjudication*” (Cinco Modelos de Adjudicação Administrativa), com complementos pontuais de outras referências disponíveis na literatura.

Embora o trabalho de Asimow trate de cinco grandes categorias, no presente trabalho serão utilizados apenas três. Isso porque as categorias de Asimow resultam da combinação de diversas características que envolvem inclusive instâncias de resolução de disputas que são internas à burocracia estatal. O escopo de sua classificação compreende todo o sistema para resolução de conflitos entre partes privadas e agências administrativas governamentais, incluindo as etapas preliminares que antecedem a decisão final da Administração, como recursos hierárquicos (ASIMOW, 2015, p. 4).

Para os limites deste trabalho, entretanto, interessa a classificação naquilo que envolve efetivamente apenas a revisão judicial dos atos da Administração Pública. Nesse sentido, é possível classificar os países nos seguintes modelos:

- Jurisdição específica, modelo que é adotado, por exemplo, na França, na Alemanha, na Itália, em Portugal, na Suíça, na Finlândia, na Grécia e na Turquia;
- Jurisdição comum limitada, modelo que é adotado nos Estados Unidos, no Reino Unido, na Austrália e em diversos países que seguem a tradição do *common law*; e
- Jurisdição comum aberta, modelo que é adotado na China, Argentina, Japão e Brasil.

4.1.1.1 Jurisdição específica (ou dualidade de jurisdição)

Entende-se por modelo de jurisdição específica (também chamada de jurisdição administrativa ou sistema de jurisdição dualista) aquele sistema judiciário em que há um ramo ou tribunal específico com competência exclusiva para proferir decisões finais nos casos que envolvam a Administração Pública. Esse segmento é institucionalmente separado dos tribunais ou juízes que tratam de todas as demais causas.⁹ Esse sistema se caracteriza, portanto, por uma efetiva dualidade de jurisdição. As cortes especializadas podem integrar o próprio Poder Executivo – a exemplo do Conselho de Estado da França – ou o próprio Poder Judiciário – tal como os tribunais administrativos da Alemanha. Itália, Grécia, Bélgica, Espanha, Turquia, Portugal e Egito também contam com cortes administrativas.

O modelo de jurisdição específica importa em custos de transação menores por diversas razões. O principal motivo está ligado ao *forbearance*. Nesse sistema, o Poder Executivo efetivamente **internaliza** transações típicas do Poder Judiciário relacionadas ao exercício da jurisdição sobre os atos administrativos, reduzindo, por consequência, os custos de transação.

Além disso, dado que são cortes especializadas em matérias administrativas, naturalmente os custos de transmitir as informações ao Poder Judiciário são menores

⁹ Algumas exceções são reconhecidas: as demandas de interesse da Administração Pública podem ser submetidas à apreciação do Judiciário “comum” em três hipóteses: quando se tratar de litígio decorrente de atividade pública com caráter privado; de litígio que envolva questões de estado e capacidade das pessoas e de repressão penal; ou de litígio que se refira à propriedade privada (BANDEIRA, 2006, p. 251).

e os julgamentos tendem a ser mais rápidos, dado que os processos que envolvem a Administração Pública não concorrem os demais processos em trâmite. Também podem ser previstos ritos, procedimentos e fases processuais específicos, mais adequados à natureza das demandas administrativas.

Os dados parecem corroborar essa afirmação. O relatório “*The 2021 EU Justice Scoreboard*” (o Placar da Justiça da União Europeia de 2021), publicada pelo Escritório de Publicações da União Europeia¹⁰, avaliou a eficiência dos sistemas judiciários dos países da União Europeia. Considerando o tempo estimado necessário para resolver casos litigiosos civis e comerciais, a justiça comum da Alemanha ocupa a 17ª posição; a justiça comum da França, a 19ª posição; e a justiça comum da Itália, a 26ª posição. Todavia, considerando a eficiência da jurisdição administrativa desses mesmos países para solucionar casos administrativos, esses mesmos países ficam em posições relativamente melhores: a França sobe para a 10ª colocação; a Alemanha passa à 15ª; e a Itália, para a 21ª.

Uma razão menos nobre está relacionada ao fato de que um Poder Judiciário “exclusivo” para o Poder Executivo teria um viés pró-governo em suas decisões. Com efeito, a circunstância histórica que explica a criação do Conselho de Estado francês seria a necessidade de “evitar que o Poder Judiciário atrapalhasse os propósitos dos revolucionários franceses ao apreciar os atos administrativos” (BANDEIRA, 2006, p. 250).

Finalmente, é comum que, nos sistemas com jurisdição específica, as Cortes respondam a consultas formuladas pela Administração Pública quanto à interpretação da legislação, reduzindo a insegurança jurídica e evitando os custos de transação relacionados à ambiguidade das leis.

Nos sistemas monistas não há dualidade de jurisdição e as cortes e juízes que tratam das causas envolvendo a Administração Pública são os mesmos que tratam de todas as demais causas. A existência de varas ou tribunais especializados em matéria administrativa no âmbito do Poder Judiciário, por mera razão de organização judiciária ou conveniência, não descaracteriza a jurisdição monista, pois os juízes que integram essas varas podem ser transferidos para tratar de outras matérias e vice-versa.

¹⁰ Disponível em:

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b2a115fd-3d1d-11ec-89db-01aa75ed71a1>

A jurisdição comum pode ser aberta ou limitada. Ambas serão tratadas em conjunto no próximo tópico, dado que é impossível definir uma sem definir também a outra.

4.1.1.2 Jurisdição comum aberta ou jurisdição comum limitada

Na classificação proposta, entende-se por fechada ou limitada a jurisdição quando não houver possibilidade de que a parte interessada, ao questionar no Judiciário a validade de um ato da Administração, introduza argumentos, razões ou evidências que não foram apresentados perante a própria Administração nas fases que antecedem a decisão administrativa final. No dizer de Asimow, “os registros se cristalizaram na decisão inicial ou na fase de reconsideração”. No sistema aberto, por outro lado

...qualquer parte pode introduzir novas evidências para a corte (em adição às evidências introduzidas em estágios anteriores) ou a corte pode requisitar às partes que produzam novas evidências. Qualquer das partes pode oferecer novos argumentos que não foram antecipados nos estágios anteriores e o governo pode oferecer novas razões para suas ações, que não foram aduzidas em um estágio prévio. Em outras palavras, em um sistema aberto, o registro não se cristaliza até o estágio da revisão judicial. (ASIMOW, 2015, p. 7).

Não é difícil entender a razão pela qual os custos de transação são menores na jurisdição limitada em relação à jurisdição aberta. Na jurisdição limitada, **algumas** das transações típicas da atividade jurisdicional são internalizadas no Poder Executivo, efetivamente anulando parte da interferência que o Poder Judiciário poderia exercer sobre o caso.

4.1.2 Variações quanto à vinculação do Ministério Público

Inicialmente, cabe esclarecer que a expressão “Ministério Público” foi utilizada para facilitar a compreensão, dado que é a figura existente no direito brasileiro. Entretanto, por “Ministério Público”, entenda-se o órgão ou instituição responsável pela persecução penal, que pode receber outros nomes no direito estrangeiro.

Entende-se que a vinculação institucional do Ministério Público tem efeito significativo sobre os custos de transação por ter um impacto determinante nas partes que podem ingressar com ações contra o próprio Estado e contra agentes públicos, seja de caráter civil ou penal.

Trata-se de tema que não foi objeto de muitos estudos comparando os arranjos adotados internacionalmente, de modo que a classificação é uma proposta do próprio autor deste trabalho e a generalidade dos achados apresentados resultam de consulta direta aos *sites* ou à legislação dos países pesquisados.

De forma geral, foram identificadas três variações: a persecução penal pode ser vinculada ao Poder Executivo, geralmente na estrutura de um departamento ou ministério da Justiça; pode ser função vinculada a integrantes do Poder Judiciário, ainda que em uma carreira distinta da dos juízes; e pode ser desempenhada por uma instituição autônoma, que não integra propriamente as estruturas do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Quando a persecução penal permanece na alçada do Poder Executivo, a instituição responsável pode ou não receber o nome de “Ministério Público”. No exemplo dos Estados Unidos¹¹, em nível federal a atribuição é responsabilidade do Departamento de Justiça, chefiada pelo *Attorney General* (Procurador Geral), que concentra ainda outras tarefas, a exemplo do aconselhamento jurídico do governo federal. Na França, a instituição recebe o nome de *Ministère Public* e seus membros são designados de magistrados, mas não pertencem ao Poder Judiciário e sim a uma estrutura fortemente hierarquizada vinculada ao Ministro da Justiça, ainda que os integrantes da carreira disponham de certas garantias funcionais (DA PONTE et al, 2016, p. 28).

A Itália inspirou-se no modelo francês e designou os membros do Ministério Público também de magistrados, chamados de “magistrados requerentes” (*magistratura requirenti*) para diferenciá-los dos julgadores, denominados “magistrados judicantes” (*magistratura giudicanti*). O modelo italiano, entretanto, foi além, e

...ao término de uma longa evolução, os membros do Ministério Público italiano passaram a constituir não apenas um corpo único com os magistrados que desempenham funções judicantes, mas gozam das mesmas

¹¹ www.justice.gov

garantias, autogovernando-se através do mesmo órgão, o Consiglio Superiore dalla Magistratura (Csm). (GUARNIERI, 2011, p. 105)

Embora seja rara a configuração em que o Ministério Público se situa no Judiciário, é possível encontrar outros exemplos na Colômbia e no Paraguai (DUCE, 2011, p. 8).

Por fim, resta o modelo em que o Ministério Público constitui uma instituição autônoma e independente em relação aos Poderes Executivo e Judiciário, praticamente um quarto Poder. Trata-se do caso de Brasil, Espanha, Portugal, Argentina, Bolívia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Peru, Venezuela e Chile.

Sob a ótica dos custos de transação, a localização institucional do órgão responsável pela acusação guarda relação direta com o risco a que estão sujeitos os agentes públicos. Por razões legítimas e não legítimas, é razoável supor que os riscos serão menores quando a instituição se localiza no âmbito do próprio Poder Executivo. No primeiro caso, supõe-se que serão maiores as chances de que a interpretação da legislação seja mais alinhada com o entendimento do Poder Executivo no caso de uma instituição internalizada. A razão não legítima para os riscos menores seria a possibilidade de que os agentes encarregados da persecução sejam desestimulados a promover as ações de responsabilização por pressões internas da corporação.

No caso das instituições que se situam fora do Poder Executivo, entende-se que os custos de transação seriam menores no caso da vinculação ao Poder Judiciário, dado que a função persecutória deve compartilhar estruturas e orçamento com a função jurisdicional, limitando sua capacidade de auto-organização e independência.

4.1.3 Modelos de entidade fiscalizadora superior

As entidades fiscalizadoras superiores (EFS) são os órgãos nacionais responsáveis por examinar os gastos públicos e apresentar uma opinião independente a respeito de como a Administração utilizou os recursos públicos. De acordo com a Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (*International Organisation of Supreme Audit Institutions – INTOSAI*), os quatro objetivos específicos das auditorias realizadas por essas entidades são de promover:

- a) O adequado e efetivo uso dos recursos públicos;
- b) O desenvolvimento da boa gestão financeira;
- c) A adequada execução das atividades administrativas;
- d) A comunicação da informação às autoridades e ao público em geral por meio da publicação e relatórios objetivos (INTOSAI, 1998, p. 6).

Esses objetivos principais orientam a atuação de todas as EFS, mas em cada país o órgão responsável assume uma determinada configuração institucional ou modelo. Ainda que a existência de uma EFS para auditar as contas públicas seja um denominador comum entre os países (salvo raras exceções), há significativa variação no que diz respeito à forma como são organizadas essas instituições e ao alcance de suas atribuições.

A forma de organização e o alcance das competências das entidades fiscalizadoras reflete escolhas institucionais realizadas no âmbito de cada país. No Brasil, por exemplo, adotou-se o modelo dos Tribunais de Contas, também adotado na Itália e na França. A Argentina optou por modelo de inspiração alemã, ao passo que o Chile adotou o formato também utilizado no Reino Unido e nos Estados Unidos.

Embora naturalmente cada país apresente suas peculiaridades, é possível enquadrar as EFS dos diversos países em três grandes modelos. A referência adotada para classificar os modelos de EFS foi o *paper* elaborado pelo então Departamento para o Desenvolvimento Internacional do Governo do Reino Unido¹² (*Department for International Development – DFID*) e denominado “*Characteristics of different external audit systems*” (Características dos diferentes sistemas de auditoria externa). Esse trabalho de classificação foi diversas vezes referenciado na literatura, inclusive em relatórios do Banco Mundial e da OCDE¹³, e apresenta uma visão global das principais características dos três modelos mais comuns de EFS.

Os três principais modelos de auditoria externa do setor público são:

- o modelo de *Westminster*, também conhecido como modelo anglo-saxão ou parlamentar, utilizado no Reino Unido, na maioria dos países

¹² Atualmente denominado *Foreign, Commonwealth & Development Office*.

¹³ Cito como exemplo nesse sentido os trabalhos da OCDE “*Good Practices in Supporting Supreme Audit Institutions*” e do Banco Mundial “*Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption*” especificamente o capítulo 12 “*Supreme Audit Institutions*”, disponíveis respectivamente nos seguintes endereços eletrônicos:

<https://www.oecd.org/dac/effectiveness/Final%20SAI%20Good%20Practice%20Note.pdf>
<http://pubdocs.worldbank.org/en/987831611680061905/Supreme-Audit-Institutions.pdf>

da Comunidade Britânica de Nações, na Irlanda, na Dinamarca, no Peru e no Chile;

- o modelo judicial ou napoleônico, adotado na França, nos países latinos da Europa, na Turquia, nos países francófonos na África e na Ásia e em vários países latino-americanos, incluindo Brasil e Colômbia; e
- o modelo de conselho ou colegiado, implantado em alguns países europeus como a Alemanha e os Países Baixos, na Argentina, na Indonésia, no Japão e na Coreia do Sul.

Dados os limites do presente trabalho, não serão aprofundadas detalhadamente a forma de funcionamento e as características de cada modelo. Serão apresentadas apenas as características gerais, com destaque para os atributos que tem efeito sobre os custos de transação, com a respectiva análise comparativa em relação aos demais modelos.

4.1.3.1 O modelo de *Westminster*

No modelo de *Westminster*, o trabalho da EFS é intrinsecamente ligado ao sistema de fiscalização parlamentar e funciona, resumidamente, da seguinte forma:

- Os gastos são autorizados pelo Poder Legislativo;
- Os órgãos públicos elaboram prestações de contas anuais;
- As prestações de contas anuais são auditadas pela EFS;
- Os relatórios de auditoria são submetidos ao Poder Legislativo para revisão por um comitê ou comissão de contas ou finanças públicas; e
- A comissão de finanças profere um relatório com recomendações e/ou apontamentos, que devem ser respondidos pelo Poder Executivo.

Destaca-se três características-chave desse modelo que, comparativamente aos demais modelos, impõem custos de transação menores: (1) nesse modelo, a EFS é chefiada por uma única pessoa, que geralmente é designada Auditor-Geral ou Controlador-Geral e exerce um mandato por período determinado; (2) a ausência de poder punitivo ou coercitivo da EFS; e (3) o escopo das auditorias realizadas.

No modelo de *Westminster*, o EFS tem um foco forte na auditoria financeira e no *value for money* gerado pelos órgãos que utilizaram os recursos, com menor ênfase na conformidade com a legislação:

O modelo de Westminster foca primariamente em oferecer uma opinião de auditoria sobre as contas anuais dos órgãos públicos individualmente – em termos gerais se as demonstrações financeiras do órgão em questão apresentam uma visão verdadeira e justa sobre os eventos financeiros no período em revisão. A opinião do auditor deve, portanto, oferecer um alto nível de asseguarção quanto aos recursos financeiros que estavam disponíveis para o órgão auditado e no que eles foram gastos. O foco na administração financeira também se presta para um trabalho de auditoria de performance que considere a economia, a eficiência e a eficácia com que os recursos foram usados.

Questões de legalidade (se o gasto foi aplicado para os propósitos estabelecidos pelo Parlamento) e de regularidade (se as transações financeiras estão de acordo com aquilo que as autoridades competentes determinam) são tratadas como parte da auditoria sobre as demonstrações financeiras, mas normalmente em caráter secundário. (DFID, 2004, p. 5).

Dentre os modelos usualmente adotados de EFS, o *Westminster* representa a alternativa com menor custo de transação.

A EFS não tem a competência de responsabilizar pessoalmente os agentes públicos; seu foco é na performance institucional. A ausência de poder punitivo representa menor risco ou ameaça para os agentes, fator que, como visto anteriormente, impacta diretamente nos custos de transação envolvidos.

O escopo das auditorias na eficiência e eficácia também contribui significativamente para custos de transação reduzidos, pois os agentes despendem menos esforços e recursos buscando se resguardar de interpretações divergentes sobre a legislação ambígua.

Finalmente, o fato de que a EFS tem comando unipessoal, o que significa que os agentes devem tentar antecipar o entendimento ou interpretação de apenas um Auditor-Geral ou Controlador-Geral.

4.1.3.2 O modelo judicial ou napoleônico

Nesse modelo, a EFS é parte integrante do Poder Judiciário ou opera de maneira independente dos Poderes Executivo e Legislativo. Geralmente tem uma

relação apenas limitada com o Parlamento. O modelo judicial ou napoleônico funciona resumidamente da seguinte forma:

- O Parlamento autoriza as despesas no orçamento anual;
- Representantes do Ministério das Finanças ou órgão equivalente, alocados nos demais ministérios e órgãos, agem como contadores públicos, sendo responsáveis pelos dispêndios e por elaborar as demonstrações financeiras anuais;
- O Ministro das Finanças normalmente tem um papel ativo estabelecendo regras para os contadores públicos e demais agentes e também verificando se essas regras são sendo cumpridas, exercendo quase um papel de auditoria interna;
- A EFS audita as demonstrações financeiras anuais preparadas pelos contadores públicos;
- A EFS julga a legalidade das ações dos contadores públicos e pode aprovar as contas ou impor penalidades nos casos em que transações ilegais forem identificadas;
- No final do período orçamentário, o Ministro das Finanças elabora as contas do Estado, tratando do gasto público como um todo;
- A EFS normalmente apresenta um relatório sobre as contas do Estado ao Parlamento, reportando os achados encontrados nas auditorias individualizadas dos contadores públicos, assim como procedimentos de revisão mais amplos;
- As contas anuais do governo como um todo são apreciadas pelo Parlamento, que pode aprova-las ou não.

Para os objetivos deste trabalho, três aspectos fundamentais desse modelo devem ser ressaltados. Primeiro, a composição colegiada. Segundo, o fato de que os agentes governamentais relevantes normalmente são responsabilizados pessoalmente pelas somas envolvidas se um pagamento não autorizado ou ilegal for realizado. O segundo aspecto relevante é o foco das auditorias, que tende a ser verificar a legalidade das transações que foram levadas a efeito no órgão auditado, e não a performance do gasto:

Sistemas judiciais tradicionalmente se concentram na conformidade com regras e regulamentos detalhados para assegurar que o dinheiro foi adequadamente gasto. Entretanto, há menos foco reduzido em questões mais amplas de gestão financeira relacionadas à economia, eficiência e eficácia do gasto. Há o risco de falhar ao deixar de observar a perspectiva mais ampla de como os recursos foram utilizados. (DFID, 2004, p. 8)

Quanto aos custos de transação, o modelo napoleônico representa o extremo oposto ao modelo de *Westminster*. As competências repressivas e punitivas e a possibilidade de responsabilização pessoal impõem efetivamente uma **ameaça de conflito** aos agentes que administram os recursos. Ademais, o enfoque legalista das auditorias eleva o **risco**, dado que os agentes se envolvem em esforços para se resguardar da possibilidade de interpretações divergentes da legislação, dada a sua inevitável ambiguidade. A composição colegiada agrava esse fator, pois os agentes são forçados a tentar antecipar como será o posicionamento de todas as pessoas que integram o órgão.

4.1.3.3 O modelo de conselho ou colegiado

O modelo de conselho ou colegiado representa um meio-termo entre os modelos de *Westminster* e napoleônico. Nesse modelo, a EFS é constituída por um conselho que toma as decisões de maneira colegiada, assim como ocorre no napoleônico. Também podem ser formados conselhos setoriais entre os membros com competências específicas. Todavia, nesse modelo a EFS não dispõe de poderes judiciais ou quase-judiciais; os relatórios e opiniões do colegiado são submetidas ao Parlamento, onde usualmente são apreciadas por uma comissão de finanças ou fiscalização, a exemplo do modelo de *Westminster*.

Os membros dos colegiados normalmente tem uma considerável liberdade ao definir suas metodologias de trabalho e pode haver uma variedade de abordagens de auditoria entre os diferentes conselhos da mesma instituição. Ou seja, o foco das auditorias – se financeira ou de conformidade – é muito influenciada pelo contexto legislativo e histórico do país em que opera a EFS (DFID, 2004, p. 10).

Dadas essas características, é apenas lógico que o modelo de conselho ou colegiado se situe em uma posição intermediária entre o modelo de *Westminster* e o modelo napoleônico também no que diz respeito aos custos de transação.

4.2 INDICADORES PARA OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Conforme já reconheceu Williamson, custos de transação são notoriamente difíceis de mensurar quantitativamente e até mesmo de estimar:

Embora o conceito de custos de transação tenha apelo difundido, a mensuração dos custos de transação apresenta dificuldades formidáveis. Essas dificuldades são significativamente aliviadas ao olhar para a questão da governança de modo comparativo, de modo que os custos de um modo de governança são sempre examinados em relação a modos alternativos que sejam factíveis (1996, p. 5).

Metodologicamente, portanto, a solução é identificar variáveis *proxy* que possam indicar o nível dos custos de transação, de forma a viabilizar uma análise comparativa entre arranjos institucionais diferenciados. Assim, ainda que não seja inviável, neste trabalho, dimensionar financeiramente os custos de transação de cada arranjo e estabelecer o quanto é gasto, é possível apontar que uma estrutura de governança é mais custosa do que outra a partir de determinadas variáveis.

A seguir serão propostas duas variáveis: a primeira que pode representar o nível de custos de transação de cada arranjo; a segunda pode servir de *proxy* para indicar a ineficiência imposta pelo excesso de custos de transação.

4.2.1 Variações na forma de aconselhamento e representação judicial da Administração

É possível afirmar que o gasto governamental com aconselhamento jurídico e representação judicial representaria uma variável *proxy* ideal para estimar os custos de transação que são objeto deste trabalho. Esses gastos constituem as despesas realizadas pela administração estatal com profissionais especializados para auxiliar nos esforços de interpretação das leis, para resguardar-se de riscos futuros quanto a interpretações discordantes e para promover a defesa nos eventuais litígios judiciais e administrativos que ocorrem em razão dos entendimentos conflitantes.

Para tanto, tendo em vista que as variações institucionais de interesse ocorrem entre países, a comparação dos gastos com aconselhamento jurídico e representação judicial deveria ser feita entre diferentes nações. Todavia, ocorre que as bases de dados disponíveis internacionais que contém informações de receita e despesa de diferentes países atualmente não apresentam o detalhamento necessário para que seja feita uma comparação dessa natureza.

Apesar da ausência do dado quantitativo, entende-se que determinadas características estruturais no ambiente institucional de cada país são representativas do nível de custos de transação incidente sobre o funcionamento da burocracia estatal. Essa variável está relacionada aos diferentes modelos de aconselhamento legal e representação judicial da Administração Pública adotados em cada país.

Os serviços de aconselhamento jurídico e representação judicial do Estado não são serviços públicos propriamente ditos; são atividades meio ou instrumentais que nascem como resposta à necessidade da própria burocracia estatal de interpretar a legislação que lhe é dirigida e solucionar os conflitos correspondentes. Portanto, é razoável supor que o grau de aparelhamento e sofisticação institucional dos órgãos públicos imbuídos da competência de exercer a advocacia pública de Estado representa uma medida bastante fiel do nível de custos de transação a que está sujeita a burocracia estatal.

A amparar esse raciocínio, basta notar a heterogeneidade das configurações institucionais existentes entre os diferentes países no que diz respeito à organização da advocacia pública de Estado. Diferente do que ocorre com outras funções típicas de Estado – como educação, saúde, segurança pública, meio ambiente, finanças etc. – que quase sempre contam com um ministério ou órgão equivalente, a advocacia pública de Estado nem sempre é exercida por uma instituição exclusiva ou organizada especificamente para esse fim, como ocorre aqui no Brasil com a Advocacia-Geral da União. Em alguns países, por exemplo, ela é apenas uma das funções do Ministério da Justiça; em outros, ela é estruturada efetivamente como um órgão próprio, ainda assim com suas variações:

Existem três grandes modelos de Advocacia Pública, segundo estudos de direito comparado. O primeiro é aquele em que há uma única instituição que exerce as funções de defesa, de assessoramento e de consultoria do Estado e da sociedade; em geral, este órgão é a Advocacia ou Procuradoria de Estado. O segundo é aquele em que tais funções são divididas entre uma instituição que representa o Estado e outra que representa a sociedade;

normalmente a divisão ocorre entre a Defensoria Pública e o Ministério Público, o qual abarca também as funções de Advocacia de Estado. O terceiro divide a representação entre Estado, sociedade e necessitados, nos seguintes órgãos, respectivamente: Advocacia de Estado, Ministério Público e Defensoria Pública (VIEIRA et al, 2014, p. 21-22).

Não se confunda causa com consequência. O grau de sofisticação ou complexidade institucional da advocacia pública de Estado de determinado país não é uma causa de custos de transação mais elevados, mas sim um sintoma bastante objetivo a indicar a sua presença. É apenas natural que, nos países em que a Administração Pública se sujeita a uma incidência maior de conflitos jurídicos, cresça a necessidade de estruturar e aparelhar órgãos específicos para exercer as atribuições de defesa judicial. Nesse mesmo contexto, a atribuição de “dizer a lei” dentro da burocracia estatal também se eleva em importância, o que faz com que as carreiras de servidores públicos que exerçam essa função conquistem prerrogativas funcionais diferenciadas.

Portanto, a variação institucional na forma de aconselhamento e representação judicial da Administração sinaliza os custos de transação de cada combinação de estruturas de governança e pode ser utilizada para os efeitos comparativos pretendidos.

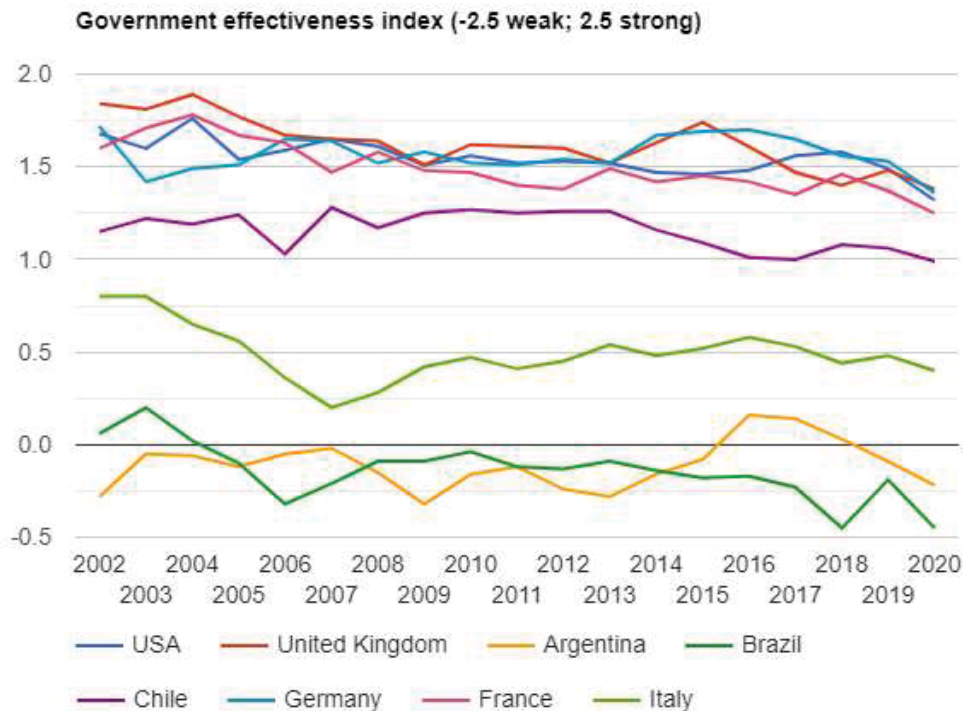
Infelizmente, não há base de dados que consolide essas informações, de modo que esses elementos tiveram que ser levantados caso a caso, em literatura disponível ou diretamente na legislação de cada país.

4.2.2 Percepção quanto à eficácia institucional

O já citado indicador de eficácia governamental representa uma das dimensões¹⁴ dos indicadores mundiais de governança (*Worldwide Governance Indicators – WGI*) elaborados pelo Banco Mundial. A evolução desse indicador nos países analisados para o período 2000-2020, está exposta no gráfico a seguir:

¹⁴ O WGI apresenta indicadores de governança agregados ou individualizados para mais de 200 países e territórios do período de 1996-2020, para seis dimensões de governança: voz e responsabilização, estabilidade política, eficácia do governo, qualidade regulatória, Estado de Direito e controle da corrupção. Os dados estão disponíveis em: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/>

Gráfico 2 – Evolução do indicador eficácia governamental dos países selecionados



FONTE: Elaboração própria, a partir da ferramenta disponível em <https://www.theglobaleconomy.com/> e dados do Banco Mundial

Entretanto, esse indicador constitui um agregado resultante da consolidação de diversos outros indicadores¹⁵, compilados de várias fontes governamentais e não governamentais, e que tem o seguinte objetivo geral com escopo bastante amplo:

Capturar percepções da qualidade dos serviços públicos, da qualidade do funcionalismo público civil e seu grau de independência de pressões políticas, da qualidade da formulação e da implementação das políticas e da credibilidade do comprometimento do governo com tais políticas (KAUFMANN et. al., 2010, p. 4).

Dentre os indicadores que são consolidados no agregado, foram identificadas duas variáveis que podem servir como indicativos do nível comparado dos custos de

¹⁵ Além da eficácia institucional e do excesso de burocracia, esse indicador também agrega medidas de relativas à estabilidade governamental, descentralização e transparência, competência dos servidores públicos, exposição do serviço público à interferência política, qualidade da infraestrutura rodoviária, eficiência dos serviços postais, qualidade dos serviços públicos de saúde, dentre outros.

transação de cada e da ineficiência imposta pelo excesso de custos de transação: “qualidade da burocracia / eficácia institucional” e “burocracia excessiva / *red tape*”¹⁶.

As duas variáveis selecionadas para referenciar o presente trabalho são compiladas e tratadas pelo Banco Mundial a partir de dados coletados da *Country Viewswire Service* da *Economist Intelligence Unit* – EIU¹⁷ e do *International Country Risk Guide* da *Political Risk Services Group* – PRS¹⁸. Pesquisando nas bases de dados do Banco é possível encontrar esses dois indicadores desagregados do indicador geral de eficácia do governo. O Banco Mundial reescala as variáveis individuais de zero a um, com os maiores valores indicando melhores resultados.

No caso da EIU, as percepções quanto à eficácia institucional e burocracia excessiva dos países são colhidas de uma rede de 500 correspondentes globais, revisadas para consistência por painéis de especialistas regionais (KAUFMANN et. al., 1999, p. 38). A base de dados conta com 120 países em 2000 e dispõe de informações de 180 países em 2020. No período 2000-2020, há dados disponíveis para todos os anos, com exceção apenas de 2001.

No caso dos dados da PRS, o levantamento cobre um total de 140 países no período 2000-2020, também disponível todos os anos com exceção de 2001 e as avaliações dos *experts* estão sujeitas a revisão de pares nos níveis temático e regional, para garantir a coerência e a comparabilidade entre os países (KAUFMANN et. al., 1999, p. 49).

Com base nesses indicadores desagregados, foram construídos pelo próprio autor dois *rankings* – um para os dados da PRS e outros para os dados da EIU – a partir da nota média dos países no período 2000-2020. Optou-se por utilizar a média para todo o período (ao invés de apenas a última nota, por exemplo) para tentar

¹⁶ De acordo com o *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, *red tape*, literalmente traduzida como “fita vermelha”, é uma expressão idiomática que significa “leis e regulamentos oficiais complicados, especialmente quando são considerados desnecessários; burocracia excessiva”. (p. 977)

¹⁷ A EIU é uma organização com fins lucrativos que produz análises e previsões do ambiente político, econômico e de negócios em mais de 180 países. Em 1997, a EIU lançou a publicação quadrimestral *The Country Risk Service*, que contém as medidas de questões de governança que são utilizadas pelo Banco Mundial para construção do WGI. Fonte: <https://www.eiu.com/>

¹⁸ A PRS Group é uma empresa afiliada à *Investment Business with Knowledge* (IBC), uma corporação baseada nos Estados Unidos que fornece informação atualizada para negócios internacionais. A PRS foi fundada em 1980 e é localizada em Syracuse, Nova York. Desde 1982, a PRS produz o *International Country Risk Guide* (Guia Internacional de Risco dos Países), que apresenta avaliações dos riscos políticos, econômicos e financeiros de um grande número de países desenvolvidos e em desenvolvimento e é utilizada como uma das fontes de dados para o WGI do Banco Mundial. Fonte: <https://www.prsgroup.com/>

capturar efeitos de longo prazo já consolidados, dado que geralmente os impactos das instituições somente se dão após o decurso de períodos de tempo extensos.

Os *rankings* completos constam do Apêndice 1 deste trabalho. Os quadros a seguir apresentam classificação e nota dos países selecionados para análise:

Quadro 4 – Rankings dos países selecionados

Ranking pelos dados da <i>Economist Intelligence Unit</i>			Ranking pelos dados da <i>Political Risk Services Group</i>		
Posição	País	Nota média 2000-2020	Posição	País	Nota média 2000-2020
9º	United Kingdom	0,869	1º	Germany	1,000
12º	France	0,831	1º	United Kingdom	1,000
15º	Germany	0,772	1º	United States	1,000
16º	United States	0,769	26º	France	0,769
17º	Chile	0,750	27º	Argentina	0,750
48º	Italy	0,450	27º	Chile	0,750
56º	Argentina	0,394	48º	Italy	0,631
68º	Brazil	0,300	59º	Brazil	0,513

FONTE: elaboração própria a partir de dados do Banco Mundial.

A despeito de algumas exceções, os rankings apresentam uma considerável consistência nas posições relativas dos países. A maior divergência diz respeito ao caso da Argentina, que ocupa a 56ª posição no *ranking* WGI-EIU e a 27ª posição no *ranking* WGI-PRS, empatada com Chile e outros 18 países.

Ainda que sejam opiniões de especialistas submetidas a processos de revisão, são indicadores que medem percepções subjetivas, de modo que algum desvio é esperado.

4.3 DADOS DOS PAÍSES SELECIONADOS

Neste tópico serão apresentados os dados relativos às variáveis abordadas acima para cada um dos países, com comentários específicos nos casos em que se identifica alguma particularidade ou especificidade relevante.

Ressalte-se que os dados apresentados dizem respeito aos entes nacionais. O tratamento de cada país para os entes subnacionais – Estados e Municípios – pode ser diferenciado.

4.3.1 Reino Unido

O quadro abaixo apresenta a configuração institucional identificada no Reino Unido:

Quadro 5 – Configuração institucional do Reino Unido

	Modelos de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
Custos de Transação Crescentes →	Jurisdição específica	Executivo	<i>Westminster</i>
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica

Modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração:
Centralizado no Ministério da Justiça, com terceirização

FONTE: elaboração própria.

O Reino Unido ocupa a 9ª posição no ranking WGI-EIU e a 1ª posição no ranking WGI-PRS¹⁹.

Particularidade de destaque diz respeito ao modelo de revisão jurisdicional dos atos administrativos. Como contrapartida pela jurisdição limitada, há uma instância administrativa de reconsideração independente da autoridade que proferiu a decisão inicial:

No Reino Unido, a reconsideração é efetuada por um tribunal administrativo independente da agência que tomou a decisão inicial. Tradicionalmente, cada agência de regulação ou de gestão de benefícios tem seu próprio tribunal correspondente. (...) Os tribunais do Reino Unido tipicamente empregam um grande número de juízes, muitos dos quais não são advogados.

....

O Reino Unido e a Austrália investem muitos dos seus recursos para adjudicação no processo de reconsideração oferecido pelos tribunais administrativos. Esse é o nível em que as partes privadas consideram ter as

¹⁹ 21 países empatam na 1ª posição no ranking WGI-PRS.

melhores chances para obter um resultado favorável. No nível inicial de tomada de decisão pela agência, há poucos requisitos procedimentais; na revisão judicial, o escopo estreito da revisão impede as cortes de fornecer o socorro em muitos casos que envolvem disputas de fato ou discricionariedade. De fato, no Reino Unido, o tribunal administrativo superior parece ter suplantado quase que integralmente a revisão judicial por cortes de jurisdição geral. (ASIMOW, 2015, pp. 18-19).

Dito de outra forma, o Poder Executivo efetivamente internalizou parte das transações relacionadas à revisão dos atos administrativos para resolução dos conflitos, com a correspondente redução na necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Esse fenômeno também ocorre nos Estados Unidos, outros países em que se adota a jurisdição limitada, como se verá adiante.

Além da boa posição nos rankings, corrobora a existência de um arranjo institucional com baixos custos de transação o modelo bastante flexível implantado para a advocacia de Estado:

No Reino Unido, diferente dos Estados Unidos, o sistema de representação judicial é baseado na terceirização. No nível mais alto da hierarquia do sistema de representação está o Departamento do Procurador do Tesouro, que é supervisionado pelo Procurador Geral. Esse departamento é responsável por administrar listas de advogados que podem representar o Estado, chamadas de "painéis". Os membros dos painéis não são servidores públicos civis, mas advogados privados. (...) Ministérios governamentais procurando representação judicial devem usar advogados privados que são membros do painel, embora possam escolher qualquer advogado da lista. (BAKSHI, 2016, pp. 8-9).

4.3.2 Alemanha

O quadro a seguir apresenta a configuração institucional identificada na Alemanha:

Quadro 6 – Configuração institucional da Alemanha

	Modelos de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
Custos de Transação Crescentes ↓	Jurisdição específica	Executivo	<i>Westminster</i>
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica
Modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração:			
Descentralizado			

FONTE: elaboração própria.

A Alemanha ocupa a 15ª posição no ranking WGI-EIU e a 1ª posição no ranking WGI-PRS (empatada com outros países).

O arranjo institucional alemão merece alguns comentários para destacar algumas particularidades.

O sistema jurisdicional alemão é dualista, mas a justiça administrativa não integra o Poder Executivo e, diferentemente do italiano e do francês, não possui funções de aconselhamento ou consultoria. Isso, a princípio, apontaria para custos de transação mais elevados, pois eliminaria algumas das vantagens comparativas do modelo. Entretanto, o indicativo de baixos custos de transação permanece, pois o Poder Executivo reserva significativa influência na designação dos membros da justiça administrativa. A seleção é feita por uma comissão composta de ministros dos Estados (*Länder*) alemães e parlamentares. Além disso, o Ministro federal da Justiça é quem efetua a nomeação.²⁰ Ainda que os juízes já nomeados contem com prerrogativas e autonomia para atuar com independência posteriormente, o método de seleção permite que sejam selecionados juízes tecnicamente alinhados a posicionamentos pró-governo.

Assim como em outros modelos, o Ministério Público é subordinado organizacionalmente ao Poder Executivo, supervisionado pelo Ministério da Justiça. Mais uma vez, todavia, chama a atenção a forma de contratação: a nomeação dos

²⁰ https://www.aca-europe.eu/seminars/2005_Trier/Allemagne_en.pdf

procuradores federais é feita pelo Presidente, a partir de proposta do Ministro da Justiça e com a concordância do Parlamento. Além disso, o Procurador-Geral pode ser aposentado temporariamente pelo Ministro da Justiça a qualquer tempo e sem maiores justificativas.²¹

Mais uma vez, o *design* institucional com baixos custos de transação se reflete em um modelo de advocacia legal de Estado bastante simples:

Na Alemanha, não há uma única agência concentrando a autoridade de oferecer aconselhamento legal e de representar o governo. Cada ministério independentemente emprega advogados que cuidam de seus assuntos legais, relativos tanto à assessoria jurídica quanto à representação judicial, e cada ministério tem a discricionariedade de decidir quanto à estrutura do seu departamento legal. Não há lei ou procedimento na Alemanha que determine a forma de indicação dos advogados nos departamentos legais, embora eles sejam usualmente empregados como servidores civis. (BAKSHI, 2016, p. 7)

4.3.3 Estados Unidos

O quadro a seguir apresenta a configuração institucional identificada nos Estados Unidos:

Quadro 7 – Configuração institucional dos Estados Unidos

	Modelos de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
Custos de Transação ↘ Crescentes	Jurisdição específica	Executivo	<i>Westminster</i>
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica

Modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração:
Centralizado no Ministério da Justiça

FONTE: elaboração própria.

²¹<https://www.generalbundesanwalt.de/EN/FederalPublicProsecutorGeneral/legal-position-AttorneyGeneral/legal-position-AttorneyGeneral-node.html>

Os Estados Unidos ocupam a 16ª posição no ranking WGI-EIU e a 1ª posição no ranking WGI-PRS (e empate com outros países).

Relevante destacar que, assim como ocorre no Reino Unido, a limitação ao exercício da jurisdição sobre os atos administrativos foi compensada com o aperfeiçoamento de mecanismos de resolução administrativa de conflitos. Na expressão de Perlingeiro, o exercício da atividade jurisdicional administrativa é compartilhado entre o Executivo e o Judiciário:

Nos EUA, ao contrário, com a evolução do seu tradicional sistema judicial monista, a tendência é compartilhar o exercício da atividade jurisdicional administrativa entre o Executivo e o Judiciário, não como nos primórdios da justiça administrativa europeia, porém num modelo em que decisões administrativas são proferidas por autoridades que detêm certa dose de independência (*quasi-judicial bodies, administrative tribunals*), em um processo extrajudicial com garantias próximas ao *due process of law*, que são modificadas pelo Judiciário – não especializado - somente quando contrárias à razoabilidade, dificilmente adentrando-se no seu suporte fático (revisão judicial limitada) (PERLINGEIRO, 2015, p. 92).

Os serviços administrativos de representação judicial e aconselhamento legal são concentrados no Ministério da Justiça, que é chefiado pelo Procurador-Geral e que ocupa uma posição explicitamente política. Essas atribuições foram separadas e delegadas a várias agências governamentais e profissionais, mas permanecem subordinadas à liderança política (BAKSHI, 2016, p. 6).

4.3.4 França

O quadro abaixo resume a configuração institucional identificada na França:

Quadro 8 – Configuração institucional da França

	Modelos de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
Custos de Transação Crescentes ↓	Jurisdição específica	Executivo	Westminster
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica
Modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração:			
Centralizado no Conselho de Estado			

FONTE: elaboração própria.

A França ocupa a 12ª posição no ranking WGI-EIU e a 26ª posição no ranking WGI-PRS.

A grande particularidade do arranjo institucional francês está ligada ao seu modelo de jurisdição sobre os atos administrativos, especialmente no papel desempenhado pelo Conselho de Estado (*Conseil d'État*), que se situa no topo da estrutura da justiça administrativa na França.

O Conselho de Estado francês sempre fez parte do Poder Executivo e um terço dos conselheiros são escolhidos pelo governo entre personalidades externas ao Conselho, o que se traduz em significativa influência da Administração na escolha dos julgadores. Do ponto de vista dos próprios franceses, o modelo é defendido como uma medida necessária para resguardar a separação entre os três Poderes:

Há um famoso adágio no direito administrativo francês – *juger l'administration, c'est encore administrer* – “julgar a administração ainda é administrar”. Ele reconhece a dificuldade, senão a impossibilidade, de separar o processo de controle legal do processo subjacente de administrar. (ROSE-ACKERMAN et al, 2010, p. 12).

Concorde-se ou não com o argumento principiológico, do ponto de vista econômico é inegável que essa organização institucional tem efeitos redutores sobre os custos de transação da Administração.

Outro fator determinante para redução nos custos de transação são as funções bastante amplas de aconselhamento jurídico do Conselho do Estado, que

responde consultas tanto da Administração quanto do Poder Legislativo quanto à legalidade de projetos de lei ou outras normas. Além disso, nos termos do artigo L112-2 do Código de Justiça Administrativa da França²² também é possível que Conselho seja consultado pelos ministros quanto a “dificuldades que surjam em matéria administrativa” (*difficultés qui s’élèvent en matière administrative*), que basicamente pode abranger qualquer questão de governo relevante, inclusive matérias relativas a políticas públicas e casos concretos (TONETTO, 2016, pp. 43-44).

No exercício dessa função, o Conselho de Estado da França desempenha também atividades típicas de uma advocacia de Estado, com o diferencial de ser o próprio órgão julgador que está a responder a consulta. As vantagens, do ponto de vista da segurança jurídica e da redução dos custos de transação, são relevantes. Embora seja um modelo bastante singular do ponto de vista da engenharia institucional envolvida, parece ser equivalente ao modelo americano no sentido de que as funções são centralizadas em um órgão que não possui atribuições exclusivas de aconselhamento judicial.

Todas essas características associadas (vinculação ao Poder Executivo, critério para nomeação dos julgadores, amplas atribuições de aconselhamento legal) tornam o sistema francês ímpar dentre os países investigados, mesmo dentre aqueles que copiaram o modelo francês de justiça administrativa sem obter o mesmo sucesso no que diz respeito aos custos de transação (vide o exemplo da Itália, a seguir).

Paralelo análogo pode ser feito entre o Tribunal de Contas francês (*Cour des Comptes*), que foi instituído por Napoleão em 1807, e os Tribunais de Contas brasileiros. No que diz respeito às suas características, a corte de contas francesa constitui o típico exemplo do modelo judicial²³ de EFS, daí ser usual designar o modelo de napoleônico. Entretanto, é interessante notar que, ao importar o modelo, também o Brasil incorporou algumas características próprias que parecem ter agravado os custos de transação daquele modelo que, dentre as alternativas de EFS, já representa a mais custosa. Para contrastá-lo adequadamente com o modelo francês, o tema será aprofundado no tópico referente ao arranjo institucional brasileiro.

²² https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070933/2022-07-07/

²³ Ainda que a *Cour des Comptes* não integre o Poder Judiciário na França.

4.3.5 Itália

O quadro abaixo resume a configuração institucional identificada na Itália:

Quadro 9 - Configuração institucional da Itália

	Modelos de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
Custos de Transação Crescentes ↓	Jurisdição específica	Executivo	<i>Westminster</i>
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica

Modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração:
Órgão exclusivo: Advocacia de Estado

FONTE: elaboração própria.

A Itália ocupa a 48ª posição tanto no ranking WGI-EIU quanto no ranking WGI-PRS, o que sinaliza custos de transação mais elevados, especialmente quando comparada aos seus pares europeus.

Corroborando essa conclusão, tem-se o fato de que a advocacia de Estado na Itália encontra-se amplamente estruturada, com carreira funcional própria dotada de prerrogativas diferenciadas estabelecidas legalmente. Ademais, do ponto de vista administrativo

apesar de uma dependência formal em relação à estrutura de governo, com natureza prevalentemente organizacional, a Advocacia do Estado goza de um status de ampla autonomia, (...) muito próxima da autonomia da magistratura” (CORTESE, 2014, p. .144).

Ou seja, tanto a posição nos rankings quanto a variável institucional relativa ao modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração apontam para custos de transação mais altos na burocracia italiana.

O arranjo institucional representado pelas categorias gerais ajuda a explicar o caso da Itália, mas há particularidades que parecem agravar o fenômeno no país.

Em primeiro lugar, embora optante de um modelo de jurisdição administrativa que copia em boa parte o exemplo francês (teoricamente mais econômico nos custos de transação), o regramente referente ao funcionamento do *Consiglio di Stato* italiano possui algumas particularidades que mitigam os benefícios do modelo.

Enquanto na França a consulta prévia ao Conselho de Estado é compulsória apenas nos casos de projetos de lei, regulamentos e principais decretos, sendo facultativa nos demais casos, no caso da Itália essa compulsoriedade foi substancialmente ampliada para contemplar também várias decisões administrativas e modelos gerais de contratos, acordos e convenções.²⁴

Quanto à composição da justiça administrativa, na Alemanha e na França o Poder Executivo exerce significativa influência nos processos de seleção e treinamento dos juízes e na formação do Conselho de Estado. Na França, por exemplo, muitos dos juízes são selecionados entre os melhores estudantes da *École Nationale d'Administration* (enquanto os juízes da justiça comum são selecionados na Escola Nacional de Magistrados) e o governo determina um terço da composição do Conselho de Estado. Na Itália, entretanto, a influência do Poder Executivo se restringe à escolha de um quarto dos membros do Conselho.

Finalmente, a Itália notoriamente sofre com um sistema judiciário ineficiente. Ainda que a justiça administrativa na Itália seja relativamente mais eficiente do que sua justiça comum, como evidenciam os dados apresentados no tópico __ acima, a performance geral do sistema judicial italiano (comum e administrativa) é apontada como o sistema judicial com o pior desempenho da União Européia, a ponto de representar um obstáculo para o desenvolvimento do país²⁵.

No que diz respeito ao modelo do órgão responsável pela persecução penal, o modelo italiano parece conferir notável autonomia e prerrogativas para os membros do Ministério Público:

A singularidade da configuração institucional do judiciário italiano se torna ainda mais claro considerando a posição dos promotores públicos. Na maioria dos países democráticos existem amarras institucionais entre os oficiais de

²⁴ Sobre as diferenças entre a jurisdição administrativa nesses dois países, consultar <http://www.iasaj.org/membres/pays/france/36> e <http://www.iasaj.org/membres/pays/italie/48>.

²⁵ Nesse sentido, ver o relatório do Fundo Monetário Internacional “*Judicial System Reform in Italy— A Key to Growth*”, disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2014/wp1432.pdf>; o relatório da Comissão Européia “*The 2021 EU justice scoreboard*”, disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b2a115fd-3d1d-11ec-89db-01aa75ed71a1>;

acusação e o sistema político. Mesmo com alguma variação de país para país, mecanismos específicos estão sempre presente para permitir que a acusação seja influenciada pelo ambiente político, ao menos em linhas gerais. Apenas a Itália apresente uma configuração diferente em que os meios institucionais à disposição do sistema político são poucos e raramente utilizados. O status dos promotores públicos é idêntico ao dos juizes. De fato, como previamente discutido, magistrados acusadores e juizes fazem parte do mesmo corpo que se governa através do Conselho Superior da Magistratura. (GUARNIERI, 1994, p. 249)

4.3.6 Chile

O quadro abaixo resume a configuração institucional identificada no Chile:

Quadro 10 - Configuração institucional do Chile

	Modelo de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
Custos de Transação Crescentes →	Jurisdição específica	Executivo	<i>Westminster</i>
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica
Modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração:			
Órgão exclusivo: Advocacia de Estado			

FONTE: elaboração própria.

O Chile ocupa a 17ª posição no ranking WGI-EIU e a 27ª posição no ranking WGI-PRS, o país latino-americano mais bem colocado em ambos os rankings.

Há algumas particularidades relevantes a serem destacadas no caso do Chile.

Iniciando pela mais simples, há que se ressaltar que a implantação do Ministério Público como instituição autônoma é fato relativamente recente na história chilena, diferentemente da generalidade dos países da América do Sul:

Ao contrário de outros países da região, nos quais o Ministério Público existiu praticamente desde o período da configuração dos respectivos sistemas de

justiça penal no século XIX, o Chile não contava com essa instituição desde 1927. (DUCE, 2011, p. 128)

O Ministério Público como instituição autônoma no Chile surgiu apenas a partir da edição de um conjunto de leis e reformas, a saber: a Lei nº 19.519, publicada em 16 de setembro de 1997 (*Crea el Ministerio Publico*); a Lei nº 19.640, de 15 de outubro de 1999 (*Ley Organica Constitucional Del Ministerio Publico*); e a Lei nº 20.050, publicada em 26 de agosto de 2005 (*Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitucion Politica de la Republica*). De um ponto de vista histórico-institucional, trata-se de uma alteração relativamente recente, cujos plenos efeitos podem ainda não ter se concretizado.

O modelo de advocacia de Estado, a princípio, sinaliza custos de transação superiores, uma vez que o *Consejo de Defensa del Estado* (Conselho de Defesa do Estado) reúne todas as características típicas das procuradorias ou advocacias públicas estruturadas como órgãos próprios, com carreira específica e prerrogativas diferenciadas (MEDINA, 2018, 49-51). De acordo com o artigo 1º da *Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado*²⁶, o órgão é dotado de personalidade jurídica e independente de todos os Ministérios, vinculando-se diretamente abaixo do Presidente da República.

Entretanto, o órgão colegiado situado no ápice de sua estrutura é composto por doze conselheiros, cujas regras para nomeação indicam grande liberdade do Presidente da República, pois podem ser pessoas estranhas à carreira estatutária (artigo 12 da Lei Orgânica). Ainda assim, há garantia de estabilidade na função até a aposentadoria aos 75 anos, salvo em caso de disposição do Presidente da República com anuência do Senado.

O Presidente do Conselho, a quem compete a direção superior da instituição, também é de livre escolha do Presidente da República dentre os integrantes do conselho e exerce a função por três anos, podendo ser renovado (artigo 17 da Lei Orgânica).

Do ponto de vista dos custos de transação, a grande distinção do arranjo institucional chileno parece relacionada ao modelo de revisão judicial dos atos administrativos conjugado ao papel exercido pela entidade de fiscalização superior.

²⁶ <https://www.cde.cl/ley-organica/>

Com relação à revisão judicial, o Poder Judiciário chileno é conhecido por adotar uma postura de deferência e passividade em relação aos atos da Administração. COUSO, com base em análise própria efetuada sobre a jurisprudência das cortes chilenas, bem como levantamentos realizados por terceiros, conclui que o Poder Judiciário do Chile demonstra uma notável indisposição de se contrapor ao Poder Executivo, com tendência de dar sustentação à legalidade dos atos do governo (2003, pp. 77-82).

Enquanto alguns estudiosos atribuem a passividade deliberada das cortes chilenas ao conservadorismo ou à ideologia dominante entre os juízes, COUSO entende que a deferência ao Executivo “representa uma resposta razoável de um sistema judiciário que dá prioridade à sua existência como ramo independente do governo” (2003, p. 88). Por outras palavras, seria uma estratégia de sobrevivência para preservar a autonomia, dado o histórico político do país.

De todo modo, independentemente de causas histórico-políticas, nota-se que o desenho jurídico-institucional do Chile contribui para essa postura do Poder Judiciário, pois incorpora, no âmbito do seu sistema de revisão judicial, um órgão do próprio Poder Executivo:

O sistema chileno de revisão judicial é peculiar. Ele consiste em um número de mecanismos espalhados entre diferentes órgãos constitucionais, representando aquilo que os estudiosos chilenos chamam de sistema “misto” ou “disseminado” de controle da constitucionalidade de leis e atos administrativos. O sistema é então caracterizado por uma divisão de trabalhos entre a Corte Constitucional (*Tribunal Constitucional*) encarregada do controle “preventivo” da constitucionalidade de leis e decretos executivos; as cortes superiores do judiciário regular (as *Cortes de Apelaciones* e a *Corte Suprema*), com jurisdição sobre uma recém-criada injunção constitucional (o *recurso de protección*); um raramente utilizado mandado de não-aplicabilidade de leis (*recurso de inaplicabilidad*); e um órgão especial dotado do poder de exercer o controle da constitucionalidade dos atos administrativos (*Contraloría General de la República*).

(...)

A principal função dessa entidade é controlar a legalidade da ação administrativa, a qual ela exerce ao declarar ilegal qualquer decreto ou regulamento expedido pelo governo que excede as bases legais que autorizam o presidente ou uma agência administrativa de regulamentar os detalhes da legislação. Esse papel tem grande significância no sistema legal do país, devido à ausência de cortes administrativas no Chile durante a maior parte do século XX. Além desse papel no controle da legalidade da ação administrativa, a *Contraloría* foi eventualmente confiada – na constituição de 1980 – com a missão de controlar a constitucionalidade de decretos e regulamentos expedidos pelo governo. (COUSO, 2003, pp. 72-74).

Ou seja, a EFS chilena, além de exercer as funções de controle típicas de um órgão dessa natureza, desempenha também funções de quase-jurisdição. De fato, o artigo 98 da *Constitución Política de la República de Chile* dispõe que o controle da legalidade dos atos da Administração será exercido pela *Contraloría General de la República*.

Segundo CRUZ MILLAR, se trata de uma EFS “sem paralelo no mundo” (2018, p. 15), muito especialmente pelo alcance que adquiriu no controle de legalidade:

A *Contraloría* nasceu para vigiar as finanças públicas, mas, por diversas circunstâncias, acabou por se estender até o controle de legalidade e constitucionalidade da atividade administrativa em geral, chegando inclusive a resolver controvérsias entre a Administração e os particulares, mesmo não detendo caráter de tribunal, suprimindo a existência dos tribunais de contencioso administrativo geral. (Cruz Millar, 2018, p. 8)

Uma das circunstâncias a explicar o papel que a *Contraloría* passou a desempenhar é justamente a ausência da efetiva implementação dos tribunais de contencioso administrativo geral, embora as constituições chilenas de 1925 e 1980 tenham determinado a sua criação. Em 1989 essa previsão deixou de constar da constituição e passou-se ao entendimento de que os tribunais ordinários é que teriam competência para decidir sobre essa natureza de assuntos contenciosos. Entretanto, àquela altura, a *Contraloría* já estava tratando de controvérsias entre particulares e a Administração desde os anos 1950 e prosseguiu fazendo, exercendo uma “jurisdição imperfeita que se emoldura na atividade administrativa” (CRUZ MILLAR, 2018, p. 219).

4.3.7 Argentina

O quadro abaixo apresenta a configuração institucional identificada na Argentina:

Quadro 11 – Configuração institucional da Argentina

	Modelo de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
Custos de Transação Crescentes →	Jurisdição específica	Executivo	<i>Westminster</i>
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica
Modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração:			
Órgão exclusivo: Advocacia de Estado			

FONTE: elaboração própria.

A Argentina ocupa a 56^a posição no *ranking* WGI-EIU e a 27^a posição no *ranking* WGI-PRS e representa, dentre os países selecionados para análise, o caso mais notável de divergência entre os dados da *Economist Intelligence Unit* (EIU) e do *Political Risk Services Group* (PRS), como já antecipado anteriormente no tópico que tratou da classificação dos países.

O arranjo institucional adotado na Argentina no que diz respeito aos modelos de advocacia e Estado, de jurisdição e de vinculação do Ministério Público parecem indicar custos de transação elevados e não foram identificadas particularidades relevantes para mitigar esses efeitos.

Quanto à revisão judicial dos atos administrativos na Argentina, ASIMOW anotou que:

Obviamente, o processo aberto de revisão judicial da ação administrativa requer um investimento significativo de recursos. Na Argentina, a revisão judicial é a etapa que conta, do ponto de vista tanto dos advogados públicos quanto privados, ao invés das fases de decisão inicial ou de reconsideração. (2015, pp. 23-24).

O Ministério Público argentino já existe pelo menos desde o ano de 1886²⁷, mas foi efetivamente na década de 1990 que passou a ser considerado institucionalmente autônomo dos demais Poderes:

A instituição adquire papel protagonista a partir da reforma constitucional de 1994, que lhe outorgou sua verdadeira independência, autonomia funcional e financeira, passando a ser considerado por grande parte da doutrina como um quarto poder ou órgão independente incumbido de promover a ação penal pública em defesa da legalidade e dos interesses gerais da sociedade (Marchisio, 2011, p. 167).

A EFS na Argentina é a *Auditoria General de la Nación*, prevista no art. 85 da Constituição Nacional Argentina²⁸ e reúne os típicos elementos das instituições de fiscalização que seguem o modelo colegiado. Conforme disposições constitucionais e legais²⁹, o presidente do colegiado de auditores é indicado pelo partido político de oposição com maior número de legisladores no Congresso e os demais membros são designados pela Câmara de Senadores (3) e pela Câmara de Deputados (3). O mandato é de oito anos e podem ser reeleitos.

4.3.8 Brasil

O quadro a seguir apresenta a configuração institucional identificada no Brasil:

²⁷ Consta previsão da instituição no art. 116 da Lei n° 1.893, que “organiza a Administração da Justiça da Capital da República”. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-1893-48951/texto>

²⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

²⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/554/textact.htm>

Quadro 12 – Configuração institucional do Brasil

	Modelos de Revisão Judicial	Vinculação do Ministério Público	Modelo de EFS
Custos de Transação Crescentes ↘	Jurisdição específica	Executivo	<i>Westminster</i>
	Jurisdição comum limitada	Judiciário	Colegiada
	Jurisdição comum aberta	Autônomo	Napoleônica

Modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração:
Órgão exclusivo: Advocacia de Estado, com previsão constitucional e status de Ministério

FONTE: elaboração própria.

O Brasil ocupa a 68^a posição no *ranking* WGI-EIU e a 59^a posição no *ranking* WGI-PRS, em ambos os casos a pior classificação dentre os países selecionados para comparação.

Além do desempenho ruim na classificação, o modelo de aconselhamento e representação judicial da Administração também sinaliza custos de transação elevados. A advocacia pública (tanto da União quanto dos Estados) tem previsão constitucional (artigos 131 a 133 da Constituição Federal) e diplomas legais específicos estabelecendo carreiras próprias, que usualmente gozam de prestígio na Administração e salários elevados. Além disso, o Advogado-Geral da União tem status legal de Ministro de Estado³⁰, o que lhe confere determinadas garantias jurídico-processuais, como foro privilegiado.

No que diz respeito às demais variáveis institucionais, o que se nota é que o Brasil parece ter copiado as estruturas de governança mais custosas em termos de custos de transação, acrescentando algumas particularidades agravantes.

Em primeiro lugar, embora o Brasil pertença à tradição legal do *civil law* e seu direito administrativo tenha forte inspiração francesa, no que diz respeito ao modelo de revisão judicial dos atos da Administração houve uma adoção de um modelo monista similar ao americano, em que a sujeição à jurisdição comum foi acompanhada

³⁰ Art. 20, inciso VI da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm

de uma limitação à revisão judicial, mas “compensadas por uma crescente efetividade do *due process of law* na esfera não judicial e prévia à formação das decisões administrativas (*primary jurisdiction*)” (PERLINGEIRO, 2015, p. 131). Nesse sentido:

a influência acidental do constitucionalismo norte-americano na América Latina após os seus respectivos movimentos de independência republicana, a exemplo do que se sucedeu no Brasil, levou a maioria dos novos países, no século XIX, a um sistema de jurisdição unificada no Judiciário (sistema monista), rompendo com suas origens na Europa continental, a qual seguiu um modelo judicial dualista, em que a jurisdição administrativa é estruturada em separado da jurisdição sobre direito privado. Ademais, da mesma forma que o Brasil poderia ser criticado por ignorar a nova versão do Conselho de Estado francês no final do século XIX (*justice déléguée*), é possível que, no futuro, não seja compreensível a razão pela qual países latino-americanos tenham prosseguido com o sistema judicial de jurisdição única sem considerar a evolução do direito administrativo norte-americano a esse respeito. (PERLINGEIRO, 2015, p. 94).

Da mesma forma, o modelo de entidade fiscalizadora foi inspirado no modelo francês, mas ignorou que a *Cour des Comptes* francesa tem seu escopo de atuação centrado e restrito no julgamento das contas dos contadores públicos, conforme regulamenta o Decreto nº 1246 de 7 de novembro de 2012, que trata do orçamento público e gestão contábil³¹. A segregação da função contábil e do ordenador de despesas (gestor orçamentário, na expressão francesa) é um princípio antigo na França que vigora até a atualidade e a função jurisdicional do tribunal de contas francês é baseada no princípio da responsabilidade pessoal e financeira do contador quanto à regularidade e exatidão das demonstrações contábeis. A *Cour des Comptes* não tem autoridade para alcançar a pessoa que deu a instrução para o pagamento ou o recebimento dos valores.

Além disso, as atribuições de responsabilização da entidade francesa também são limitadas: apenas a ocorrência de déficits, a falta ou perda de recursos e valores, a não recuperação de receitas e o pagamento indevido de despesas atraem a responsabilização por imposição de débito, que é exclusivamente civil e caracteriza uma compensação ou ressarcimento aos cofres públicos, não uma punição³².

Tanto do ponto de vista objetivo quanto subjetivo, o escopo da instituição francesa é muito mais limitado do que as competências do Tribunal de Contas da

³¹ Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000026597003/>

³² Sobre o funcionamento da Corte de Contas na França:

<https://www.ccomptes.fr/en/cour-des-comptes>

<http://www.olacefs.com/wp-content/uploads/2014/08/BERTTRAND-DIRINGER.pdf>

União – TCU (usualmente replicadas simetricamente para os tribunais de contas estaduais). Basta observar o alcance subjetivo da jurisdição do TCU, exposta no artigo 5º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992:

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínoza ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

Ademais, além das medidas reparatórias de ressarcimento ou devolução de recursos ao erário, o TCU também agrega competências claramente punitivas, previstas nos artigos 57 a 61 da mesma lei. Além da possibilidade de impor multas, a Corte pode: decretar, no curso de qualquer apuração de irregularidade, a indisponibilidade dos bens do responsável; inabilitar o responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal; e declarar a inidoneidade de responsável para participar de licitação. Cabe destacar que as penalidades aplicadas pelo TCU não excluem a aplicação de sanções penais e de sanções administrativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou demonstrar que a eficiência da burocracia estatal brasileira é afetada negativamente por determinadas escolhas institucionais que impõem custos de transação em estruturas de governança que não agregam proteção ou adaptabilidade em face de potenciais conflitos.

A burocracia estatal é uma forma de organização econômica constituída por estruturas de governança desenhadas para realizar determinadas transações a custos relativamente mais baixos. Para obter esse efeito econômico, as instituições que governam as transações buscam garantir a ordem em relações que são ameaçadas pelo potencial de conflito.

O conflito potencial é determinado por um conjunto de pressupostos cognitivos e comportamentais que são inerentes à natureza humana. Os agentes econômicos são oportunistas e sua racionalidade é limitada. Além disso, suas preferências são instáveis, inconsistentes e determinadas parcialmente de maneira endógena.

Esses pressupostos se refletem nos estatutos legais, que constituem inevitavelmente contratos incompletos no sentido econômico. É impossível agregar perfeitamente todas as preferências sociais em códigos jurídicos que ofereçam comandos precisos de atuação para todas as futuras situações de fato. A racionalidade limitada não permite que todas as situações sejam previstas e, ainda que pudessem ser antecipadas, a premissa da ambiguidade não possibilitaria que as preferências sociais fossem perfeitamente consistidas e ordenadas nos estatutos legais.

Essa realidade, todavia, não é desconhecida pelos agentes econômicos. Alguns desses conflitos são antecipados, e os agentes despendem recursos econômicos em custos de transação para tentar se resguardar da ameaça de consequências negativas. Mesmo assim, por conta dos pressupostos cognitivos e comportamentais, nem todas as ameaças podem ser mitigadas e distúrbios posteriores acabam por ocorrer, o que faz com que os agentes incorram em mais custos de transação para dar solução aos conflitos.

Custos de transação não representam necessariamente um desperdício econômico; eles são impostos pela natureza da transação e derivam das exigências de mensurar os atributos daquilo que está sendo trocado, proteger os direitos de

propriedade e forçar o cumprimento dos contratos. Entretanto, as instituições que são desenhadas para governar essas transações podem variar em seus efeitos, efetivamente agravando ou reduzindo esses custos.

Assim, os custos de transação estão diretamente relacionados ao risco de conflito e ao grau da ameaça que é imposta aos agentes. A eficiência econômica de um determinado arranjo institucional está relacionada aos seus atributos de proteção e adaptabilidade, isto é, à capacidade das estruturas de governança de prescrever instrumentos que minimizam conflitos em potencial e ofereçam solução para os distúrbios que ocorrem.

A comparação do arranjo institucional brasileiro com as estruturas de outros países foi realizada na tentativa de identificar variações no desenho de determinadas instituições (a na forma como essas instituições são combinadas) que pudessem explicar a performance relativamente baixa da Administração Pública no Brasil no indicador de eficácia governamental do Banco Mundial.

O exercício comparativo sinalizou que a Administração Pública no Brasil efetivamente sofre com custos de transação mais elevados. O quadro a seguir consolida as variações na forma de aconselhamento e representação judicial da administração identificadas dentre os diversos países selecionados, classificados por categorias de acordo com os indicativos de custos de transação diferenciais:

Quadro 13 – Variações na forma de aconselhamento e representação judicial da Administração

Categoria	1	2	3	4
País	Alemanha	Reino Unido	Estados Unidos; França	Itália, Brasil, Argentina, Chile
Características principais	Descentralizado	Centralizado; Não é função exclusiva do órgão; Admite tercerização	Centralizado; Não é função exclusiva do órgão.	Centralizado em órgão exclusivo que monopoliza a função (advocacia de Estado)
Custos de transação crescentes →				
Maior sofisticação e rigidez institucional →				

FONTE: elaboração própria.

Além disso, a comparação também aponta para uma correlação entre os arranjos institucionais derivados da combinação dos modelos existentes e os indicadores de custos de transação. Países com determinados arranjos institucionais

tendem a (1) contar com estruturas mais sofisticadas e complexas para o aconselhamento jurídico e a representação judicial e (2) a se classificar comparativamente pior nos *rankings* de eficácia institucional e de excesso de burocracia.

A seguir, o quadro apresenta uma consolidação final reunindo todas as variáveis trabalhadas entre os países as classificações correspondentes nos *rankings* de eficácia institucional:

Quadro 14 – Consolidação final

País	Variáveis determinantes			Indicadores de custos de transação		
	Modelo de revisão judicial	Vinculação do MP	Tipo de EFS	Categoria de aconselhamento/ representação legal	Ranking WGI-EIU	Ranking WGI-PRS
Reino Unido	Comum limitada	Executivo	<i>Westminster</i>	2	9º	1º
Alemanha	Específica	Executivo	Colegiada	1	15º	1º
Estados Unidos	Comum limitada	Executivo	<i>Westminster</i>	3	16º	1º
França	Específica	Executivo	Napoleônica	3	12º	26º
Chile	Comum limitada	Autônomo	<i>Westminster</i>	4	17º	27º
Itália	Específica	Judiciário	Colegiada	4	48º	48º
Argentina	Comum aberta	Autônomo	Colegiada	4	56º	27º
Brasil	Comum aberta	Autônomo	Napoleônica	4	68º	59º

FONTE: elaboração própria.

Evidentemente, dadas as limitações da metodologia empregada, não é possível atestar que há uma relação de causalidade. A quantidade de dados é insuficiente para um tratamento estatístico e seria necessário isolar diversas outras variáveis. Considerando que não foram encontradas bases de dados atualmente que reúnam essas informações, seria necessário um esforço para compilar essas e outras variáveis institucionais de um número maior de países, para então submeter os dados a testes estatísticos robustos. Essa fica como uma recomendação para trabalhos futuros.

De todo modo, a hipótese que foi defendida neste trabalho é de que esta relação existe, pois é coerente com as conclusões da teoria econômica dos custos de transação e as evidências empíricas apresentadas sugerem que o fenômeno ocorre. Arranjos institucionais que impõem níveis mais elevados de risco e incerteza para os agentes incrementam os custos de transação. Por outro lado, nos países em que essas transações são internalizadas e ocorrem “sob a sombra da hierarquia”, os indicativos de custos de transação são menores.

As categorias propostas para as variáveis institucionais, evidentemente, simplificam bastante a forma com que as instituições efetivamente funcionam em cada país. Entretanto, como visto na análise individualizada das instituições de cada país, as particularidades identificadas tendem a corroborar as conclusões: nos países mais eficientes, as características específicas tem por efeito, de alguma forma, reduzir custos de transação, reforçando o *forbearance* e mitigando riscos, ameaças e incertezas para os agentes; nos países menos eficientes, notam-se peculiaridades que agravam os riscos ou a chance de conflito.

Os elementos apresentados também indicam que o papel do legislador enquanto engenheiro institucional é relevante, pois se percebe uma ampla variedade de estruturas de governança possíveis e há necessidade de se atentar para as consequências econômicas não apenas de escolhas isoladas, mas também do efeito resultante das combinações que são feitas.

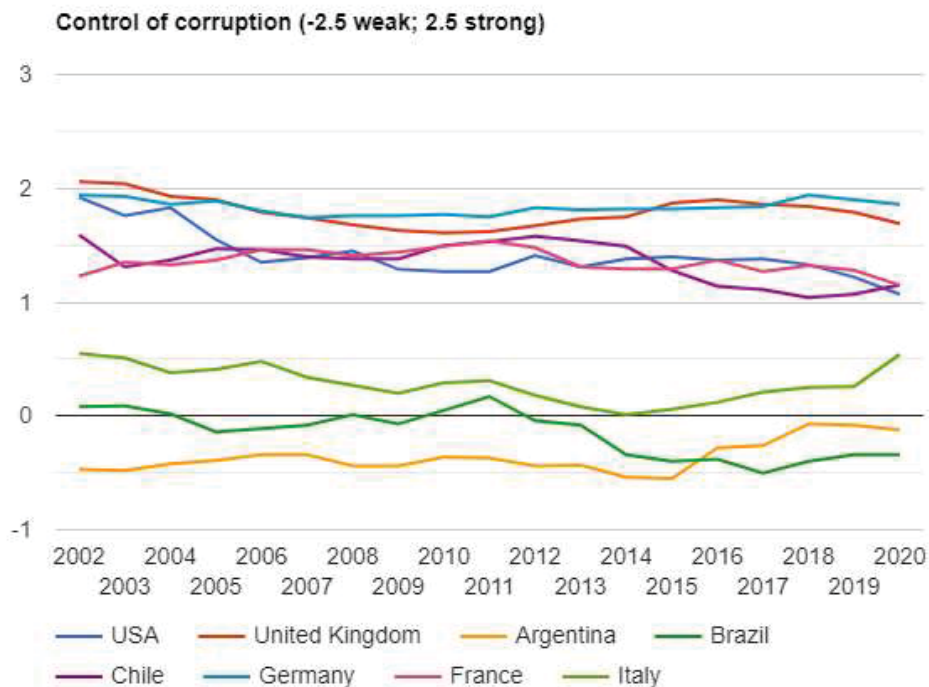
É bastante provável que essas consequências econômicas tenham surgido como efeito não intencional de estratégias direcionadas para outros propósitos, sejam eles históricos, políticos ou ideológicos, como incrementar a discricionariedade do Poder Executivo ou, em sentido contrário, ampliar as possibilidades de intervenção do Poder Judiciário. De fato, se internalizar as transações é uma estratégia que tende a reduzir os custos de transação, o seu oposto, isto é, externalizar, só pode ter o efeito contrário.

É bem verdade que essa externalização das transações – que se expressa institucionalmente como uma maior autonomia para determinados órgãos de controle, com ampliação de suas prerrogativas e competências fiscalizatórias e punitivas – pode ser simplesmente uma resposta institucional entendida como necessária para enfrentar problemas de corrupção nesses países, inclusive no Brasil. Ou seja, por essa perspectiva, os custos de transação mais elevados seriam o “preço” a se pagar até que essas instituições consigam debelar o problema da corrupção.

O tema da corrupção foi deliberadamente evitado até agora, pois a complexidade e as polêmicas associadas ao assunto certamente fariam com que os limites deste trabalho fossem extrapolados. De todo modo, entende-se ao menos necessário apontar, ainda que sem pretensões conclusivas, que os arranjos institucionais adotados especialmente por Itália, Brasil e Argentina parecem não estar surtindo o efeito pretendido no que diz respeito ao controle da corrupção. Nesse sentido, observe-se que um dos indicadores agregados do WGI produzidos pelo

Banco Mundial é justamente o controle da corrupção. O gráfico a seguir apresenta a evolução desse indicador nos países analisados, no período de 2002 a 2020:

Gráfico 3 – Evolução do indicador de controle da corrupção (WGI) nos países selecionados

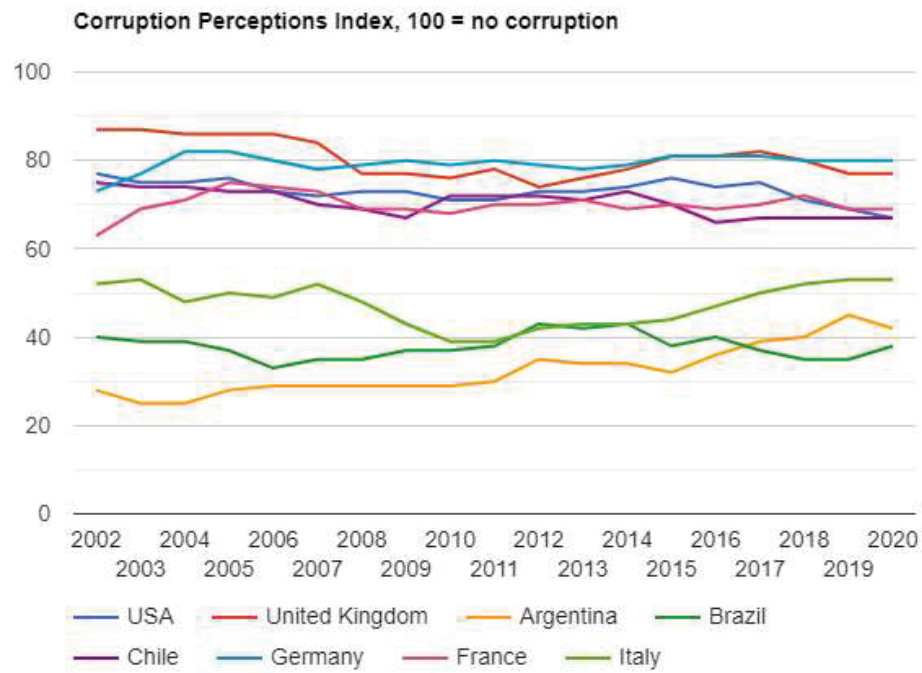


FONTE: Elaboração própria, a partir da ferramenta disponível em <https://www.theglobaleconomy.com/> e dados do Banco Mundial

Do mesmo modo, a evolução do Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional no mesmo período³³, para os mesmos países, também parece não identificar tendência consistente de melhora, conforme demonstrado no gráfico a seguir:

³³ Dados disponíveis em <https://www.transparency.org>

Gráfico 4 – Evolução do índice de percepção da corrupção nos países selecionados



FONTE: Elaboração própria, a partir da ferramenta disponível em <https://www.theglobaleconomy.com/> e dados da Transparência Internacional)

Ou seja, o raciocínio que assume que determinadas tecnologias institucionais são as mais efetivas para combater a corrupção talvez não seja correto e merece uma investigação mais aprofundada.

Além disso, embora alguns entendam que a corrupção possa ter um efeito eficiente por “facilitar” a realização de trocas econômicas sujeitas a amarras burocráticas, estudos mais consistentes sugerem que a corrupção, no efeito agregado, acaba por gerar um resultado ineficiente na economia por impor uma dinâmica de má-alocação de capital (Gamberoni et al, 2016).

No âmbito da burocracia governamental, um ambiente com custos de transação muito elevados pode favorecer a assimetria de informação e prejudicar a transparência e o *accountability*, contribuindo para a ocorrência de problemas de agente-principal, com efeitos negativos para o desempenho geral do sistema. Assim, talvez custos de transação elevados contribuam tanto para a ineficiência quanto para a corrupção.

De todo modo, como já dito, o tema ultrapassa os limites deste trabalho e fica como sugestão a ser desenvolvida em outros estudos. Ainda, eventual conclusão dando conta que o arranjo institucional brasileiro e sua relativa ineficiência é uma

resposta necessária a problemas de corrupção não invalidaria os achados que foram apresentados acima – apenas reforçaria a imperiosa necessidade de combater esse mal na Administração Pública brasileira ao evidenciar um custo adicional e necessário do combate aos desvios de conduta.

Independentemente do que tenha motivado o legislador brasileiro a fazer as escolhas que resultaram no ambiente institucional brasileiro, espera-se que o conteúdo do presente trabalho seja ao menos suficiente para indicar que a burocracia estatal no Brasil sofre de um arranjo que penaliza a eficiência econômica. O contexto internacional está repleto de exemplos de arranjos diferenciados que podem servir de inspiração para escolhas melhores, ainda que essas reformas eventualmente só possam ser implantadas futuramente quando o Brasil, um dia, superar outros males que acometem a máquina pública.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. A. Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALLEN, D. W. Transaction costs. Encyclopedia of Law and Economics Volume I: The History and Methodology of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000, p. 893-926.

ASIMOW, M. Five models of administrative adjudication. The American Journal of Comparative Law, v. 63, n. 1, p. 3-32, 2015.

BAKSHI, A. Legal Advisers and the Government: Analysis and Recommendations. Kohelet Policy Forum, Policy Paper nº 10, 2016. Disponível em <https://en.kohelet.org.il/policy-papers>. Acesso em 07 jun. 2022.

BANDEIRA, L. F. Uma perspectiva em Direito Comparado da constitucionalização do Direito Administrativo em países selecionados. Revista de Informação Legislativa, p. 245-260, 2012.

BELL, J. S. Comparative Administrative Law. In: REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R. (org.) The Oxford Handbook of Comparative Law. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 1259-1286.

BLAIS, A.; DION, S. (org.). The Budget-Maximizing Bureaucrat: Appraisals and Evidence. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1991.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. *Economica*, vol. 4, 1937, pp. 386–405. Disponível em <<https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

COMMONS, J. R. Institutional Economics. *History of Economic Thought Articles*, vol. 21, pp. 648-657, 1931. Disponível em: <<https://EconPapers.repec.org/RePEc:hay:hetart:commons1931>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

CORTESE, F. A assistência e a defesa jurídicas como funções administrativas: a Advocacia de Estado na Itália. In: PEDRA, A. S. (coord.) *Advocacia Pública de Estado: Estudos Comparativos nas Democracias Euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 141-163.

COUSO, J. The politics of judicial review in Chile in the era of democratic transition, 1990–2002, *Democratization*, 10:4, pp. 70-91, 2013.

CRUZ MILLAR, A. *La Contraloría General de la República como contencioso administrativo general*. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185378>>

DA PONTE, A. C.; DEMERCIAN, P. Algumas considerações sobre o Ministério Público no Direito estrangeiro. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 10, n. 2, 2016.

DFID – Department for International Development (2004) Briefing characteristics of different external audit systems. Part of the policy division info series. Ref nº: PD Info 021. Disponível em: <https://gsdrc.org/document-library/characteristics-of-different-external-audit-systems/>

DUCE, M. Ministério Público no Chile: modelo institucional e funções. Revista do CNMP, n. 1, p. 128-165, 2011.

GAMBERONI, E., GARTNER, C., GIORDANO, C., & LOPEZ-GARCIA, P. Is corruption efficiency-enhancing? A case study of nine Central and Eastern European countries. European Central Bank Working Paper, n. 1950, 2016.

GUARNIERI, C. Justice and Politics: The Italian Case in a Comparative Perspective. Indiana International & Comparative Law Review, v. 4, n. 2, p. 241-258, 1994.

GUARNIERI, C. Organização e estrutura do Ministério Público na Itália. Revista do CNMP, n. 1, p. 104-127, 2011.

INTOSAI – International Organisation of Supreme Audit Institutions. The Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts. Vienna: Intosai, 1977, republicado em 1998. Disponível em: <https://www.issai.org/pronouncements/intosai-p-1-the-lima-declaration/>

KAUFMANN, D.; KRAAY, A.; ZOIDO, P. Governance Matters. World Bank Policy Research Working Paper, n. 2196, 1999.

KAUFMANN, D.; KRAAY, A.; MASTRUZZI, M. The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues. World Bank Policy Research Working Paper, n. 5430, 2010.

KUHLMANN, S.; WOLLMANN, H. Introduction to Comparative Public Administration: Administrative Systems and Reforms in Europe. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014.

MARCH, J. G. Bounded Rationality, Ambiguity, and the Engineering of Choice. The Bell Journal of Economics, 9(2) (1978), 587-608. <https://doi.org/10.2307/3003600>

MARCH, J. G. Como as decisões realmente acontecem: princípios da tomada de decisões nas organizações. 1ª ed. São Paulo: Leopardo, 2009.

MARCHISIO, A. O Ministério Público Federal na República Argentina: estrutura, princípios e funções. Revista do CNMP, n. 1, p. 166-191, 2011.

MASTEN, S. E.; MEEHAN, J. W.; SNYDER, E. A. The Costs of Organization. Journal of Law, Economics, & Organization, vol. 7, nº. 1, pp. 1-25. New York: Oxford

University Press, USA, 1991. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/764876>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

MEDINA, M. A. R. Modelos de defensa jurídica del Estado: una aproximación comparada de los casos de Chile, España y Estados Unidos. *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n. 48, p. 47-65, 2018.

PERLINGEIRO, R. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L. Comparative Administrative Law: an introduction. In: ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. L. (org.). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 1-20.

SCHARPF, F. W. *Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Boulder: Westview Press, 1997.

SIMON, H. A. *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations*. 4ª edição. New York: The Free Press, 2013.

TONETTO, F. F. As Procuradorias de Estado no Brasil e o Conselho de Estado Francês: Breve Estudo Comparativo. *RPGE*, Porto Alegre, v. 37 n. 77, p. 35-61, 2016.

VIEIRA, P. G.; FARO, J. P. Um Inventário Sobre a Advocacia de Estado no Direito Comparado Sul-americano. In: PEDRA, A. S. (coord.) *Advocacia Pública de Estado: Estudos Comparativos nas Democracias Euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 21-35.

WILLIAMSON, O. E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, n° 3, 2002, pp. 171-195. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3216956>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

WILLIAMSON, O. E. Economics of organization: the transaction cost approach. *The American Journal of Sociology*, vol. 87, n° 3, 1981, pp. 548-577. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2778934>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

WILLIAMSON, O. E. Chester Barnard and the Incipient Science of Organization. In *Organization Theory: from Chester Barnard to the Present and Beyond* (edited by Oliver E. Williamson). New York: Oxford University Press, 1995, pp. 172-206.

WILLIAMSON, O. E. Public and private bureaucracies: a transaction cost economics perspectives. *Journal of Law Economics & Organization*; vol. 15, n° 1, 1999, pp. 306-342. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3554953>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

WILLIAMSON, O. E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, USA, 1996.

APÊNDICE – RANKINGS DOS PAÍSES

Dados do World Governance Indicators do Banco Mundial quanto à qualidade burocrática, eficácia institucional e excesso de burocracia que compõem o indicador Eficácia Governamental. Os *rankings* foram construídos pelo autor a partir da média das notas dos países no período de 2000-2020. Em destaque os países que foram utilizados no presente trabalho.

Ranking pelos dados da *Economist Intelligence Unit*

Posição	País	Nota média 2000-2020
1	Norway	1,000
2	Singapore	0,959
3	Finland	0,956
3	Denmark	0,956
5	Sweden	0,944
6	Hong Kong SAR, China	0,919
7	Canada	0,900
8	New Zealand	0,888
9	United Kingdom	0,869
10	Australia	0,850
11	Switzerland	0,838
12	France	0,831
13	Netherlands	0,813
14	Austria	0,806
15	Germany	0,772
16	United States	0,769
17	Chile	0,750
17	Spain	0,750
19	Belgium	0,744
20	Israel	0,738
21	Japan	0,734
22	Ireland	0,731
23	Malaysia	0,669
23	Taiwan, China	0,669
25	Portugal	0,656
26	Cyprus	0,644
27	Mauritius	0,613
28	Estonia	0,600
29	Slovenia	0,588
30	Slovak Republic	0,572
31	United Arab Emirates	0,569
32	Latvia	0,563
32	Korea, Rep.	0,563
34	Lithuania	0,556

continua na próxima página...

Ranking pelos dados do *Political Risk Services Group*

Posição	País	Nota média 2000-2020
1	Australia	1,000
1	Austria	1,000
1	Belgium	1,000
1	Canada	1,000
1	Cyprus	1,000
1	Denmark	1,000
1	Finland	1,000
1	Germany	1,000
1	Iceland	1,000
1	Ireland	1,000
1	Israel	1,000
1	Japan	1,000
1	Luxembourg	1,000
1	Netherlands	1,000
1	New Zealand	1,000
1	Norway	1,000
1	Singapore	1,000
1	Sweden	1,000
1	Switzerland	1,000
1	United Kingdom	1,000
1	United States	1,000
22	Brunei Darussalam	0,844
23	Hungary	0,788
23	Spain	0,788
25	Slovenia	0,781
26	France	0,769
27	Argentina	0,750
27	Bahamas, The	0,750
27	Chile	0,750
27	Croatia	0,750
27	Czech Republic	0,750
27	Greece	0,750
27	Guyana	0,750
27	Hong Kong SAR, China	0,750

continua na próxima página...

Ranking pelos dados da *Economist Intelligence Unit*
(continuação)

35	South Africa	0,550
36	Czech Republic	0,538
37	Hungary	0,513
38	Jamaica	0,500
38	Bahrain	0,500
38	Botswana	0,500
38	Poland	0,500
38	Uruguay	0,500
43	Philippines	0,494
44	Qatar	0,481
45	Namibia	0,469
46	Tunisia	0,459
47	Mexico	0,456
48	Italy	0,450
49	Greece	0,444
50	Oman	0,438
51	Thailand	0,425
52	China	0,419
53	Costa Rica	0,413
53	Lebanon	0,413
55	Colombia	0,406
56	Panama	0,394
56	Argentina	0,394
56	Cuba	0,394
59	Croatia	0,375
60	Senegal	0,369
61	Jordan	0,350
61	Turkey	0,350
63	Peru	0,334
64	Sri Lanka	0,325
64	Morocco	0,325
66	Bulgaria	0,313
66	Egypt, Arab Rep.	0,313
68	India	0,300
68	Brazil	0,300
68	Saudi Arabia	0,300
68	Trinidad and Tobago	0,300
72	Vietnam	0,288
73	Macedonia, FYR	0,281
73	Ghana	0,281
75	Kuwait	0,263
75	Mozambique	0,263
77	El Salvador	0,256
77	Indonesia	0,256
79	Romania	0,250
79	Serbia	0,250
79	Uganda	0,250
82	Iran, Islamic Rep.	0,238
82	Tanzania	0,238

continua na próxima página...

Ranking pelos dados do *Political Risk Services Group*
(continuação)

27	India	0,750
27	Jamaica	0,750
27	Korea, Rep.	0,750
27	Malaysia	0,750
27	Malta	0,750
27	Philippines	0,750
27	Poland	0,750
27	Portugal	0,750
27	Slovak Republic	0,750
27	Taiwan, China	0,750
27	Trinidad and Tobago	0,750
27	United Arab Emirates	0,750
47	Mexico	0,706
48	Estonia	0,631
48	Italy	0,631
50	Latvia	0,625
51	Lithuania	0,619
52	Ghana	0,594
53	Malawi	0,581
54	Bolivia	0,550
55	Indonesia	0,525
55	Kazakhstan	0,525
57	Guatemala	0,519
57	Mongolia	0,519
59	Botswana	0,513
59	Brazil	0,513
59	Cuba	0,513
59	Egypt, Arab Rep.	0,513
59	Kenya	0,513
59	Panama	0,513
59	Peru	0,513
59	Tunisia	0,513
67	Bahrain	0,506
68	Algeria	0,500
68	Bangladesh	0,500
68	Bulgaria	0,500
68	China	0,500
68	Colombia	0,500
68	Costa Rica	0,500
68	Ecuador	0,500
68	El Salvador	0,500
68	Gambia, The	0,500
68	Guinea	0,500
68	Honduras	0,500
68	Iran, Islamic Rep.	0,500
68	Jordan	0,500
68	Kuwait	0,500
68	Lebanon	0,500
68	Morocco	0,500

continua na próxima página...

Ranking pelos dados da *Economist Intelligence Unit*
(continuação)

84	Dominican Republic	0,231
84	Paraguay	0,231
86	Pakistan	0,225
87	Russian Federation	0,213
88	Bolivia	0,206
89	Gabon	0,200
90	Ethiopia	0,194
90	Bangladesh	0,194
92	Papua New Guinea	0,188
92	Cameroon	0,188
94	Kazakhstan	0,181
95	Côte d'Ivoire	0,175
96	Zambia	0,163
97	Sudan	0,144
98	Azerbaijan	0,138
99	Algeria	0,119
100	Angola	0,113
101	Guatemala	0,106
101	Nicaragua	0,106
103	Ecuador	0,094
103	Malawi	0,094
103	Syrian Arab Republic	0,094
106	Ukraine	0,088
106	Libya	0,088
106	Yemen, Rep.	0,088
109	Moldova	0,075
110	Honduras	0,069
111	Cambodia	0,056
112	Kenya	0,050
112	Venezuela, RB	0,050
114	Zimbabwe	0,044
115	Nigeria	0,031
116	Equatorial Guinea	0,006
116	Iraq	0,006
118	Bosnia and Herzegovina	0,000
118	Myanmar	0,000
118	Uzbekistan	0,000

Ranking pelos dados do *Political Risk Services Group*
(continuação)

68	Namibia	0,500
68	Oman	0,500
68	Pakistan	0,500
68	Papua New Guinea	0,500
68	Qatar	0,500
68	Saudi Arabia	0,500
68	Serbia	0,500
68	South Africa	0,500
68	Sri Lanka	0,500
68	Suriname	0,500
68	Thailand	0,500
68	Turkey	0,500
68	Uganda	0,500
68	Uruguay	0,500
68	Vietnam	0,500
99	Albania	0,488
100	Zimbabwe	0,400
101	Gabon	0,363
102	Guinea-Bissau	0,356
103	Ethiopia	0,350
104	Angola	0,338
105	Cameroon	0,331
105	Niger	0,331
105	Syrian Arab Republic	0,331
108	Libya	0,300
109	Madagascar	0,294
110	Belarus	0,288
110	Moldova	0,288
112	Paraguay	0,281
113	Mozambique	0,275
113	Russian Federation	0,275
115	Nigeria	0,269
116	Senegal	0,263
117	Armenia	0,250
117	Azerbaijan	0,250
117	Burkina Faso	0,250
117	Congo, Rep.	0,250
117	Dominican Republic	0,250
117	Myanmar	0,250
117	Nicaragua	0,250
117	Romania	0,250
117	Sudan	0,250
117	Tanzania	0,250
117	Ukraine	0,250
117	Venezuela, RB	0,250
117	Yemen, Rep.	0,250
117	Zambia	0,250
131	Iraq	0,244
132	Congo, Dem. Rep.	0,000
132	Côte d'Ivoire	0,000
132	Haiti	0,000
132	Korea, Dem. Rep.	0,000
132	Liberia	0,000
132	Mali	0,000
132	Sierra Leone	0,000
132	Somalia	0,000
132	Togo	0,000