

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
DOUTORADO EM DIREITO**

HELMARA MOREIRA LAMOUNIER HERINGER

**A ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E CONCREÇÃO DA
CIDADANIA**

**RIBEIRÃO PRETO
2023**

HELMARA MOREIRA LAMOUNIER HERINGER

**A ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E CONCREÇÃO DA
CIDADANIA.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito — Doutorado — *Stricto-Sensu*, à Universidade de Ribeirão Preto — UNAERP, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania, na linha de pesquisa 2 — Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos.

Orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel
Morgadinho dos Santos Coelho

Co-orientador: Prof. Dr. Sebastião Sergio da
Silveira

**RIBEIRÃO PRETO
2023**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

H546a HERINGER, Helimara Moreira Lamounier, 1975-
A análise custo-benefício como instrumento de efetivação do
princípio da eficiência e concreção da cidadania / Helimara Moreira
Lamounier Heringer. – Ribeirão Preto, 2023.
224 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Nuno Manoel M. dos Santos Coelho.

Tese (Doutorado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP,
Doutorado em Direito, 2023.

1. Cidadania. 2. Princípio da eficiência. 3. Políticas públicas.
4. Administração pública. 5. Custo benefício – Análise. 6. Justiça
distributiva. II. Título.

CDD 340

HELMARA MOREIRA LAMOUNIER HERINGER

**A ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E CONCREÇÃO DA CIDADANIA**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 25 de setembro de 2023.

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA

DocuSigned by:

Nuno M.M.S. Coelho

DBCA28348AEF406...

Prof. Dr. Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

DocuSigned by:

Sebastião Sérgio da Silveira

AA2D3A40CFDA45C...

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

DocuSigned by:

Juvêncio Borges

9DA4AAAC3AA2431...

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

DocuSigned by:

Bruno Camilloto

0799914367GP478

Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes
Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP

DocuSigned by:

Antonio Sá da Silva

030D2576B306481...

Prof. Dr. Antônio Sá da Silva
Universidade Federal da Bahia - UFBA

À memória de Maria Aparecida Moreira Lamounier, mãe e minha grande
incentivadora. Sempre saudade.

AGRADECIMENTO

Acima de tudo, minha gratidão à Deus, minha melhor companhia.

À toda minha família, que sempre acreditou no meu trabalho.

Ao meu orientador Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, sem o qual esse trabalho dificilmente teria êxito.

Ao corpo docente, aos colegas de curso, à administração e aos demais funcionários desta Universidade de Ribeirão Preto.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Os inovadores institucionais na esfera pública são tão vitais quanto os inovadores tecnológicos na esfera privada, numa coevolução de regras e ferramentas.

Matt Ridley

RESUMO

Esta tese apresenta a Análise Custo-benefício (ACB) como um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e concreção da cidadania na Administração Pública, à medida que possibilita a verificação das melhores escolhas na alocação dos escassos recursos públicos, de modo a maximizar o bem-estar geral, expresso no equilíbrio entre controle fiscal e a promoção da justiça distributiva. Analisa se é possível conciliar a promoção da eficiência e da cidadania; se a concreção do princípio da eficiência pode ocorrer sem prescindir do princípio da cidadania; e se a Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e promoção da cidadania. Por meio de abordagem metodológica interdisciplinar, constrói um referencial teórico capaz de confrontar a tese proposta, mediante pesquisa descritiva e revisão bibliográfica. Através de análise crítica do referencial, investiga os fundamentos teóricos de cidadania, princípios administrativos, em especial, o princípio da eficiência, políticas públicas, Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) e ACB. Aborda algumas críticas e ponderações acerca da Análise Custo-benefício quanto à sua aplicação no contexto decisório brasileiro no âmbito dos três Poderes. Verifica se a adoção da Análise Custo-benefício na gestão pública fere algum preceito constitucional ou se a mesma está em harmonia com os valores, fundamentos, objetivos e princípios da Constituição da República. Pondera em que termos os princípios da eficiência e cidadania podem ser conciliados através da adoção da ACB e sua aplicação na gestão pública, bem como o impacto da utilização dessa ferramenta na condução dos serviços públicos e na garantia dos direitos dos cidadãos. Avalia se as ferramentas AIR e ACB podem (e devem) ser adotadas como critério balizador no estabelecimento de decisões no âmbito dos três Poderes. Conclui, demonstrando que a ACB é uma ferramenta capaz de aproximar os institutos necessários à promoção da cidadania, o controle fiscal e a justa distribuição dos recursos públicos; que a ACB não é a última palavra no processo de tomada de decisão, mas, que a opção por uma política pública, decisão ou norma que apresente custos superiores aos benefícios esperados e gerem impactos econômicos e sociais consideráveis, não deve mais se abrigar no manto da discricionariedade tácita; que a inserção desta ferramenta permite aos agentes públicos subsidiar suas escolhas com base em elementos concretos de equiparação entre uma proposta ou outra; que a adoção da ACB, no âmbito do processo decisório de implantação de políticas públicas, regulamentos e decisões jurídicas, oferece elementos capazes de, ao mesmo tempo, fundamentar as escolhas do agente público e oferecer ao cidadão compreensão da forma como as escolhas de alocação dos recursos públicos estão sendo conduzidas, em termos de proteção e tutela dos Direitos individuais e coletivos numa Administração Pública pautada pelo equilíbrio entre a eficiência administrativa e a justiça distributiva.

Palavras-chave: Cidadania. Princípio da eficiência. Análise Custo-benefício. Políticas Públicas. Administração Pública. Justiça distributiva.

ABSTRACT

This thesis presents Cost-Benefit Analysis (CBA) as a viable tool for realizing the principle of efficiency and the concretization of citizenship in Public Administration, as it enables the examination of optimal choices in allocating scarce public resources to maximize overall well-being, expressed in the balance between fiscal control and the promotion of distributive justice. It examines whether it is possible to reconcile the promotion of efficiency and citizenship, whether the realization of the principle of efficiency can occur without sacrificing the principle of citizenship, and whether Cost-Benefit Analysis is a viable instrument for achieving the principle of efficiency and promoting citizenship. Through an interdisciplinary methodological approach, it constructs a theoretical framework capable of challenging the proposed thesis through descriptive research and literature review. Through a critical analysis of this framework, it investigates the theoretical foundations of citizenship, administrative principles, especially the principle of efficiency, public policies, Regulatory Impact Assessment (RIA), and CBA. It addresses certain criticisms and considerations regarding Cost-Benefit Analysis in its application within the decision-making context of the Brazilian government across the three branches of power. The study assesses whether the adoption of Cost-Benefit Analysis in public management violates any constitutional precepts or if it is in harmony with the values, foundations, objectives, and principles of the Constitution of the Republic. It reflects on how the principles of efficiency and citizenship can be reconciled through the adoption of CBA and its application in public management, as well as the impact of using this tool on the provision of public services and the safeguarding of citizens' rights. It evaluates whether the tools of RIA and CBA can (and should) be adopted as guiding criteria in decision-making across the three branches of government. In conclusion, it demonstrates that CBA is a tool capable of bringing together the elements necessary for the promotion of citizenship, fiscal control, and the equitable distribution of public resources. It emphasizes that CBA is not the final word in the decision-making process, but rather, the choice of a public policy, decision, or norm that entails costs exceeding expected benefits and generates significant economic and social impacts should no longer rely on implicit discretion. The incorporation of this tool enables public officials to support their choices based on concrete elements of comparison between one proposal and another. It asserts that the adoption of CBA, within the decision-making process for the implementation of public policies, regulations, and legal decisions, provides the capacity to both substantiate the choices of public officials and offer citizens an understanding of how decisions regarding the allocation of public resources are being conducted, in terms of protecting and upholding individual and collective rights in a Public Administration guided by the balance between administrative efficiency and distributive justice.

Keywords: *Citizenship. Efficiency principle. Cost-benefit Analysis. Public policy. Public administration. Distributive justice.*

LISTA DE ABREVIATURAS

ABA	<i>Applied Behavioral Analysis</i>
ABE	Análise de Bem-estar
ACB	Análise Custo-benefício
ACE	Análise Custo-efetividade
ACR	Avaliação Comparativa de Risco
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
AIL	Avaliação de Impacto Legislativo
AIR	Avaliação de Impacto Regulatório
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
APA	<i>Administrative Procedure Act</i>
AQR	Avaliação Quantitativa de Risco
ARB	Análise de Risco-benefício
ATR	Análise de <i>Trade-off</i> de Risco
AVT	Análise de Viabilidade Técnica
cf.	Conforme
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CIG	Comitê Interministerial de Governança
DF	<i>Discount factor</i>
DR	<i>Discount rate</i>
EC	Emenda Constitucional
EIA	<i>Environmental Impact Assessment</i>
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
EUA	Estados Unidos das Américas.
FDI	<i>Foreign Direct Investment</i>
FOIA	<i>Freedom of Information Act</i>
i.e.	isto é
OCDE	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
OE	Ordem Executiva
OECD	<i>Organization for Economic Co-operation and Development.</i>

OIRA	<i>Office of Information and Regulatory Affairs</i>
OMB	<i>Office of Management and Budget</i>
OSHA	<i>Occupational Safety and Health Administration</i>
p.e.	por exemplo
PIB	Produto Interno Bruto.
PL	Projeto de Lei.
QALY	<i>Quality-Adjusted Life Years</i>
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal.
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TEA	Transtorno do Espectro Autista
VSL	<i>Value of a Statistical Life</i>
VSLY	<i>Value of a Statistical Life-Years extended</i>
WTP	<i>Willingness to Pay</i>
WTA	<i>Willingness to Accept compensation</i>

LISTA DE EQUAÇÕES

Taxa de desconto	47
------------------------	----

SUMÁRIO

SUMÁRIO	11
1 INTRODUÇÃO	13
2 ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO	20
2.1 Avaliação de Impacto Regulatório e ACB	26
2.2 Os fundamentos da Análise Custo-Benefício	33
2.3 Conceito de ACB	37
2.4 O valor da vida e disposição para pagar	45
2.5 Justiça distributiva e eficiência intertemporal	49
2.5.1 Eficiência Intertemporal e Justiça Intergeracional.....	51
2.5.2 Incerteza e o Princípio da Precaução.....	55
2.5.3 Taxa de desconto.....	58
2.6 O foco no bem-estar	60
2.7 O conhecimento necessário à ACB	69
3 A ABORDAGEM DE ALGUMAS CRÍTICAS E PONDERAÇÕES CONCERNENTES À ACB	74
3.1 As questões da moralidade e da incomensurabilidade	75
3.2 O deslocamento do debate público para a análise de técnicos burocratas não eleitos	82
3.3 A complexidade e subjetividade do método da ACB frente ao gigantismo estatal brasileiro	88
3.4 A cultura anedotista e intuitiva do brasileiro	90
3.5 O argumento de que a ACB, em regra, é usada para enfraquecer os regulamentos	94
3.6 A existência do componente político da análise técnica	96
3.7 Alternativas à Análise Custo-Benefício	98
3.7.1 Análise Custo-Efetividade.....	100
3.7.2 Análise de Viabilidade Técnica.....	103
3.7.3 Análise de Bem-Estar.....	104
3.8 A ACB frente às críticas e ponderações	106
4 A ADEQUAÇÃO DA ACB AOS FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	108
4.1 O bem-estar na Constituição Federal	108
4.1.1 Do Estado e da Constituição.....	108
4.1.2 Constituição Bem-estarista.....	112
4.2 O Poder Constituinte e a partição de Poderes	116
4.2.1 Legislação e legitimidade.....	117
4.2.2 Métodos estruturais de controle da atividade legislativa.....	121
4.3 Estado Democrático De Direito e os fundamentos constitucionais de promoção do bem-estar	122
4.3.1 Soberania popular.....	122
4.3.2 Cidadania.....	127
4.3.3 Dignidade da Pessoa Humana.....	131
4.4 Os fundamentos da Constituição e a ACB	134
4.4.1 A ACB e os valores da Constituição.....	134
4.4.2 A ACB em relação aos fundamentos constitucionais.....	136
4.4.3 A ACB em relação aos poderes constituídos no Estado Democrático de Direito.....	139

4.5	Os objetivos da Constituição e a ACB	141
4.5.1	ACB e distribuição de renda no contexto da Constituição da República	141
4.5.2	ACB e o objetivo de uma sociedade solidária	143
5	DEVE O ESTADO SER EFICIENTE?	144
5.1	Patrimonialismo, clientelismo, Estado brasileiro e a busca da eficiência.....	144
5.1.1	Do patrimonialismo até a burocratização da Administração Pública brasileira	144
5.1.2	A Reforma Administrativa de Bresser Pereira	148
5.2	Princípios constitucionais da Administração Pública	150
5.2.1	Regras, princípios e força normativa	151
5.2.2	Administração Pública e princípios administrativos na <i>common law</i> e <i>civil law</i>	154
5.2.3	Os princípios da Administração Pública.....	159
5.3	Princípio da Eficiência.....	161
5.3.1	Eficiência como postulado.....	164
5.3.2	Eficiência enquanto princípio	165
5.4	A ACB e o Princípio da Eficiência	169
5.4.1	Convergindo conceitos: Administração Pública, eficiência e ACB	170
6	CIDADANIA E EFICIÊNCIA: EFETIVAÇÃO POR MEIO DA APLICAÇÃO DA ACB NA ESFERA PÚBLICA.....	173
6.1	Eficiência à luz da interpretação consequencialista e a Análise Econômica do Direito	174
6.2	Cidadania e eficiência: uma conciliação possível.....	185
6.2.1	Cidadania: efetivação da eficiência e justiça	187
6.2.2	ACB como instrumento de efetivação de uma eficiência cidadã	189
6.2.3	A participação popular na aplicação da ACB	192
6.3	A ACB tem aplicação no âmbito dos poderes Legislativo e Judiciário?.....	194
6.3.1	Análise de custos e benefícios no processo legislativo.....	195
6.3.2	ACB no âmbito do poder Judiciário	201
6.3.3	O benefício da Análise Custo-benefício	205
6.4	Proposta para a aplicação da ACB no âmbito dos três poderes da República ...	207
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	209
	REFERÊNCIAS.....	215

1 INTRODUÇÃO

Num cenário de recursos escassos e de uma população cada vez mais consciente de seus direitos enquanto cidadãos e com demandas cada vez maiores, frequentemente, os agentes públicos são colocados em situações de ter que decidir entre o máximo possível e o mínimo necessário; entre o equilíbrio fiscal e o atendimento das diversas demandas sociais.

Seja qual for a decisão a tomar, haverá consequências e descontentamento por um motivo ou outro. Seja qual for o caminho assumido por esse agente público, ele terá que — política, econômica, moral e, em determinadas situações, até mesmo juridicamente — responder pelas decisões tomadas.

Logo, a possibilidade de ter à mão ferramentas que lhe auxiliem no processo decisório e lhe permitam tomadas de decisão que sejam adequadas do ponto de vista jurídico, econômico, político e moral, é algo de extrema relevância e deveria ser visto com bons olhos pelos atores envolvidos na gestão pública.

A necessidade de ter que decidir, por exemplo (p.e.), entre o ajuste fiscal e a promoção de políticas sociais; entre o que é eficiente para o Estado, do ponto de vista econômico, ou o que traz bem-estar e promove a igualdade entre os cidadãos será sempre uma tarefa desafiadora. Por um lado, os gestores públicos são levados a se preocuparem com as finanças estatais no momento de decidirem quanto à implementação de políticas públicas necessárias e até obrigatórias do ponto de vista legal; por outro, politicamente, são induzidos a atender às pressões sociais e demandas pela efetivação de direitos que caracterizam a cidadania.

Não se trata de decidir entre o certo e o errado. Ambas as perspectivas, equilíbrio econômico e investimento social, são necessários. Trata-se de identificar o ponto de equilíbrio que permita que ambas as prioridades sejam supridas no grau máximo das possibilidades estatais com os recursos disponíveis.

Na tentativa de estar cada vez mais alinhado aos objetivos constitucionais do exercício estatal, um importante balizador oferecido ao agente público e dele igualmente cobrado, é a atenção aos princípios da Administração Pública, constitucionais e infraconstitucionais, dentre os quais, apenas para trazer à memória, podemos citar a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a supremacia do interesse público, a publicidade, a continuidade, a economicidade, entre tantos, e aquele que será objeto de estudo desse trabalho, o princípio da eficiência.

O princípio da eficiência é um dos temas mais debatidos em termos da Administração Pública, desde a Reforma Administrativa ocorrida a partir da sua inclusão no art. 37, da

Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), pela Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998. O entendimento de eficiência, no sentido de contenção de gastos e efetivação de lucros, trouxe a preocupação de que a garantia dos direitos constitucionais, individuais e coletivos, estivesse ameaçada pela aplicação de princípios e valores oriundas da economia, enquanto ciência; que o papel do Estado, enquanto garantidor dos direitos socialmente adquiridos, sucumbisse frente à busca do chamado Estado gerencial ou regulador.

Entretanto, passadas mais de duas décadas desde a introdução da eficiência no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública, fato é que o princípio da eficiência continua sob o pálio da desconfiança, até mesmo quanto à sua conceituação e implicações. Não há consenso, sequer, se o mesmo se aplica apenas aos atos do poder Executivo ou se abrange os demais poderes. E se, em caso de alcançar os poderes Legislativo e Judiciário, se isso envolveria as suas funções precípua ou apenas seus atos administrativos.

Tendo como foco o que será necessário para que o princípio da eficiência alcance maior grau de efetivação, a Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) e a Análise Custo-benefício (ACB) são inseridas como ferramentas capazes de buscar o equilíbrio entre as prioridades fiscais e as prioridades sociais. Visando promover a efetivação da eficiência sem abdicar dos valores da cidadania e equidade, pelo contrário, garantindo a efetivação da cidadania.

Em suma, o princípio da eficiência é um dos pilares do direito administrativo moderno, que exige que a Administração Pública utilize os recursos disponíveis da forma mais eficiente possível, a fim de garantir a prestação de serviços públicos de qualidade à sociedade. Nesse sentido, a Análise Custo-benefício é uma ferramenta de gestão que permite avaliar os custos e benefícios de um determinado projeto, e pode ser utilizada para auxiliar a Administração Pública na tomada de decisões mais eficientes e eficazes. Além disso, a aplicação da Análise Custo-benefício também pode contribuir para a concretização da cidadania, ao garantir a transmissão dos serviços públicos prestados à sociedade.

Nesse ponto, surgem as questões que dão motivo ao presente trabalho:

É possível conciliar a promoção da eficiência e da cidadania, na Administração Pública? A efetivação do princípio da eficiência pode se dar sem prescindir do princípio da cidadania? A Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e promoção da cidadania?

Tendo essas indagações em mente, os elementos textuais do presente trabalho serão desenvolvidos no propósito de fundamentar a tese a seguir exposta, visando responder a estes três questionamentos:

A Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e concreção da cidadania na Administração Pública, à medida que possibilita a verificação das melhores escolhas na alocação dos escassos recursos públicos, de modo a maximizar o bem-estar geral, expresso no equilíbrio entre controle fiscal e a promoção da justiça distributiva.

O cenário político-jurídico-social inédito em que se encontra o país e o mundo, no período pós-pandemia da Covid-19, já seria mais que suficiente para tornar a abordagem do referido tema da necessidade de se estabelecer a Análise Custo-benefício como ferramenta aplicável à efetivação e conciliação dos princípios da eficiência e da cidadania, na Administração Pública. As medidas adotadas para o controle da pandemia — o isolamento social horizontal ou vertical, o *lockout* generalizado da atividade produtiva, a definição de atividades essenciais, entre outras — tornaram-se elementos de controvérsia diária no Brasil e fora dele, tendo como elemento central exatamente a necessidade da busca por equilíbrio entre os custos e os benefícios de cada medida. O dilema de salvar as vidas do contágio ou da depressão econômica leva à necessidade da adoção de modelos de avaliação das melhores práticas públicas que atendam às necessidades mais urgentes e primordiais da sociedade.

Entretanto, essa necessidade de ferramentas que habilitem o gestor público a tomar decisões mais embasadas cientificamente e avaliadas sob o prisma de suas consequências e efetividade; esse dilema entre o custo de implantação de uma política pública e os benefícios obtidos por sua adoção vão muito além das situações emergenciais e apontam para questões que englobam desde o planejamento, a execução e avaliação de políticas públicas, não apenas no âmbito do poder Executivo, mas, do Estado na totalidade. E levam ao questionamento do real e necessário papel do Estado e quais os melhores critérios para estabelecer um programa estatal ou uma política pública, que mantenham os princípios que regem a Administração Pública, em equilíbrio, no Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos, à luz da Constituição brasileira, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; e pressupõem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, por meio da redução da desigualdade social e regional; e a promoção do bem-estar de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Para que tais propósitos se concretizem, o papel do Estado precisa estar cada vez mais bem definido. Com relação às medidas tomadas em relação à pandemia da Covid-19, p.e.,

certamente, a busca do equilíbrio, avaliando o custo-benefício de cada decisão tomada, contribuiria significativamente para solucionar o dilema gerado pelo binômio saúde-economia.

Feitas todas essas considerações, a escolha do tema se justifica pelo grau de abrangência no Direito público e os impactos que podem trazer à sociedade toda, com o fim de que o ideal da democracia prevaleça.

Isto posto, vale considerar que o trabalho se mostra relevante na produção de conhecimento científico sobre os princípios da Administração Pública, sendo inovador no sentido de apresentar uma nova perspectiva do Estado, necessária à concreção dos direitos fundamentais no Brasil e nas demais nações, que tem como propósito a instituição do Estado Democrático de Direito.

O aspecto de maior relevância do presente trabalho de desenvolvimento teórico da noção de “Estado Equilíbrio”, como um novo paradigma para a Administração Pública, é a possibilidade da maximização dos benefícios sociais pela melhora da qualidade da prestação dos serviços públicos e melhor alocação dos recursos estatais na efetivação das políticas públicas necessárias à defesa dos direitos constitucionais.

Em médio e longo prazo, busca-se apresentar a Análise Custo-benefício como instrumento balizador na tomada de decisão dos entes da Administração Pública, em harmonia com o conhecimento produzido em outros países, contribuindo para a produção brasileira ter maior impacto no cenário institucional internacional.

Para tal, a abordagem metodológica interdisciplinar adotada é estabelecida em duas etapas: a construção de um referencial teórico capaz de confrontar a tese proposta, por meio de pesquisa descritiva e revisão bibliográfica; e a análise crítica do referencial teórico, visando identificar as variáveis e relações teóricas relevantes, pela análise teórica das variáveis e relações identificadas e a discussão e interpretação dos resultados em relação à tese.

A primeira etapa baseia-se na pesquisa descritiva e revisão bibliográfica orientadas para a construção do referencial teórico. A pesquisa descritiva assume o caráter de pesquisa basal, como o estudo preliminar realizado para melhor adequar o instrumento de medida à realidade que se aspira conhecer. Aliada a ela e dando-lhe a aplicabilidade que permita a construção do referencial teórico é necessária a utilização da pesquisa bibliográfica, que para Gil “é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (2002, p. 44). Tal procedimento se mostra uma excelente técnica capaz de fornecer ao pesquisador a bagagem teórica necessária e os dados científicos pertinentes à construção do referencial teórico necessário ao desenvolvimento e compreensão da tese proposta.

A segunda etapa inicia-se com a análise crítica do referencial teórico, envolvendo a

identificação de lacunas, inconsistências e limitações no conhecimento existente sobre o tema, bem como a proposição de uma perspectiva teórica original e consistente. Para isso, visa identificar as variáveis e relações teóricas relevantes, com base no referencial teórico, para a análise da própria tese proposta, guiada pelas hipóteses formuladas a partir desse mesmo referencial.

Uma vez estabelecidas as hipóteses, é necessário realizar uma análise teórica sistemática das variáveis e relações identificadas, a fim de avaliar como elas se relacionam e contribuem para a compreensão da proposta do trabalho. Com base na análise teórica das variáveis e relações identificadas, é possível discutir e interpretar os resultados em relação às hipóteses formuladas e ao referencial teórico. Essa discussão deve ser crítica e reflexiva, considerando as limitações da pesquisa e as contribuições para o conhecimento científico.

Neste sentido, este trabalho objetiva a verificação da (ir)relevância da adoção dos modelos de Avaliação de Impacto Regulatório e, em especial, a Análise do Custo-Benefício na elaboração de políticas públicas do Estado na totalidade, e não apenas no campo das agências reguladoras, como instrumento de promoção da democracia pela conciliação entre eficiência e cidadania.

A presente tese procura estabelecer a relação entre o princípio da eficiência e cidadania, e a adoção da ACB como instrumento capaz de promover a efetivação e conciliação desses princípios.

A ACB, uma das ferramentas mais utilizadas na AIR, e implementação de políticas públicas nos países ligados à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e amplamente utilizada nos Estados Unidos, desde o governo de Ronald Reagan, ainda é subutilizada no Brasil e até mesmo pouco compreendida em alguns nichos no setor público.

O presente trabalho, de forma mais estrita, analisará o princípio da eficiência à luz da aplicação da ACB como instrumento para fomentar o real significado de eficiência na Administração Pública, sua harmonização aos valores da cidadania, e poder mitigar influências indesejadas na tomada de decisão de regulamentação que permitam produzir normas capazes de promover o bem-estar dos cidadãos.

Esta tese utilizará como referencial teórico os elementos Análise Econômica do Direito (Posner, Adler, Sunstein), sem, contudo, abraçar a teoria no seu todo.

Para tal, os capítulos se dividem em duas partes específicas. Na primeira parte, contendo os capítulos dois, três e quatro, haverá uma breve exposição da ACB e de algumas críticas mais preponderantes a ela, também serão feitas algumas considerações sobre o tema. Também será verificada a sua adequação ou não à Constituição brasileira. Na segunda, contendo os capítulos

cinco e seis, será feita uma abordagem do princípio da eficiência e de sua conciliação com o princípio da cidadania. Finalizando, será apresentada a tese de que a adoção da ACB no âmbito da Administração Pública brasileira possibilita a efetivação do princípio da eficiência em equilíbrio com o princípio da cidadania, o que denomino como sendo o “Estado equilíbrio”.

Mais especificamente, o capítulo 2, que trata da Análise Custo-benefício, apresentará os conceitos de Avaliação de Impacto Regulatório, a conceituação e fundamentação da ACB, como valor da vida, disposição em pagar, justiça distributiva, eficiência intergeracional, incerteza, taxa de desconto entre outros aspectos importantes, como o foco no bem-estar.

Importante frisar que o conhecimento acerca da ACB trazido a esse trabalho não adentra no nível da execução¹. Os conhecimentos técnicos necessários à execução da referida análise não serão aqui oferecidos. O trabalho visa dizer do que se trata, porém, sem apresentar o como fazer.

O capítulo 3, que traz a abordagem de algumas críticas e ponderações acerca da ACB, analisa a consistência dessas críticas e em que grau elas podem interferir na aplicação desse instrumento no cenário público brasileiro. Também investigará em que aspectos a cultura intuitiva do brasileiro pode ser um obstáculo a uma efetiva aplicação desse recurso decisório.

Considerando que os dois capítulos anteriores procuraram estabelecer um conhecimento básico sobre a ACB, o quarto capítulo, investigará a adequação da ACB aos fundamentos constitucionais brasileiros. Pois, em caso de inadequação aos preceitos constitucionais, não fará sentido fomentar a amplificação de sua utilização no contexto da Administração Pública. Para isso, fará uma análise da relação de ACB com os conceitos constitucionais de bem-estar, partição de poderes, fundamento da cidadania, além dos valores e objetivos da Constituição.

O capítulo 5 tratará do princípio da eficiência, abordando-o no contexto patrimonialista do Estado brasileiro; sua condição jurídica, quanto a seu caráter normativo ou não; a sua efetividade no cenário político/jurídico nacional; e sua relação com a ACB.

O sexto capítulo tratará da conciliação entre cidadania e eficiência por meio da adoção da ACB como instrumento capaz de auxiliar na equalização das prioridades estatais. Será feita uma abordagem do conceito de eficiência sob prisma da Análise Econômica do Direito (AED) e verificado se o uso da ACB interfere ou impede a participação popular no processo decisório do Estado. Ainda será feita uma análise da adoção da ACB no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo, quanto às suas funções afins.

Importante destacar, ainda, algumas observações que auxiliarão na leitura do presente

¹ Para se aprofundar no estudo de como elaborar uma ACB, sugerimos o trabalho de Mishan e Quah (2007).

trabalho. Os textos citados em outras línguas, foram traduzidos livremente pela autora. Também, no corpo do texto podem ser encontrados alguns pontos de remissão do tipo (x,x), p.e., (2.1) ou (3.2.1), esses pontos referem-se a outros tópicos do texto nos quais aquele mesmo tema está sendo abordado sob outra perspectiva ou de forma mais detalhada. Seu objetivo é enriquecer e facilitar o processo de leitura do texto.

2 ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO

Como já salientado (1) e, posteriormente, detalhado (5.3), a Constituição Federal determina que a Administração Pública seja, entre outros princípios, eficiente (Art. 37, CRFB/1988).

Do ponto de vista econômico, talvez seja fácil (ou menos complicado) dimensionar se o Estado está oferecendo boas respostas, p.e., através da verificação quanto à diminuição ou aumento do número de desempregados no país; ou a variação da inflação de um determinado período; ou, ainda, a aferição daquele índice que praticamente serve de referência para as demais análises mercadológicas, o Produto Interno Bruto (PIB). Tais parâmetros já são bem estabelecidos e, relativamente, de fácil verificação. Além disso, esses parâmetros tendem a ser globais, podendo ser usados amplamente, independentemente do contexto no qual está sendo analisado. Desemprego sempre será desemprego, ainda que algumas nuances modifiquem as causas do mesmo de um país para outro ou de uma região para outra, num mesmo país.

Contudo, os parâmetros econômicos utilizados para mensurar o desenvolvimento de uma sociedade não são suficientes para dimensionar os aspectos relativos à efetividade, p.e., de uma política pública. Os elementos quantitativos que permitem uma avaliação segura do desempenho de uma economia são insuficientes ou mesmo incapazes de aferir questões relativas aos resultados esperados de uma norma ou regulamento.

Imaginemos a simples decisão de mudar a direção de uma determinada via pública, de mão dupla para sentido único, numa determinada direção. Isso melhoraria ou pioraria o fluxo do trânsito? Essa alteração pode prejudicar ou melhorar o comércio local? Essas são algumas questões que não podem ser verificadas diretamente por análise econômica. E os parâmetros que podem se aplicar a uma determinada rua ou bairro, talvez não façam sentido no caso de outras localidades. Especificando ainda mais o exemplo, imaginemos que nessa via pública que exista uma padaria cujo maior movimento se dá no horário do fim da tarde, quando o maior fluxo de pessoas está se deslocando do centro da cidade para o bairro, aproveitando para parar na padaria e comprar o lanche do fim da tarde para família. No caso de o sentido único da rua ser definido na direção bairro-centro, tal decisão pode prejudicar esse fluxo do fim da tarde, diminuir o movimento no estabelecimento e afetar economicamente esse comércio local, podendo, até mesmo, provocar desemprego.

Assim, como saber se essa decisão da Administração Pública foi eficiente ou não? Como verificar se ela trará benefícios que justifiquem a alteração? Ou, como justificar que a simples

análise do administrador baseado em evidência anedótica² seja o melhor para os cidadãos, os quais são o alvo e a razão de ser da própria Administração.

Embora esse seja um exemplo simples, ele é suficiente para demonstrar que cada decisão da Administração Pública tem impacto direto ou indireto na vida de todos os cidadãos, não só os do presente, mas, daqueles que virão nas gerações futuras.

Assim, a resposta à pergunta: “Esse Estado é eficiente?” não tem um retorno simples. O que, conseqüentemente, torna a percepção do cumprimento ou não do princípio da eficiência pela Administração Pública, uma questão um tanto enigmática para um observador leigo e até mesmo para os especialistas.

Para a tomada de decisões executivas ou de regulação de setores da economia e sociedade, os elementos que a determinam nem sempre são bem definidos, tornando a tarefa dos administradores muito mais difícil, sejam eles políticos eleitos ou burocratas da Administração Pública. Já pudemos perceber que construir uma ponte, ou comprar uma carga de medicamentos, ou estabelecer um limite de velocidade numa determinada via em vez de duplicá-la são decisões para as quais “os prós” e “os contras” não são de fácil verificação, que trarão impactos relevantes a parcela significativa da sociedade. O que, no todo, pode alterar a percepção dos cidadãos quanto à eficiência do Estado.

No caso dos medicamentos, p.e., uma decisão judicial com ares humanizados que conceda um determinado medicamento a um grupo de pessoas que dele necessite, a depender dos custos, pode desestruturar de tal forma o sistema público de saúde ao ponto de inviabilizar o atendimento da população em sua totalidade.

A gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se viabiliza mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos, naturalmente escassos, da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, o que prejudica ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada (COSTA e COELHO, 2019, p. 305).

Tassinari e Lima salientam a importância do Estado como marco civilizatório, que permitiu a organização de um sistema político secularizado, sem deixar de abordar que o exercício arbitrário do poder político levou ao absolutismo.

Se o Estado representou uma significativa conquista civilizatória, ao possibilitar a organização de um sistema político secularizado; por outro lado, o exercício arbitrário do poder político se transformou no principal motivo de inquietação de autores como John Locke e Rousseau. A elaboração de diversas teorias, sobre técnicas de limitação do poder, desaguou no nascimento do

² Quando a informação ou conclusão não é baseada em fatos ou estudo cuidadoso.

constitucionalismo moderno (TASSINARI e LIMA, 2016, p. 156).

No campo ideológico, o espectro norteador do papel estatal se estende desde o Estado de Direito, liberal e mínimo, até ao Estado Social, interventor e controlador de todos os aspectos da vida econômica, civil e social, havendo argumentos e defensores de ambos os extremos desse espectro. E em cada um deles, as mais diversas experiências já obtiveram seu lugar na história, intercambiando entre sucessos e fracassos, fracassos esses, às vezes, retumbantes.

Nessa perspectiva, o Estado, que já foi mínimo e já experimentou o gigantismo, busca o autocontrole necessário à sua razão de ser. Surge, desse entendimento, a noção de Estado Regulatório, que consiste numa forma contemporânea de intervenção estatal, por meio de um conjunto de instrumentos jurídico-normativos (leis, decretos, regulamentos, instruções normativas, políticas públicas, entre outras) que estabelecem obrigações a serem cumpridas pelos indivíduos, pelo setor privado e pelo próprio governo (BRASIL, 2018, p. 7).

Desde os anos 1970, o tema regulatório é abordado de forma antitética, sob a ótica da desregulação, mediante privatizações, liberalização e reforma das políticas sociais.

No entendimento de Alexy,

Quanto mais se ordena ou se proíbe, tanto menor é a liberdade jurídica. O princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível. [...]. A polêmica surge quando se trata de definir o que e quanto se deve ordenar e proibir. Essa é uma polêmica acerca do grau ótimo de realização do princípio da liberdade jurídica em face de princípios colidentes. A esses princípios podem ser conferidos pesos diferentes, em uma escala que se estende desde teorias liberais radicais, que conferem a esses princípios colidentes um peso maior que ao princípio da liberdade jurídica apenas em poucos - e extremos - casos, até teorias radicalmente não-liberais, que chegam a uma quantificação inversa e têm à disposição, para quase toda alternativa de ação, um dever jurídico ou uma proibição jurídica (ALEXY, 2008, p. 177).

Majone, entretanto, salienta que o paradoxo entre regulação e desregulação se tratava apenas de uma troca do modelo regulatório estatizado para a regulação da iniciativa privada. Porém, sem ocorrer a ansiada desregulação.

Paradoxalmente, o mesmo período assistiu a um crescimento expressivo da formulação de políticas reguladoras tanto em nível nacional quanto europeu [...] No entanto, o paradoxo é mais aparente do que real. A verdade é que, neste período, métodos tradicionais de regulação e de controle estavam ruindo sob a pressão de potentes forças tecnológicas, econômicas e ideológicas, e foram desmantelados ou radicalmente transformados. Isto é frequentemente chamado “desregulação”, mas o termo é enganador. O que se observa na prática não é um desmantelamento de toda a regulação governamental — uma volta a uma situação de *laissez-faire* que na realidade nunca existiu na Europa — mas, em vez disso, uma combinação de desregulação e nova regulação, possivelmente em um nível diferente de governança (MAJONE, 1999, p. 9).

Quanto a esta polêmica envolvendo o grau de regulação, a contribuição da teoria da

aplicação regulatória, que no entender de Djankov *et al.* (2003, p. 598-9), se traduz no *trade-off*³ entre a desordem e a ditadura — que o presente trabalho denomina como sendo o “Estado Equilíbrio”.

Shleifer destaca que

a premissa básica da teoria da regulamentação de *enforcement* é que todas essas estratégias para o controle social dos negócios são imperfeitas que o *design* institucional ideal envolve uma escolha entre essas alternativas imperfeitas. A teoria de *enforcement* reconhece especificamente uma troca básica entre dois custos sociais de cada instituição: desordem e ditadura. Desordem refere-se à capacidade dos agentes privados de prejudicar outras pessoas — roubar, sobrecarregar, ferir, enganar, impor custos externos, etc. A ditadura refere-se à capacidade do governo e de seus funcionários de impor tais custos aos agentes privados. À medida que passamos de pedidos privados a litígios privados, de regulamentação a propriedade pública, aumentam os poderes do governo e os dos agentes privados. As perdas sociais decorrentes da desordem diminuem à medida que as da ditadura aumentam. [...] Quando a disciplina de mercado pode controlar com êxito a desordem e evitar a anarquia hobbesiana, é a melhor abordagem por apresentar menores custos sociais em relação à ditadura. Qualquer argumento para intervenção pública depende crucialmente do presuntivo fracasso da disciplina de mercado em controlar a desordem (tradução nossa) (2005, p. 443-4)⁴.

Questões como: até que ponto a desordem precisa ser regulada? Se a democracia é o melhor sistema político para se promover uma reforma política ou se a ditadura seria mais eficiente diante de mudanças radicais necessárias? Se as reformas se processam melhor em democracias novas ou já consolidadas? Refletem esse *trade-off*:

Por um lado, há o objetivo de controlar a desordem, que conduz a uma ditadura mais significativa. Por outro lado, há o objetivo de controlar os abusos da intervenção estatal, que pressiona contra a ditadura. [...] as quatro estratégias comuns de tal controle, a saber: transações privadas, litígios privados, regulamentação e propriedade estatal, podem ser vistas como pontos da fronteira de possibilidades institucionais, classificadas em termos de aumento dos poderes estatais. Essas estratégias estão associadas à diminuição progressiva dos custos sociais da desordem e ao aumento progressivo dos custos sociais da ditadura, na mesma proporção (tradução nossa) (DJANKOV,

³ Traz a noção de um equilíbrio alcançado entre duas características desejáveis, mas incompatíveis. Ainda a ideia de troca.

⁴ Texto original: “*The basic premise of the enforcement theory of regulation is that all of these strategies for social control of business are imperfect, and that optimal institutional design involves a choice among these imperfect alternatives. The enforcement theory specifically recognizes a basic trade-off between two social costs of each institution: disorder and dictatorship. Disorder refers to the ability of private agents to harm others – to steal, overcharge, injure, cheat, impose external costs, etc. Dictatorship refers to the ability of the government and its officials to impose such costs on private agents. As we move from private orderings to private litigation to regulation to public ownership, the powers of the government rise, and those of private agents fall. The social losses from disorder decline as those from dictatorship increase. [...] When market discipline can successfully control disorder and avoid Hobbesian anarchy, it is the best approach because it has the lowest social costs of dictatorship. Any case for public intervention relies crucially on the presumptive failure of market discipline to control disorder*”.

GLAESER, *et al.*, 2003, p. 598)⁵.

Shleifer complementa afirmando que:

Essas quatro estratégias são classificadas pelo crescente grau de controle público sobre a atividade econômica. Com a concorrência e as transações particulares, basicamente não há envolvimento público. Nos tribunais, há um papel para juízes imparciais aplicando regras de bom comportamento. Essas regras não precisam vir da legislação, mas podem derivar de costumes ou da *common law* e precedentes. Mesmo assim, há um agente público, o juiz, que tem pelo menos alguma autoridade para tomar decisões. Com os reguladores, o controle pelo Estado aumenta acentuadamente. O Estado agora escreve as regras, inspeciona o produto antes de ser vendido e possivelmente penaliza os vendedores por entregar um produto ruim. Tanto o escopo da atividade do governo quanto sua centralização aumentam bastante em relação ao litígio privado. Finalmente, com propriedade do Estado, o governo assume o controle completo de uma atividade (tradução nossa) (2005, p. 443)⁶.

Nesse contexto, a utilização de ferramentas de AIR apresenta igualmente um *trade-off*, havendo duas vertentes principais: aquela na qual os aspectos técnicos da regulação, a intervenção do Estado nas decisões, a autonomia das agências reguladoras e a possibilidade de que as análises sirvam para subsidiar o controle político são motivo de preocupação. E aquela fundamentada nos aspectos políticos, e enxergam na AIR uma possibilidade mais direcionada para a desburocratização e enfoque político das escolhas regulatórias do que uma possibilidade de desregulamentação.

No Brasil, a primeira menção legal de utilização da AIR como instrumento obrigatório (embora ainda não regulamentado) foi a partir da edição da Lei nº 13.848/2019. Contudo, vale destacar que a referida lei torna exigível a sua aplicação apenas para as agências reguladoras. Além disso, a falta de regulamentação de seu uso, a tem tornado apenas mais uma etapa burocrática no processo de elaboração normativa das referidas agências, sem que essa análise necessariamente influencie a tomada de decisão do agente regulador.

Contudo, os benefícios de tal metodologia já se mostram expressivos nos locais onde é devidamente empregada. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico —

⁵ Texto original: “*On the one hand, there is the objective of controlling disorder, which pushes toward greater dictatorship. On the other hand, there is the goal of controlling the abuses of state intervention, which pushes against dictatorship. [...] the four common strategies of such control, namely private orderings, private litigation, regulation, and state ownership, can be viewed as points on the institutional possibility frontier, ranked in terms of increasing state powers. These strategies are associated with progressively diminishing social costs of disorder and progressively rising social costs of dictatorship*”.

⁶ Texto original: “*These four strategies are ranked by the growing degree of public control over economic activity. With competition and private orderings, there is basically no public involvement at all. With courts, there is a role for impartial judges enforcing rules of good behavior. These rules do not need to come from legislation, but may instead derive from custom or from judge-made common law and precedents. Even so, there is a public agent, the judge, who has at least some decision-making authority. With regulators, control by the state increases sharply. The state now writes the rules, inspects the product before it is sold, and possibly penalizes sellers for delivering a bad product. Both the scope of government activity, and its centralization, are greatly increased relative to private litigation. Finally, with state ownership, the government takes complete control over an activity*”.

OCDE salienta que a AIR amplia a garantia de⁷.

Eficiência e eficácia são importantes porque existem limites para a quantidade e o tipo de regulamentação que pode ser absorvida pelas economias e aplicada efetivamente pelos governos. A regulamentação tem custos e benefícios, e a regulamentação inadequada pode sufocar o crescimento econômico, colocando obstáculos na maneira de fazer negócios e criando percepções de um ambiente negativo. Além disso, a elaboração e aplicação de regulamentações impõe grandes demandas às administrações governamentais. É importante, portanto, que seja bem projetado (tradução nossa) (OECD, 2008, p. 4)⁸.

Neste sentido, Sunstein afirma que “[...] a determinação da Análise Custo-benefício regulatório força os agentes públicos a focar no que importa: as consequências humanas” (tradução nossa) (2018, p. 12). O que inclui, além de estudos quantitativos, questões subjetivas, de difícil mensuração, tais como equidade, valores culturais e religiosos, justiça e dignidade humana.

Quando se lida com recursos escassos, como os investimentos sociais do Estado, em especial, a efetividade das políticas públicas tem que ser considerada. Sunstein defende que:

[...] a Análise Custo-benefício tem a grande virtude de explicar por que algumas decisões são difíceis — e de forçar agentes públicos e outros a formularem as perguntas corretas. Direciona-os a perguntar: as vidas das pessoas estão sendo melhoradas, ou não, pelas iniciativas relevantes? (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 25)⁹

Embora a Análise Custo-benefício possua certas limitações metodológicas, ela se apresenta como uma ferramenta eficaz para impedir regulações direcionadas a interesses particulares ou grupos lobistas, ou ainda, que o uso político, no sentido negativo, de ações estatais, drene os recursos de que a sociedade tanto necessita.

Para Sunstein,

É claro que os requisitos de custo-benefício são mais facilmente justificados em termos econômicos, para promover a eficiência econômica e, assim, eliminar gastos públicos e privados desnecessários e desperdiçados. Mas os requisitos de custo-benefício também têm fortes justificativas democráticas. De fato, eles podem ser entendidos como uma maneira de diminuir as pressões dos grupos de interesse sobre a regulamentação e também como um método para garantir que as consequências da regulamentação não sejam envoltas em mistério, mas sejam disponibilizadas para inspeção e revisão públicas. Alguns

⁷ Regulamentação efetiva é aquela que atinge o objetivo político que levou à sua realização. Uma regulamentação eficiente alcança esses objetivos com o menor custo total - para todos os membros da sociedade.

⁸ Texto original: “*Efficiency and effectiveness are important because there are limits to the amount and type of regulation able to be absorbed within economies and enforced effectively by governments. Regulation has costs as well as benefits, and inappropriate regulation can stifle economic growth by putting obstacles in the way of doing business and by creating perceptions of a negative environment. As well, making and enforcing regulation places large demands on government administrations. It is important therefore that it is well designed*”.

⁹ Texto original: “[...] *cost-benefit analysis has the great virtue of explaining why some decisions are difficult—and of forcing officials and others to ask the right questions. It directs them to ask: Are people’s lives being improved, or not, by the relevant initiative?*”

dos argumentos mais fortes para requisitos de custo-benefício não são tanto econômicos quanto democráticos (tradução nossa) (SUNSTEIN, 1996, p. 4)¹⁰.

É necessário avaliar em que medida a busca dessa condição de equilíbrio que deve pautar a ação governamental contribuirá para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

A escolha entre realizar determinada intervenção política por meio de um programa, norma ou política pública, ou não realizar nada, ou ainda, escolher uma determinada política pública em detrimento de outras vai além da simples avaliação do cumprimento de determinados princípios administrativos, tais como a economicidade e efetividade. A Administração Pública pode ser efetiva em executar uma decisão que talvez não seja aquela que melhor contemple os anseios dos cidadãos. E os benefícios obtidos podem não ser os benefícios desejados.

Como observam Layard e Glaister (1994, p. 1), “Há quem acredite que um atributo particular da vida, como o silêncio do campo, é de absoluta importância. Para eles, a Análise Custo-benefício (ACB) é fácil: o valor de todos os outros benefícios e custos é insignificante (tradução nossa)”¹¹. Considerando que os aspectos a serem analisados não podem, necessariamente, ser quantificados em valores monetários, e que há uma diversidade de parâmetros não tangíveis e de difícil mensuração, tornando a escolha ou avaliação de uma determinada política pública algo muito mais complexo do que o cálculo do PIB e o desenvolvimento econômico de um país.

2.1 Avaliação de Impacto Regulatório e ACB

No contexto europeu, a maioria dos países utiliza a chamada Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) como o instrumento para compreender os impactos da regulamentação nas esferas econômica, social ou ambiental, num cenário em que a capacidade de verificação dos impactos que a regulação traz ao ambiente de mercado e à sociedade em geral são cada vez mais requeridas dos gestores.

¹⁰ Texto original: “*Cost-benefit requirements are of course most easily justified on economic grounds, as a way of promoting economic efficiency and thus eliminating unnecessary and wasteful public and private expenditures. But cost-benefit requirements also have strong democratic justifications. Indeed, they can be understood as a way of diminishing interest-group pressures on regulation and also as a method for ensuring that the consequences of regulation are not shrouded in mystery but are instead made available for public inspection and review. Some of the strongest arguments for cost-benefit requirements are not so much economic as democratic in character*”.

¹¹ Texto original: “*There are some people who believe that one particular attribute of life, such as the silence of the countryside, is of absolute importance. For them cost-benefit analysis is easy: the value of all other benefits and costs is negligible*”.

Utilizada como instrumento de decisão, com diversos enfoques, de acordo com a agenda política de cada governo, a AIR se aplica a avaliação de impacto ambiental, econômico, ou em termos de encargos administrativos e burocráticos, podendo ainda abranger uma avaliação completa de custo-benefício, examinando de forma consistente e sistemática os possíveis impactos decorrentes da regulação e subsidiando com informações pertinentes os tomadores de decisão (JACOBS, 1997, p. 13).

Segundo Radaelli e De Francesco (2010, p. 4), a AIR busca promover uma governança democrática, através de procedimentos administrativos que propõem alterar a estrutura de oportunidades na qual os atores (o executivo, as agências e os grupos de pressão, incluindo as associações da sociedade civil) interagem, para que o processo de elaboração de regras seja mais aberto a interesses difusos e mais responsabilizado aos cidadãos, visando a promoção de normas e políticas públicas que aumentem o bem-estar¹² líquido da comunidade.

De modo geral, a AIR como procedimento administrativo resolve o principal problema do controle das burocracias. Sua posição dentro da família de sistemas de controle é talvez única. Enquanto alguns instrumentos operam *ex ante* (por exemplo, estatutos e nomeações) ou *ex post* (por exemplo, revisão judicial da elaboração de regras da agência), a AIR fornece controle contínuo. Ela opera enquanto as regras estão sendo formuladas e as opções regulatórias são avaliadas (tradução nossa) (RADAELLI e DE FRANCESCO, 2010, p. 284)¹³.

A OCDE tem atuado de forma proeminente para difundir a AIR como procedimento de melhoria da qualidade regulatória. Desde 1995, quando publicou o documento *Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*, o primeiro conjunto de princípios relacionados à qualidade regulatória reconhecido internacionalmente, cuja principal contribuição foi a apresentação de um *checklist* para tomada de decisões regulatórias, a Organização atua para promover melhorias no campo regulatório dos países membros.

De Francesco (2012, p. 11-4) aponta algumas hipóteses pelas quais os países adotam a AIR como referência para subsidiar a tomada de decisão no campo regulatório. A primeira delas diz respeito a experiências anteriores na adoção de outras modalidades de análise de impacto menos abrangentes como a uso da *Environmental Impact Assessment* (EIA) ou *Freedom of*

¹² Bem-estar, aqui, compreendido como a qualidade de vida do indivíduo e sua relação com a sociedade. O bem-estar líquido diz respeito ao saldo dos ganhos ou perdas na qualidade de vida, como resultado das ações governamentais de regulação e políticas públicas.

¹³ Texto original: “Overall, RIA as administrative procedure solves the principal’s problem of controlling bureaucracies. Its position within the family of control systems is perhaps unique. Whilst some instruments operate either *ex ante* (e.g., statutes and appointments) or *ex post* (e.g., judicial review of agency’s rulemaking), RIA provides on-going control. It operates whilst rules are being formulated and regulatory options are assessed”.

Information Act (FOIA) que aumentam a probabilidade de adoção de AIR. Neste caso, está relacionada à racionalidade e capacidade institucional do adotante, para que a aceitação de uma inovação seja um processo desenvolvido a partir do estoque acumulado de conhecimentos e habilidades da organização pública. Uma boa experiência anterior motiva o aperfeiçoamento por meio da inovação.

A segunda hipótese está relacionada ao tamanho e ao grau de complexidade para gerir a máquina pública. Quanto maior a riqueza econômica e o tamanho do governo, tanto maior a probabilidade de adoção de AIR, pois ela é um instrumento de informação que facilita o controle político da burocracia. Quanto maior a complexidade e o tamanho da economia e do governo, maior a necessidade de aprimorar os fluxos de informação e fortalecer o controle político, resolvendo toda sorte de problemas que envolvem custos de transação.

Como terceira hipótese para a adoção da AIR, De Francesco aponta uma questão de tradição jurídica dos países. Segundo sua análise, os países de tradição jurídica inglesa e escandinava são mais propensos adotar a AIR do que os países de origem legal francesa e alemã. A razão seria que a tradição do Estado e sua cultura administrativa exercem um papel decisivo na forma como a administração é conduzida e em sua receptividade a mudanças no sistema administrativo.

A quarta hipótese diz respeito à relação financeira entre os países em relação aos Estados Unidos, que do ponto de vista de De Francesco, foi o pioneiro na adoção da AIR. Assim, quanto maior o nível de investimento norte-americano no país, os chamados *Foreign Direct Investment* (FDI), maiores as chances desse país adotar a AIR como procedimento de gerenciamento e avaliação na edição das regulações dos diversos setores da economia e sociedade.

Uma quinta hipótese para a adoção da AIR pelos governos ao redor do mundo está diretamente relacionada com a hipótese anterior. Quanto maior a abertura comercial de um país, maior a probabilidade de adoção da AIR. A internacionalização da economia e o impacto do aumento da concorrência comercial tem forçado os formuladores de políticas nacionais a reagir às condições globais dos mercados e modernizarem o arcabouço regulatório do país para continuarem atraentes e competitivos no mercado global, diminuindo os custos regulatórios relacionados a regulações desnecessárias e indevidamente onerosas. A AIR é considerada um instrumento particularmente eficaz para diminuir as pressões internacionais para racionalizar a governança regulatória, oferecendo aperfeiçoamento e diminuição de sua defasagem.

A última das hipóteses verifica a expansão espacial da adoção do modelo de AIR. Que também diz respeito às pressões internacionais de economia globalizada. Quanto mais próximo um determinado país estiver do adotante anterior, maior a probabilidade de adotar a AIR.

O que mais chama a atenção quanto a todas essas hipóteses levantadas por De Francesco é a percepção de que, para um governo que não queira seguir por esse caminho, a trilha está se tornando cada vez mais estreita. As dificuldades de manter modelos de governança regulatória arcaicos, meramente políticos e intuitivos, estão se tornando cada vez maiores, independente do modelo administrativo ou regime político que se adota. Entidades como a OCDE, há muito possuem projetos que atuam na promoção e divulgação da AIR e de melhores instrumentos de regulação.

No que tange à modernização da regulação, no entanto, a OCDE já aponta para o que denomina de AIR 2.0, visando o desenvolvimento e melhoria dos procedimentos regulatórios. Um alerta no sentido de que em “tempos normais” já seja difícil para a Administração Pública ter uma política regulatória capaz de promover o bem-estar e o desenvolvimento da sociedade, especialmente, em tempos de crise, como pandemias e guerras, há uma prioridade ainda maior em considerar uma melhor regulação, tanto para agora quanto para o futuro. Sendo a mudança tecnológica um dos principais impulsos a forçar os governos a superar a mentalidade tradicional de “regular e esquecer” para desenvolver abordagens que visem “adaptar e aprender”. As ferramentas de gestão regulatória — como AIR, engajamento das partes interessadas e avaliação *ex post* — precisam ser adaptadas para ajudar os governos a enfrentar os desafios e oportunidades do futuro. Isso inclui um melhor uso da governança regulatória para alcançar objetivos estratégicos, como os objetivos de desenvolvimento sustentável (OECD, 2021).

Quanto ao seu procedimento, a AIR consiste em coletar informações de diversas fontes e buscar equilibrar valores e interesses difusos, na tentativa de fazer com que os diferentes interesses afetados por uma regulação ou política pública possam competir em pé de igualdade, o quanto mais possível.

Segundo o *Office of Management and Budget* (OMB) (2003), uma avaliação regulatória satisfatória deve incluir os três elementos básicos a seguir: a) uma declaração da necessidade da ação proposta, b) um exame de abordagens alternativas e c) uma avaliação dos benefícios e custos - quantitativos e qualitativos - da ação proposta e as principais alternativas identificadas pela avaliação. Além disso, duas ações são necessárias para avaliar os custos e benefícios do regulamento e das alternativas a este: a) explicar como as ações exigidas pela regra estão vinculadas aos benefícios esperados. Por exemplo, explicar porque o acréscimo de determinada informação no rótulo de um determinado grupo de produtos diminuirá os riscos referentes ao consumo daquele produto; b) identificar um referencial (*baseline*). Avaliar os benefícios e custos em comparação com uma opção claramente indicada, que pode ser uma ação alternativa à regulação pretendida ou a ausência de uma ação, isto é (i.e.), como será o mundo se a regra

proposta não for adotada; c) identificar os efeitos colaterais indesejáveis esperados e os benefícios auxiliares da ação regulatória proposta e das alternativas, que devem ser adicionados aos benefícios e custos diretos, conforme apropriado.

Existe uma dupla motivação para a adoção da AIR. O primeiro motivo, a AIR como procedimento administrativo permite que grupos de pressão afetados pela regulamentação ou política pública monitorem os agentes quando as mesmas ainda estão sendo desenvolvidas. A consulta, a notificação dos passos conducentes a novas propostas, a publicação da análise subjacente às novas regulamentações em projeto, permitem a estes grupos de pressão responder quando os seus interesses são contestados por regulamentações emergentes. Esse mecanismo de emancipação de interesses é como um “alarme de incêndio” que pode ser acionado se e quando as perspectivas de criação de regras fogem aos interesses de setores da sociedade. O segundo motivo, a obrigatoriedade de consulta e análise custo-benefício amplia a variável tempo em favor da fiscalização das políticas regulatórias. Os procedimentos administrativos consagrados na AIR impõem atraso à efetivação da política pública ou edição normativa, dando tempo suficiente para os agentes envolvidos intervirem antes que tal medida se torne um fato consumado. Ou seja, a AIR é uma maneira eficaz de “embaralhar as cartas”, beneficiando os interesses políticos representados na coalizão que apoia o agente político envolvido (DUNLOP e RADAELLI, 2017, p. 7).

Em alguns países, como no caso da Índia e do Brasil, p.e., nos quais a economia pode ser considerada em estágio de evolução de um sistema democrático formal para uma democracia mais significativa e participativa. Políticas centralizadoras estão sendo desafiadas por práticas mais abertas, transparentes e participativas. Nesta fase de transição, é importante compreender e avaliar o papel dos instrumentos de formulação de políticas em relação aos antigos e novos locais de política. O uso de ferramentas na formulação de políticas públicas, como a ACB e a AIR, fortalece a esfera pública e reduz o clientelismo nessas culturas.

Muitas vezes tratadas como sinônimo de um mesmo procedimento da Administração Pública, na prática, a relação entre AIR e ACB pode ser traduzida pelo entendimento de que a primeira se trata do objetivo e a segunda, a ferramenta. Sendo que, na Europa, tem um enfoque maior nos procedimentos das agências reguladoras independentes; e nos EUA tem enfoque em toda Administração Pública¹⁴, envolvendo tanto as agências de regulação independentes,

¹⁴ No contexto da Administração Pública norte-americana, o termo *agency* pode ser usado tanto para se referir a ministérios, secretarias ou autarquias diretamente ligadas à presidência, quanto para agências reguladoras independentes. Uma das principais diferenças entre as primeiras e a independente é o fato de que, nesta última, o presidente só pode remover um diretor de forma justificada, enquanto que nas primeiras, ele possui discricionariedade para a nomeação e remoção. No texto, quando se tratar do contexto norte-americano, o termo

quanto os ministérios, secretarias e agências (autarquias) diretamente ligadas à presidência, no desenvolvimento de leis e políticas públicas.

Assim, a AIR e a ACB permitem verificar a necessidade ou não de uma regulação e as implicações de sua implantação, em termos de benefícios potenciais à sociedade e custos gerados, tanto econômicos quanto sociais, em busca do caminho para alcançar o propósito da regulação, de modo a maximizar os benefícios líquidos à sociedade.

Essencialmente, a AIR é um tipo de procedimento administrativo, frequentemente usado no escrutínio pré-legislativo da legislação. Sua sofisticação e amplitude analítica variam, dependendo das questões em jogo e dos recursos disponíveis - o grau de sofisticação deve ser proporcional à relevância e aos efeitos esperados da regulamentação. De fato, a análise dos efeitos esperados via AIR pode cobrir encargos administrativos ou custos básicos de conformidade, ou tipos mais complexos de custos e benefícios, incluindo benefícios ambientais, efeitos de distribuição e impacto no comércio (tradução nossa) (RADAELLI e DE FRANCESCO, 2010, p. 279-80)¹⁵.

Tal análise deve ser contínua ou sistemática, não dando espaço ao oportunismo ou eventuais interesses de grupos políticos ou econômicos. Em grande parte dos países nos quais tem sido implantada, essa análise tem se tornado obrigatória, não simplesmente diminuindo o espectro discricionário da Administração Pública. Mas, apenas impondo-lhe limites de observância dos princípios administrativos.

Além da Análise Custo-benefício, as ferramentas mais utilizadas para avaliar os impactos de uma ação regulatória são a Análise Custo-efetividade (ACE) e a Avaliação de Viabilidade Tecnológica (AVT), com suas variantes, tais como a Avaliação Quantitativa de Risco (AQR), Avaliação Comparativa de Risco (ACR), Análise de *Trade-off* de Risco (ATR) e Análise de Risco-benefício (ARB), a Análise de Bem-estar (ABE) e análises parciais. Em momento oportuno (3.7), essas outras ferramentas serão brevemente analisadas de modo a justificar nossa opção pela ACB.

Isso, porque de todas as ferramentas de análise regulatória, a ACB oferece a melhor mensuração da efetividade de regulamentos e a análise de sua viabilidade (SOUSA, 2012, p. 107). É parte de um esforço para superar decisões baseadas em interesses pessoais e suposições não-científicas, por abordagem compreensível das consequências das iniciativas regulatórias e

agência será usado para designar todos os tipos de agências. Caso se refira a um tipo particular, isso será especificado.

¹⁵ Texto original: “*Essentially, RIA is a type of administrative procedure, often used in the pre-legislative scrutiny of legislation. Its sophistication and analytic breadth vary, depending on the issues at stake and the resources available - the degree of sophistication should be proportional to the salience and expected effects of the regulation. Indeed, the expected effects analyzed via RIA may cover administrative burdens or basic compliance costs, or more complex types of costs and benefits, including environmental benefits, distributional effects, and the impact on trade*”.

legislativas (SUNSTEIN, 1996, p. 1).

A Análise Custo-benefício reflete um firme (e orgulhoso) compromisso com uma concepção tecnocrática da democracia. O público é finalmente soberano, mas, por boas razões, os tecnocratas recebem muita autoridade — dada pelo próprio público. [...] A Análise Custo-benefício insiste em que questões factuais difíceis devem ser respondidas por aqueles que estão em boa posição para respondê-las corretamente. A razão é que as consequências são importantes, e cientistas e economistas podem nos ajudar a lidar com as consequências (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. xi)¹⁶.

Jacobs (1997, p. 34) destaca que a análise custo-benefício combina métricas quantitativas e qualitativas, e considera que a ACB é o método que melhor se adapta à proteção de uma ampla gama de interesses envolvidos na confecção de uma norma, pois, abrange uma grande variedade de impactos em todo o espectro socioeconômico ambiental, alinhadas com as demandas políticas quase universais de que os métodos da AIR englobam. Tem ainda a importante vantagem de comparar custos e benefícios ocorridos em diferentes momentos.

Usando essa técnica, os cenários positivos e negativos mais estritos das várias opções para resolver um problema são avaliados usando uma abordagem que permite a comparação objetiva das vantagens e desvantagens de qualquer número de ações alternativas usadas para resolver o problema (BRASIL, 2015, p. 9).

A ACB de um determinado regulamento busca avaliar os custos gerados por essa regulamentação em relação aos benefícios trazidos (ou danos evitados) pela mesma. Nessa análise, parâmetros como mortes evitadas, doenças, danos ambientais, são quantificados em termos monetários e postos em balanço de equilíbrio de custo e benefício, conquanto haja uma certa dificuldade de quantificar muitos dos efeitos ambientais e pessoais em termos de saúde e vida (DRIESEN, 2006, p. 72). Nessa análise, deve ser levado em consideração a avaliação das capacidades e do custo da tecnologia empregada para promover o benefício esperado, se superam ou não os custos e benefícios da não implementação do pretense regulamento.

Para Sunstein (2018, p. 3), basicamente, nenhuma ação pode ser tomada se os custos não forem superados pelos benefícios. O que, na prática, retira do campo político e do simples interesse econômico de setores específicos, as decisões quanto à regulação, para adotar tomadas de decisões baseadas em conhecimento especializado e busca de equilíbrio entre custos e benefícios.

Pode-se argumentar que a ACB, pelo menos se praticada de forma inteligente, pode fornecer um contexto para tornar as razões a favor e contra um

¹⁶ Texto original: “*Cost-benefit analysis reflects a firm (and proud) commitment to a technocratic conception of democracy. The public is ultimately sovereign, but, for good reasons, technocrats are given a lot of authority—by the public itself. [...] Cost-benefit analysis insists that difficult questions of fact should be answered by those who are in a good position to answer them correctly. The reason is that consequences matter, and scientists and economists can help us get a handle on consequences*”.

regulamento mais transparentes. Certamente, a técnica pode ajudar a distinguir projetos de obras públicas que valem a pena, de pontes que não levam a lugar nenhum (tradução nossa) (SAGOFF, 2009, p. 25)¹⁷.

Tendo o método da ACB como diretriz na normatização, com apoio na análise de especialistas com capacitação técnica, os administradores públicos têm subsídios para fundamentar os regulamentos de forma que atendam aos questionamentos quanto aos seus benefícios, se compensam ou não aos custos empreendidos. A resposta a critérios técnicos de ACB, diminui a possibilidade do distanciamento entre a norma, o anseio político e o interesse da sociedade, mitigando a influência de interesses diversos incapazes de subsistir ao debate público.

2.2 Os fundamentos da Análise Custo-Benefício

A eficiência de uma política pública ou de uma norma regulatória deve ser avaliada pela determinação dos efeitos derivados de uma determinada escolha, num cenário de recursos públicos escassos e de várias demandas e opções possíveis, comparando-as em termos de sua eficiência social, a maximização do bem-estar.

Na tradição da filosofia política anglo-saxã, a razão última das instituições políticas e sociais, propriamente, do Estado, seria tornar a vida do indivíduo melhor. Ainda que não houvesse consenso quanto ao significado ou pudesse haver uma ampla gama de sentidos para o termo “vida melhor”. Entretanto, o sentido que se consolidou e ganhou espaço no campo da filosofia moral foi a adoção do conceito de utilidade. Ou seja, o que fosse útil para o indivíduo lhe traria satisfação. Conseqüentemente, a forma do Estado promover o bem-estar do indivíduo estaria intimamente ligada a gerar benefícios úteis a este.

Adler defende o foco no bem-estar individual como uma visão moralmente plausível.

Assim, o bem-estar centrado na pessoa é uma visão moral admissível, mesmo que assuma a forma de utilitarismo: mesmo que se concentre apenas no bem-estar total, em vez de atender à distribuição justa do bem-estar. O utilitarista centrado na pessoa pode plausivelmente assumir a posição de que o bem-estar humano é qualitativamente mais importante do que o bem-estar animal; que as comparações interespecies de bem-estar também são qualitativamente mais difíceis do que comparações interpessoais de bem-estar; e que, portanto, faz sentido delinear um domínio separado de raciocínio normativo (chame-o de raciocínio “moral”) que diz respeito ao que maximiza o bem-estar humano total, reconhecendo que o bem-estar animal tem peso normativo (mas não

¹⁷ Texto original: “*One may argue that CBA, at least if practiced intelligently, can provide a context for making the reasons for and against a regulation more transparent. Certainly, the technique may help to distinguish worthwhile public works projects from bridges to nowhere*”.

“moral”) (tradução nossa) (ADLER, 2012, p. 7)¹⁸.

Foi o utilitarismo — teoria ética de Bentham e Stuart Mill (2004), com aplicações imediatas na economia e na política, cujo fundamento é a noção moral de que o agente deve visar, como finalidade, uma ação moral que beneficie o maior número de pessoas, da melhor maneira possível e, caso seja necessário prejudicar alguns em favor da maioria, os prejuízos devem ser os menores possíveis — a primeira teoria a responder a esses objetivos de forma mais efetiva. No campo econômico-social, o utilitarismo avalia o bem-estar a partir da utilidade extraída de cada política pública ou norma para gerar felicidade ou ausência de dor a um maior número de indivíduos.

Sob o prisma da utilidade, uma política pública seria moral e eticamente superior quanto maior fosse a utilidade da mesma para um maior número de pessoas. Desse modo, uma política pública que, p.e., visasse levar água tratada a uma região semiárida é moral e eticamente mais útil do que uma ação que se propusesse a levar água tratada a uma região ribeirinha. Por mais que, em ambos os casos, a população dessas regiões necessitasse de água tratada, indiscutivelmente, a necessidade/utilidade na região semiárida seria maior, uma vez que a água, tratada ou não, em tese, seria menos acessível a essa população. Ou seja, a primeira política é nitidamente mais útil do que a segunda.

As percepções utilitaristas, entretanto, se mostraram insuficientes para avaliar, p.e., as situações de *trade-off*, nas quais um mesmo indivíduo teria que escolher ou renunciar a um determinado benefício em razão de outro. Como no caso do internauta que, para obter uma rede mais ampla de contatos nas redes sociais, opta por se expor mais e, assim, abrir mão de segurança ou, vice-versa, por prezar a segurança nas interações virtuais, acaba por restringir seus contatos. Ou ainda, as políticas públicas que, sob o pretexto de segurança sanitária, restringem a liberdade dos cidadãos. Como identificar se o indivíduo estaria mais feliz, satisfeito, estando sanitariamente seguro ou livre? Essa noção de bem-estar sob o prisma da utilidade diante de ações nas quais a felicidade do indivíduo já não é tão claramente verificável, torna a avaliação objetivamente muito difícil.

Rawls, em sua crítica ao utilitarismo, aponta o princípio da utilidade como aquele que define o bem como a satisfação do desejo racional.

¹⁸ Texto original: “*Thus, person-centered well-being is an admissible moral view, even if it takes the form of utilitarianism: even if it focuses only on total well-being rather than attending to the just distribution of well-being. The person-centered utilitarian can plausibly take the position that human well-being is qualitatively more important than animal well-being; that interspecies comparisons of well-being are also qualitatively more difficult than interpersonal comparisons of well-being; and that it therefore makes sense to delineate a separate domain of normative reasoning (call it “moral” reasoning) with regard to what maximizes total human welfare, recognizing that animal welfare has normative (but not “moral”)*”.

A característica marcante da visão utilitarista da justiça é que não importa, exceto indiretamente, como essa soma de satisfações é distribuída entre os indivíduos mais do que importa, exceto indiretamente, como um homem distribui suas satisfações ao longo do tempo. A distribuição correta em ambos os casos é aquela que produz a máxima realização. A sociedade deve alocar seus meios de satisfação, quaisquer que sejam, direitos e deveres, oportunidades e privilégios e várias formas de riqueza, de modo a atingir esse máximo, se puder. Mas em si nenhuma distribuição de satisfação é melhor do que outra, exceto que a distribuição mais igualitária deve ser preferida em situações de impasse (tradução nossa) (RAWLS, 1999, p. 23)¹⁹.

E que, pelo menos teoricamente, o princípio da utilidade deveria ser confrontado pelo princípio da justiça distributiva, a dicotomia agregativo-distributiva.

Existem dois princípios: a estrutura básica da sociedade deve ser projetada, primeiro, para produzir o maior bem no sentido do maior saldo líquido de satisfação; e, segundo, para distribuir satisfações igualmente. Ambos os princípios têm, é claro, cláusulas *ceteris paribus*. O primeiro princípio, o princípio da utilidade, atua neste caso como um padrão de eficiência, incitando-nos a produzir o maior total possível de coisas semelhantes; enquanto o segundo princípio serve como um padrão de justiça que restringe a busca do bem-estar agregado e nivela a distribuição de vantagens (tradução nossa) (RAWLS, 1999, p. 32)²⁰.

Sunstein amplia essa noção e apresenta um caráter muito mais amplo da ACB, afirmando:

A razão é que ocorre uma ampla variação do credo benthamita, associado ao pensamento de John Stuart Mill, e especialmente sua ênfase nas distinções qualitativas entre bens e suas objeções à estreiteza da abordagem de Bentham. A Análise Custo-benefício é um esforço para implementar a ideia mais ampla de assistencialismo, não de utilitarismo benthamita. Não se concentra apenas em prazeres e dores, por mais importantes que sejam. A Análise Custo-benefício inclui tudo o que eles são. Bem-estar, incluindo bens qualitativamente diversos como saúde física e mental, ausência de dor, senso de significado, cultura, ar e água limpos, bem-estar animal, alimentos seguros, áreas intocadas e acesso a prédios públicos. [...] Pelo menos na maioria dos casos, não há conflito emergindo da Análise Custo-benefício e o melhor pensamento sobre direitos humanos (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 23)²¹.

¹⁹ Texto original: “*The striking feature of the utilitarian view of justice is that it does not matter, except indirectly, how this sum of satisfactions is distributed among individuals any more than it matters, except indirectly, how one man distributes his satisfactions over time. The correct distribution in either case is that which yields the maximum fulfillment. Society must allocate its means of satisfaction whatever these are, rights and duties, opportunities and privileges, and various forms of wealth, so as to achieve this maximum if it can. But in itself no distribution of satisfaction is better than another except that the more equal distribution is to be preferred to break ties*”.

²⁰ Texto original: “*It has two principles: the basic structure of society is to be designed first to produce the most good in the sense of the greatest net balance of satisfaction, and second to distribute satisfactions equally. Both principles have, of course, ceteris paribus clauses. The first principle, the principle of utility, acts in this case as a standard of efficiency, urging us to produce as large a total as we can, other things equal; whereas the second principle serves as a standard of justice constraining the pursuit of aggregate well-being and evening out of the distribution of advantages*”.

²¹ Texto original: “*The reason is that it is a capacious variation on the Benthamite creed, associated with John Stuart Mill's thinking, and especially his emphasis on the qualitative distinctions among goods and his objections to the narrowness of Bentham's approach. Cost-benefit analysis is an effort to implement the broader idea of*

Nesse ponto, os conceitos trazidos por Cooter e Ulen (2011, p. 13-5) acerca da noção de economia do bem-estar na teoria da Microeconomia se mostram necessários. Eles voltam o olhar ao conceito de eficiência para a Economia sob três critérios.

O primeiro critério é o *input/output*, no qual um processo de produção é eficiente se atende uma de duas condições: a) não é possível produzir a mesma quantidade de um determinado produto (*output*) diminuindo os custos de produção (*input*); ou b) não é possível produzir mais (*output*) mantendo o custo atual de produção (*input*). Em termos de políticas públicas, p.e., pode-se considerar que uma determinada ação será considerada eficiente quando não for possível manter os mesmos benefícios diminuindo os custos (tanto financeiros quanto sociais) ou quando não for possível aumentar os benefícios mantendo os mesmos custos. Tomemos o exemplo de uma política de vacinação. Na primeira condição, ela será eficiente sob o critério *input/output* se for impossível vacinar o mesmo número de indivíduos reduzindo os gastos com preço de vacina, divulgação, logística e todo processo de controle e vacinação propriamente dita, disponibilidade dos vacinados, etc. Noutras palavras, se for reduzir os gastos não será possível cobrir o mesmo número de vacinados que se tem com os gastos atuais. Ou, na segunda condição, for impossível vacinar mais pessoas, sem que, para isso, se aumentem os gastos.

Contudo, esse primeiro critério não é suficiente para resolver questões que envolvam preferência, como no caso em que, diante de recursos escassos, seja necessário escolher ou preferir uma das ações em detrimento da outra. Nesse ponto, surge o segundo critério, o critério de Pareto, através do qual uma situação é considerada de Pareto, se é impossível mudar para melhor as condições de pelo menos um indivíduo, sem que, para isso, pelo menos outro indivíduo seja prejudicado. No entanto, embora possível teoricamente, tal critério envolve aspectos éticos intransponíveis. Imaginemos a situação, na qual um indivíduo apenas possuísse todos os bens do mundo. Seria impossível melhorar a vida de qualquer outro indivíduo sem, de alguma forma, “prejudicar” esse “dono do mundo”. Logo, tal situação poderia ser considerada eficiente sob o critério de Pareto, o que moral e eticamente não faz sentido. Assim, a única forma de se adotar o critério de Pareto para apoiar algum projeto seria se algumas pessoas fossem beneficiadas e ninguém tivesse perda ou, no máximo, a soma líquida dos benefícios de uns fosse suficiente para compensar as perdas de outros. No caso da avaliação de políticas

welfarism, not of Benthamite utilitarianism. It does not focus solely on pleasures and pains, important though they are. Cost-benefit analysis includes everything that t though they are. Welfare, including such qualitatively diverse goods a physical and mental health, freedom from pain, a sense of meaning, culture, clean air and water, animal welfare, safe food, pristine areas, and access to public buildings. [...] At least in most cases, there is no conflict between emerges from cost-benefit analysis and the best thinking about human rights”.

públicas, um projeto só se tornaria viável, se houvesse uma compensação a todos os que tiveram perdas com o mesmo. O que, na prática, é impossível. Esse dilema torna tal critério de eficiência extremamente restritivo.

Portanto, se algumas pessoas ganham enquanto outras perdem, o critério de Pareto não fornece a orientação necessária. É nesse ponto que o terceiro critério, o critério Kaldor-Hicks ou potencial melhoria de Pareto ganha espaço. Em tese, tal critério de eficiência permite que uma ação seja tomada, mesmo existindo ganhadores e perdedores, desde que os ganhadores ganhem mais do que perderão os perdedores. Isto é, um projeto pode ser apoiado, desde que os ganhadores possam, em princípio, compensar os perdedores, mesmo que não o façam. Nesse caso, as receitas líquidas sempre podem ser adicionadas.

A avaliação, portanto, quanto à eficiência passa a ser o quanto determinada política pública pode incrementar o bem-estar dos beneficiados em um montante superior às perdas dos prejudicados.

2.3 Conceito de ACB

É nesse contexto que se insere a ACB, uma série de procedimentos desenvolvidos por economistas, destinados a mensurar e aumentar a eficiência técnica de avaliação e escolha de políticas públicas e normatização, já bastante utilizada em governos e organizações internacionais, cuja principal característica seja a possibilidade de avaliação do alcance de uma política pública ou norma reguladora, não apenas pela quantidade, mas, pela qualidade ou eficiência, num contexto de demandas infindas e recursos escassos. Ela avalia os chamados impactos “não mercadológicos”, que se referem à utilidade social da implementação de um programa.

Em um sentido muito importante, a prática da ACB aborda o que pode ser chamado de problema econômico fundamental: como alocar os escassos recursos em face de desejos ilimitados. Os recursos são escassos, porque a totalidade das demandas excede sua disponibilidade e o uso de recursos escassos impõem um custo de oportunidade à sociedade, nesse sentido não podemos usar esses mesmos recursos para outros fins (tradução nossa) (HANLEY e BARBIER, 2009, p. 7)²².

Concebida para facilitar a tomada de decisões racionais, ponderando sistematicamente as vantagens e desvantagens de possíveis cursos de ação, a ACB atualmente desempenha um

²² Texto original: “*In one very important sense, the practice of CBA addresses what might be called the fundamental economic problem: how to allocate scarce resources in the face of unlimited wants. Resources are scarce because the sum total of demands on them exceeds their availability, and using up scarce resources in one way imposes an opportunity cost on society in that we cannot use those same resources for some other purpose*”.

papel fundamental na formulação de políticas públicas e é amplamente aplicada em vários domínios, como Direito, saúde e segurança, proteção ambiental e agricultura (KORNHAUSER, 2000, p. 1053).

Seu propósito é oferecer, em termos do critério Kaldor-Hicks, substrato que permita mensurar ganhos e perdas das mais diversas opções de normatização e políticas públicas, obtendo e comparando o saldo líquido em termos de bem-estar, que permitam ao agente público uma escolha mais eficiente e democrática.

Em essência, a ideia por trás da ACB é muito simples. É uma técnica para medir se os benefícios de uma determinada ação são maiores do que os custos, julgados do ponto de vista da sociedade como um todo. Por 'ação', entendemos uma decisão deliberada de comprometer recursos, que pode envolver dois tipos amplos: decidir sobre a introdução ou reforma de uma política governamental específica, como a aprovação de um novo imposto sobre energia; ou decidir se vai em frente com um projeto de investimento específico, como uma nova autoestrada ou um esquema hidroelétrico (tradução nossa) (HANLEY e BARBIER, 2009, p. 1)²³.

A ACB avalia a eficiência de políticas públicas por meio da aferição sistemática de custos e benefícios sociais. É construído um modelo capaz de identificar os benefícios de uma política, regulação, programa ou projeto, e os custos associados a ele. Então, é subtraído o custo dos benefícios para estimar o valor líquido do benefício. Uma vez concluída, uma ACB produz estimativas dos benefícios líquidos de um investimento público ou o impacto de uma determinada norma e conclusões baseadas em evidências sobre a viabilidade e/ou conveniência dessa decisão de investir em uma determinada política, regulamentação, programa ou projeto. A ACB examina os benefícios acumulados e os custos incorridos por todos os membros da sociedade, no tempo, daí os termos benefícios e custos sociais.

O entendimento de benefícios líquidos, aqui, não deve ser limitado à ideia de bem-estar baseado em preferências irrestritas: disposição a pagar (WTP) ou disposição a aceitar compensação (WTA). Mas, a equivalência monetária, pelo efeito do projeto no bem-estar de cada pessoa.

Ele visa medir, em uma escala de dólares, a mudança no bem-estar de A produzida pelo projeto. Assim, deve ser definido, não como a disposição de A em pagar ou aceitar, mas como seu equivalente de bem-estar. O equivalente de bem-estar de A é a quantia de dinheiro que, paga para ou por A no mundo do projeto, o mantém exatamente tão bem quanto estava neste mundo do projeto. Enquanto o conceito de "disposição a pagar" e "aceitar" está comprometido com uma teoria de bem-estar particular e incorreta, o conceito

²³ Texto original: “*In essence, the idea behind CBA is very simple. It is a technique for measuring whether the benefits of a particular action are bigger than the costs, judged from the viewpoint of society as a whole. By an ‘action’, we mean a deliberate decision to commit resources, which may involve two broad types: deciding on whether to introduce or reform a particular government policy, such as introducing a new energy tax; or deciding on whether to go ahead with a particular investment project, such as a new motorway or hydroelectric scheme*”.

de equivalente de bem-estar é neutro em todas as teorias de bem-estar e parece ser o fundamento certo para ACB independentemente da teoria correta do bem-estar (tradução nossa) (POSNER e ADLER, 1999b, p. 220-1)²⁴.

Para mensurar o equivalente de bem-estar, é necessário realizar uma avaliação do valor que as pessoas dão a mudanças em seu bem-estar. Existem diferentes métodos para fazer isso:

- a) **Método de Preferência Revelada:** Esse método examina as escolhas reais que as pessoas fazem em situações de mercado. Por exemplo, pode-se observar como as pessoas estão dispostas a pagar por um determinado bem ou serviço que afete seu bem-estar. A partir dessas preferências reveladas no mercado, é possível inferir um valor monetário para o bem-estar.
- b) **Método de Preferência Declarada:** Nesse método, as pessoas são diretamente questionadas sobre seu valor monetário para determinadas melhorias em seu bem-estar. Por exemplo, em uma pesquisa, os entrevistados podem ser questionados sobre quanto estariam dispostos a pagar para evitar um determinado risco à saúde.
- c) **Análise de Custos de Viagem:** Esse método é frequentemente usado para avaliar o valor de bens públicos, como parques naturais. Ele se baseia na ideia de que as pessoas estão dispostas a viajar longas distâncias e gastar dinheiro para visitar locais com características específicas. A análise de custos de viagem avalia os custos associados a essas viagens e, a partir disso, estima o valor do bem-estar que as pessoas atribuem a esses locais.
- d) **Análise Hedônica:** Esse método se concentra em bens ou serviços que não têm um mercado direto (por exemplo, qualidade do ar ou segurança pública). Ele utiliza informações sobre os preços dos bens e serviços relacionados a essas condições e estima o valor do bem-estar com base nas variações de preço associadas a melhorias ou piorias nas condições.
- e) **Índices de Valorização da Vida Humana:** Em alguns casos, especialmente quando se trata de projetos que envolvem riscos à vida, os pesquisadores utilizam índices de valorização da vida humana para estabelecer valores monetários para vidas salvas ou vidas perdidas devido a determinadas intervenções.

²⁴ Texto original: “It seeks to measure, on a dollar scale, the change in A’s welfare produced by the project. It should thus be defined, not as A’s willingness to pay or accept, but as her welfare equivalent. A’s welfare equivalent is the amount of money that, paid to or by A in the project world, makes her precisely as well off there as in the project world. While the concept of ‘willingness to pay’ and ‘accept’ is committed to a particular, and incorrect, theory of well-being, the concept of welfare equivalent is agnostic across theories of well-being and would seem to be the right foundation for CBA whatever the correct theory of well-being turns out to be. We have argued, specifically, that some variant of a restricted-desire-based theory is the correct theory”.

É importante destacar que a mensuração do equivalente de bem-estar pode ser complexa e envolve considerações éticas e metodológicas significativas. Além disso, os resultados podem variar de acordo com a população e o contexto cultural, portanto, é essencial ser transparente sobre os métodos utilizados e as suposições feitas ao aplicar essa abordagem em análises de custo-benefício.

Uma ACB oferece a avaliação do desempenho financeiro e econômico das alternativas de políticas. A análise financeira considera apenas os custos e benefícios que ocorrem na forma monetária, enquanto a análise econômica considera os valores ajustados dos fluxos financeiros e adiciona o valor monetizado dos custos e benefícios sociais.

Layard e Glaister (1994, p. 2), defendem que em qualquer execução de ACB é conveniente proceder duas etapas: a) avaliar os custos e benefícios para cada ano do projeto, sem desprezar os impactos permanentes, que se mantêm mesmo após o término de sua execução; b) obter um 'valor presente' agregado do projeto 'descontando' custos e benefícios em anos futuros para torná-los compatíveis com os custos e benefícios presentes, e então somando-os. A principal diferença de um projeto público para a avaliação do projeto comercial é que neles estão incluídos os custos e benefícios para todos os membros da sociedade e não apenas as despesas e receitas monetárias do órgão responsável, e a taxa de desconto social pode diferir da taxa de desconto comercial.

Trata-se de uma série de procedimentos econômicos empregados na formulação de políticas públicas e regulamentação, por meio de uma comparação sistemática de custos e resultados, destinados a orientar a tomada de decisão em diferentes implicações possíveis. A ACB “pura” envolve três etapas necessárias e uma quarta que depende do agente público responsável pela tomada de decisão: a) a identificação e quantificação dos vários custos e benefícios decorrentes de escolhas, incluindo, até mesmo da falta de ação; b) a conversão de todas essas quantidades em uma escala na qual diferentes tipos de custos e benefícios podem ser comparados; c) o cálculo do valor relativo de cada opção possível em função da escala padrão escolhida; e d) a tomada de decisão com base na alternativa que ofereça um maior valor líquido de benefícios, em termos do padrão definido (WOLFF, 2006, p. 4). E ela só pode ser considerada, de fato, “pura”, do ponto de vista de Wolff, se incluir a quarta etapa.

Como os efeitos do investimento são monetizados, a ACB permite que os tomadores de decisão comparem, com base numa escala comum, não apenas a eficiência da aplicação ou não de uma intervenção política, mas o resultado de várias políticas com propósitos diferentes aplicadas a uma mesma situação. Ou ainda, a possibilidade de escolha entre programas com propósitos completamente diversos, considerando que só há recursos para a execução de apenas

um deles. Uma boa ACB monetizará os custos e benefícios dentro do possível e observará o que não pode ser monetizado. Isso permite uma avaliação sistemática de diferentes alternativas de investimento, para municiar os tomadores de decisão com informações pertinentes em sua escolha final.

Na prática, a aplicação da ACB na Administração Pública traz consigo a ideia de que nenhuma ação pode ser tomada a menos que os benefícios em termos de bem-estar justifiquem os custos e o próprio John Hicks, um dos idealizadores do critério, chegou a sugerir, que caso os órgãos públicos passassem a adotar a ACB em todas as suas decisões, cientes dos ganhos e perdas envolvidos e obtendo ganho líquido, a longo prazo toda a sociedade se beneficiaria. Ainda que, no curto prazo, as perdas fossem mais evidentes para alguns, num lapso de tempo maior, essas perdas seriam compensadas pelos benefícios (SUNSTEIN, 2018, p. 62).

Uma das principais razões pelas quais a ACB tem encontrado bastante espaço no campo do desenvolvimento de políticas públicas e regulação em organizações como a OCDE e nos governos em geral está na sua capacidade de mensurar de forma monetária valores e bens não comerciais como bem-estar e disposição em pagar pela manutenção do bem-estar, evitando um dano.

Para seus proponentes, as vantagens primordiais de uma ACB bem-feita são duas. Primeiro, ela força os projetistas regulatórios a pensar sobre a quantificação (ou seja, os efeitos físicos das regulamentações que eles propõem) na saúde pública, qualidade ambiental, saúde do ecossistema e uma série de outros resultados potencialmente relevantes. Em segundo lugar, força uma séria consideração sobre se e o quanto essas mudanças importam, e o faz de uma maneira particular. A ACB tenta expressar o valor dessas mudanças físicas usando, como métrica, uma medida monetária da mudança agregada no bem-estar individual resultante de uma decisão política. Assume-se que o bem-estar individual depende da satisfação das preferências individuais, e as medidas monetárias de mudança de bem-estar são derivadas da observação de quanto os indivíduos estão dispostos a pagar ou desistir em termos de outras oportunidades de consumo. Essa abordagem pode ser aplicada a "bens públicos" não comerciais, como qualidade ambiental ou redução de risco ambiental, bem como a bens e serviços comerciais, embora a medição de valores não comerciais seja mais desafiadora (tradução nossa) (HARRINGTON, HEINZERLING e MORGENSTERN, 2009, p. 12)²⁵.

²⁵ Texto original: “*To its proponents, the paramount advantages of a well-done CBA are twofold. First, it forces regulatory designers to think about quantification (that is, the physical effects of regulations they propose) on public health, environmental quality, ecosystem health, and a host of other potentially relevant outcomes. Second, it forces serious consideration of whether and how much those changes matter, and it does so in a particular way. CBA attempts to express the value of those physical changes using, as a metric, a monetary measure of the aggregate change in individual wellbeing resulting from a policy decision. Individual welfare is assumed to depend on the satisfaction of individual preferences, and monetary measures of welfare change are derived by observing how much individuals are willing to pay or give up in terms of other consumption opportunities. This approach can be applied to nonmarket “public goods” such as environmental quality or environmental risk reduction as well as to market goods and services, although the measurement of nonmarket values is more challenging*”.

Entre suas principais vantagens, destaca-se: a) a transparência com que o procedimento é realizado em suas diversas etapas; b) a clareza na disponibilização de um quadro para um levantamento consistente de dados e a identificação de lacunas e incertezas no conhecimento; c) o desenvolvimento de métricas para apresentar as consequências benéficas e adversas das diversas abordagens regulatórias para uma mesma questão social, permitindo uma melhor visualização das vantagens e desvantagens da aplicação de uma regra ou política pública, permitindo a comparação até visual entre elas; d) a capacidade de agregar efeitos diferentes (como aqueles sobre saúde, visibilidade e colheitas) em uma medida de benefícios líquidos, por meio do uso de uma métrica monetária (tradução nossa) (HARRINGTON, HEINZERLING e MORGENSTERN, 2009, p. 13-4).

Noutra perspectiva, tem-se que a ACB tem desempenhado papel importante na definição de políticas públicas em diversos setores.

A Análise Custo-benefício ocupa um lugar incomum na vida intelectual e prática. Por um lado, a Análise Custo-benefício influencia, se não controla, muitas decisões públicas de grande importância. A regulamentação do meio ambiente e da saúde e segurança nos Estados Unidos geralmente exige que a agência competente realize uma Análise Custo-benefício (tradução nossa) (KORNHAUSER, 2000, p. 1037)²⁶.

A estrutura teórica da ACB foi estabelecida por meio do trabalho de três economistas, em 1958: Krutilla, Eckstein e McKean, que utilizaram a economia neoclássica do bem-estar de forma metódica em relação à ACB (MISHAN e QUAH, 2007, p. 244). Embora a técnica do custo-benefício já fosse aplicada desde a década de 1930 e os conceitos subjacentes à técnica tenham se originado na Europa de 1840 (FUGUITT e WILCOX, 1999, p. 3-4), Sunstein (2021, p. 1) afirma que, desde 1981, a Administração Pública norte-americana se tornou um Estado de custo-benefício. O cenário econômico clamava por menos Estado, e a responsabilidade pela liderança estratégica de crescimento sofreu uma transição do Estado para a iniciativa privada. Nessa transição, visando salvaguardar a concorrência predatória, surgiu a necessidade de se buscar uma estrutura regulatória apropriada ao crescimento liderado pelo mercado. Essa regulamentação visava um retorno do equilíbrio entre o papel do Estado e do mercado, e se tornou instrumento fundamental do desenvolvimento sustentável e consolidação democrática. Desse cenário, emerge o Estado Regulatório, mais limitado em sua capacidade de utilizar ferramentas de controle macroeconômico, como políticas fiscais e monetárias e mais

²⁶ Texto original: “*Cost-benefit analysis occupies an unusual place in intellectual and practical life. On the one hand, cost-benefit analysis influences, if not controls, many public decisions of great import. Regulation of the environment and of health and safety in the United States often requires that the relevant agency conduct a cost-benefit analysis*”.

dependente de sua capacidade de regular de forma eficaz e eficiente (LADEGAARD, 2005).

Nesse contexto, tornam-se legítimos e frequentemente não respondidos os questionamentos quanto à efetividade e os reais benefícios de regulamentos que normatizam os diversos setores da sociedade. Regulamentos criados para atender a pressões políticas e/ou econômicas de determinados setores, muitas vezes, não são analisados quanto aos benefícios e prejuízos que o mesmo pode trazer à sociedade de forma ampla.

Uma das principais características da ACB é que os efeitos mais relevantes de uma política pública ou regulação são expressos em valores monetários, para serem agregados. O que permite avaliar diferentes opções regulatórias com uma variedade de atributos usando uma medida comum. A mensuração dos benefícios e custos incrementais de alternativas regulatórias sucessivamente mais rigorosas, permite identificar a alternativa que maximiza os benefícios líquidos. A dimensão dos benefícios líquidos, a diferença absoluta entre os benefícios e os custos projetados, permite verificar se uma política é mais eficiente que outra.

Mesmo que um benefício ou custo não possa ser expresso em unidades monetárias, deve ser atribuído, dentro do possível, uma medida em termos de suas unidades físicas. Caso isso não for possível, esse custo ou benefício deve ser, pelo menos, descrito qualitativamente.

Em última instância, caso benefícios e custos importantes em relação à regulação ou política pública avaliada não possam ser expressos em unidades monetárias, talvez signifique que a ACB não seja a ferramenta mais útil para a avaliação, podendo até mesmo seu resultado ser enganoso, porque o cálculo dos benefícios líquidos nesses casos não fornece uma avaliação completa de todos os benefícios e custos relevantes (OMB, 2003).

Em muitos aspectos, a ACB deve imitar o funcionamento do mercado. No mercado, os compradores não estão dispostos a pagar por produtos cujos custos excedam os benefícios que os produtos fornecem. Da mesma forma, o formulador de políticas que usa a ACB não endossa regulações ou políticas públicas que tenham custos superiores aos seus benefícios.

A avaliação econômica de custos e benefícios de um investimento financeiro, em geral, avalia esses custos e benefícios apenas em termos de seu impacto sobre as empresas e seus acionistas, na qual, a eficiência econômica é expressa na geração do lucro. Não considera os custos e os benefícios sociais derivados que uma decisão possa gerar. Ainda que, em certa medida, esses impactos possam ser expressos nos preços de mercado dos produtos ou serviços das empresas envolvidas.

O princípio geral da valoração monetária na ACB é avaliar os impactos em termos de seu custo social marginal ou benefício social marginal. “Social” aqui significa “avaliado em relação à economia como um todo”. [...] Os preços de mercado contêm informações sobre o valor para os consumidores de um

determinado produto (digamos, eletricidade) sendo fornecido e os custos para os produtores de fornecê-lo. A taxa salarial de mercado, da mesma forma, mostra tanto o valor do trabalho para os empregadores quanto o valor do lazer para os trabalhadores. Assumindo que os impactos do projeto não são grandes o suficiente para realmente alterar esses preços, então os preços de mercado são uma boa primeira aproximação dos valores de benefícios e custos [...]. Onde os mercados funcionam bem, os preços de mercado e as curvas de oferta e demanda do mercado contêm informações úteis sobre os custos e benefícios sociais de mais eletricidade produzida, ou mais terra sendo usada. Mas os mercados muitas vezes “falham”, por exemplo, quando as ações de empresas privadas e famílias impõem custos aos outros, por exemplo, quando a poluição de uma usina elétrica a carvão prejudica a saúde daqueles que vivem nas proximidades (tradução nossa) (HANLEY e BARBIER, 2009, p. 3)²⁷.

Hanley e Barbier (2009, p. 3), destacam ainda que, para alguns “bens”, como a biodiversidade e a qualidade da água do rio, o mercado não pode ser usado como referencial, pois, não existe um mercado a partir do qual os custos e benefícios sociais possam ser observados. E que, em princípio, esse problema de avaliação pode ser resolvido na ACB.

Não significa que todas as decisões devam ser tomadas com base na ACB, no entanto, ela passa a ter um papel relevante no conjunto dos elementos que compõem a decisão.

Claro que é verdade que as considerações políticas são importantes, mesmo em um estado de custo-benefício. No Congresso, a Análise Custo-benefício geralmente fica em segundo plano, se é que chega à sala. No poder executivo, convicções políticas, dogmas ou considerações eleitorais percebidas podem superar o resultado da Análise Custo-benefício, ou torná-la uma justificativa *ex post* ou uma reflexão tardia, em vez de um condutor de decisões. Entretanto, a análise de custos e benefícios, oferecida por especialistas técnicos, muitas vezes tem um impacto real nas escolhas regulatórias, pressionando os administradores na direção de maior ou menor rigor, expondo novas opções ou oferecendo um verde brilhante “GO!” ou um proibitivo “STOP” vermelho! (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2021, p. 2)²⁸.

A despeito da constante necessidade de aprimoramento, a ACB tem se mostrado ao longo dos anos a ferramenta mais promissora para mensurar o implemento ou supressão do

²⁷ Texto original: “*The general principle of monetary valuation in CBA is to value impacts in terms of their marginal social cost or marginal social benefit. ‘Social’ here means ‘evaluated with regard to the economy as a whole’. [...] Market prices contain information on both the value to consumers of a particular product (say electricity) being supplied, and the costs to producers of supplying it. The market wage rate, similarly, shows both the value of labor to employers and the value of leisure to workers. Assuming that the impacts of the project are not large enough to actually change these prices, then market prices are a good first approximation to the values of benefits and costs [...]. Where markets work well, market prices and market supply and demand curves contain useful information about social costs and benefits of more electricity produced, or more land being used up. But markets often ‘fail’, for example when the actions of private firms and households impose costs on others, for example when pollution from a coal fire power station harms the health of those living nearby.*”

²⁸ Texto original: “*Of course it is true that political considerations matter, even in a cost-benefit state. In Congress, cost-benefit analysis often takes back seat, if it makes it into the room at all. In the executive branch, political convictions, dogmas, or perceived electoral considerations may trump the outcome of cost-benefit analysis, or make it an ex post justification or an afterthought, rather than a driver of decisions. Nonetheless, the analysis of costs and benefits, offered by technical specialists, often has a real impact on regulatory choices, pressing administrators in the direction of greater or less stringency, exposing new options, or offering a bright green ‘GO!’ or a forbidding red ‘STOP!’*”

bem-estar, identificando aquelas políticas públicas e normas regulatórias que podem trazer benefícios líquidos à sociedade.

2.4 O valor da vida e disposição para pagar

Até aqui vimos que a ACB é uma ferramenta que mensura custos e benefícios dos investimentos e políticas públicas a partir de parâmetros não mercantis de valor social, traduzidos em valor monetário. A partir daqui vamos abordar quais são esses parâmetros e qual o significado dos mesmos.

O primeiro deles é o *value of a statistical life* (VSL), o “valor da vida estatística”. Em princípio, a ideia de atribuir um valor monetário à vida humana pode parecer estranho e até repulsivo. No entanto, esta é uma atividade que, conscientemente ou não, fazemos o tempo todo por meio das nossas escolhas.

Por exemplo, quando escolhemos que tipo de alimentos vamos consumir ou o quão aplicados nos exercícios físicos e cuidadosos com a saúde seremos estamos fazendo escolhas que determinam um estilo de vida, que podem ir de um extremo ao outro (do sedentarismo ao atletismo, p.e.) atribuindo um certo valor à vida, ainda que esse valor não seja expresso monetariamente. Igualmente e de forma rotineira, os governos fazem escolhas que afetam os riscos de morte das pessoas. Demandas na área da saúde pública, infraestrutura, segurança, trânsito ou meio ambiente, em situação de orçamentos limitados, obrigam os agentes públicos a fazerem escolhas, priorizarem gastos, que na prática, implicitamente, atribuem um determinado valor à vida. Diante desse cenário, se torna útil comparar e estabelecer prioridades, reconhecendo um método que permita mensurar as implicações e o valor de cada escolha, uma vez que as demandas são muitas e os recursos escassos (HANLEY e BARBIER, 2009, p. 73).

Entretanto, o VSL não significa propriamente atribuir valor a uma vida, o que seria imensurável (“uma vida não tem preço”). Mas, corresponde ao valor monetário atribuído à redução do risco de morte em uma população específica. O conceito pode ser entendido como o valor monetário necessário à redução de riscos à vida, ou o valor atribuído à prevenção de uma fatalidade. Ou, ainda, mais especificamente, o VSL mede o quanto um indivíduo está disposto a pagar para reduzir um risco em determinada medida, ou ainda, quanto de risco está disposto a aceitar em troca de uma compensação (SUNSTEIN, 2018). Diz respeito ao quanto as pessoas estão dispostas a pagar para ter um benefício de bem-estar.

De forma mais ampla, tem-se que o VSL é usado para tentar expressar o valor de uma vida salva em decorrência de uma decisão. É considerado o principal parâmetro econômico que

rege a atratividade dos esforços para reduzir os riscos de mortalidade (VISCUSI, 2011, p. 1). Tomando-se o número de vidas salvas por uma determinada escolha da Administração Pública, tem-se o valor bruto dos benefícios que essa ação proporcionou.

Quando o governo realiza análises de custo-benefício, alguns de seus números vêm de um único valor, chamado valor de uma vida estatística (VSL). A ideia inteira pode parecer assustadora, mas a figura é central para monetizar os benefícios das regulamentações que salvam vidas. Quer a questão envolva ar e água limpos ou segurança na alimentação, no trabalho e na estrada, os principais benefícios monetizados são gerados geralmente pelo uso do VSL (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 39)²⁹.

Nos Estados Unidos, o VSL está em torno de USD 9 milhões (SUNSTEIN, 2018, p. 39), enquanto no Brasil, ele gira em torno de R\$ 5,68 milhões (IPEA, 2022, p. 23). Esses números são calculados de país em país, por meio de modelos matemáticos aplicados à economia que não são foco deste trabalho. Razão pela qual nos limitamos a apresentar alguns elementos que influenciam nesse cálculo.

Ainda, devido à dificuldade de mensurar a felicidade ou sofrimento de uma pessoa em termos numéricos, há muito, os economistas desistiram de procurar uma medida direta e confiável para esse parâmetro e passaram a adotar outras métricas, no caso monetárias, através das quais pudessem estabelecer correspondência com o bem-estar individual no contexto da sociedade (MARTINEZ, 2009, p. 32-3). Essas métricas monetárias são a disposição em pagar (WTP) e a disposição em aceitar uma compensação em razão de um risco (WTA).

O primeiro elemento diz respeito à WTP. Quando uma norma de regulação de itens de segurança de um veículo automotor, p.e., é aprovada, ela acaba encarecendo o custo de produção e refletindo no preço final do veículo. Até que ponto as pessoas estão dispostas a pagar pela diminuição do risco através dessa proteção adicional? O outro elemento está relacionado à WTA, como um bônus salarial pelos riscos decorrentes de uma determinada atividade laboral (no Brasil, os adicionais de insalubridade e periculosidade lidam com essa situação)

O VSL mede a compensação entre dinheiro e risco para riscos muito pequenos de morte. Os estudos que determinam a compensação necessária para incorrer em pequenos aumentos de risco são os estudos de disposição a aceitar (WTA), enquanto os estudos que determinam o valor que as pessoas estão dispostas a pagar pela redução de risco são estudos de disposição a pagar (WTP). Para pequenos riscos de morte, os valores de WTA e WTP devem ser aproximadamente iguais. Como resultado, as agências governamentais nos EUA geralmente confiam nas implicações das estimativas de VSL do mercado

²⁹ Texto original: “When government conducts cost-benefit analysis, some of its numbers come from a single figure, called the value of a statistical life (VSL). The whole Idea might seem creepy, but the figure is central to monetizing the benefits of life-saving regulations. Whether the issue involves clear air and water or safety in food, at work, and on the road, the major monetized benefits are usually generated by using VSL”.

de trabalho, os quais são valores de WTA, embora o princípio básico subjacente às análises de custo-benefício seja utilizar o WTP como medida de benefícios. Os benefícios de mortalidade valorizados pelo VSL geralmente dominam o componente de benefícios das regulamentações governamentais, como no caso do *Clean Air Act* (Agência de Proteção Ambiental dos EUA, 2011). O papel fundamental do VSL é mais amplo do que seu impacto nas análises custo-benefício, pois os níveis do VSL têm ramificações para políticas como aquelas que tratam de assistência à saúde e riscos catastróficos (tradução nossa) (VISCUSI, 2011, p. 1)³⁰.

O valor adequado dos benefícios de redução de risco para a política governamental é a disposição da sociedade em pagar pelos benefícios (MARTINEZ, 2009, p. 35). No caso de redução do risco de mortalidade, o benefício é o valor da probabilidade reduzida de morte experimentada pela população afetada, não o valor das vidas salvas *ex post*.

No começo, foram utilizadas como base do cálculo para estimar o VSL as compensações de risco refletidos nos salários nos mercados de trabalho. A avaliação do risco de mortalidade baseada na estimativa de diferenciais compensatórios para a exposição ao risco nos mercados de trabalho norte-americano. Embora essas estimativas ainda sejam usadas, mais recentes, tem-se adotado a estimativa de *trade-offs* como risco-dinheiro, compensações preço-risco (preço-segurança) em mercados de produtos, como automóveis e alarmes de incêndio, tanto nos países de economia consolidada, quanto em alguns de economia emergente (VISCUSI e ALDY, 2003, p. 6).

Viscusi e Aldy (2003, p. 18) também salientam que as estimativas de VSL variam de acordo com diversos fatores, tais como as influências culturais nas preferências de risco e variações nas instituições do mercado de trabalho. O desenvolvimento econômico dos países também pode afetar na determinação do VSL, tendendo a ter valores mais baixos nos países de cujo PIB seja menor. O valor de uma vida estatística deve aumentar com a renda per capita. A própria diferença apresentada acima, entre o VSL nos Estados Unidos (USD 9 milhões) e do Brasil (USD 1,1 milhão), considerando a relação de câmbio do Dólar norte-americano para o Real de 1 para 5, comprovam essa percepção apontada. Uma discrepância de valores quase 10 vezes menor do Brasil em relação ao mesmo índice nos Estados Unidos.

³⁰ Texto original: “*The VSL measures the tradeoff between money and risk for very small risks of death. Studies that ascertain the compensation needed to incur small increases in risk are willingness-to-accept (WTA) studies, while studies that ascertain the amount that people are willing to pay for risk reduction are willingness-to-pay (WTP) studies. For small risks of death, the WTA and WTP values should be approximately equal. As a result, government agencies in the U.S. generally rely on the implications of the labor market estimates of VSL, which are WTA amounts, even though the basic principle underlying benefit-cost analyses is to utilize WTP as the benefits measure. Mortality benefits valued using VSL often dominate the benefits component of government regulations, as in the case of the Clean Air Act (U.S. Environmental Protection Agency, 2011). The fundamental role of VSL is broader than its impact on benefit-cost analyses, as VSL levels have ramifications for policies such as those dealing with health care and catastrophic risks*”.

Outra forma usada para expressar as reduções nos riscos de fatalidade é o método que observa a expectativa de vida, *value of a statistical life-years extended* (VSLY), o valor dos anos de vida estatísticos estendido. A idade afeta o tempo de exposição de uma vida ao risco e ainda pode influenciar na disposição em assumir riscos, refletindo em mudanças nas preferências ao longo do ciclo de vida.

Se um regulamento protege indivíduos cuja expectativa média de vida remanescente é de 40 anos, a redução do risco de uma fatalidade é expressa como "40 anos de vida estendidos". Aqueles que defendem essa abordagem alternativa, enfatizam que o valor de uma vida estatística não é um único número relevante para todas as situações. Em particular, quando há diferenças significativas entre o efeito sobre a expectativa de vida da população afetada por um determinado risco à saúde e as populações estudadas nos estudos de mercado de trabalho, eles preferem adotar uma abordagem VSLY para refletir essas diferenças. Você deve considerar fornecer estimativas de VSL e VSLY, reconhecendo o estado de desenvolvimento do conhecimento nesta área (tradução nossa) (OMB, 2003)³¹.

O pressuposto é que salvar 10 vidas, não é necessariamente 10 vezes melhor que salvar uma vida ao ano (MARTINEZ, 2009, p. 4). A longevidade pode ser apenas uma das várias considerações relevantes relacionadas à regra, significando que regulamentos com maior número de anos de vida estendidos não sejam necessariamente melhores do que regulamentos com menor número de anos de vida estendidos.

A medida VSLY estima então o que as pessoas estão dispostas a pagar (WTP) para salvar um ano de vida para uma pessoa "aleatória" de uma determinada faixa etária. Em geral, os benefícios dependerão de (i) quantos anos de vida são salvos (ii) de quais pessoas em uma determinada faixa etária têm disposição para pagar (WTP) para reduzir os riscos por ano de vida salvo (tradução nossa) (HANLEY e BARBIER, 2009, p. 74)³².

Esse tema será abordado mais especificamente no tópico 2.6.

Embora não haja um modelo único para apresentar estimativas com base no método VSL, segundo o IPEA (2022, p. 4-5) ele tem se mostrado decisivo na aprovação ou rejeição de projetos, dada a experiência internacional com ACB, uma vez que sua amplitude tende a dominar outros efeitos (superando outros benefícios e custos existentes) em diferentes projetos.

³¹ Texto original: "If a regulation protects individuals whose average remaining life expectancy is 40 years, a risk reduction of one fatality is expressed as '40 life-years extended.' Those who favor this alternative approach emphasize that the value of a statistical life is not a single number relevant for all situations. In particular, when there are significant differences between the effect on life expectancy for the population affected by a particular health risk and the populations studied in the labor market studies, they prefer to adopt a VSLY approach to reflect those differences. You should consider providing estimates of both VSL and VSLY, while recognizing the developing state of knowledge in this area".

³² Texto original: "The VOLY measure then estimates what people are WTP to save one life-year for a 'random' person of a particular age group. Overall, benefits will then depend on (i) how many life-years are saved (ii) what people in a particular age group are WTP to reduce risks per life-year saved".

2.5 Justiça distributiva e eficiência intertemporal

Voltando à questão ética que envolve o critério de Pareto, o caso hipotético no qual um único indivíduo possuísse todas as riquezas do mundo e não fosse possível obter nenhuma melhora no bem-estar de nenhum outro indivíduo sem que isso lhe causasse algum “prejuízo”, e isso ser considerado uma situação eficiente, por este critério, ocorre uma situação que de todo não é semelhante, mas, cuja reflexão pode levar a conclusões parecidas se não for devidamente apreciada.

Suponha a seguinte situação: uma política pública que visa promover melhorias na educação de crianças em condição de pobreza, será custeada por um imposto ou contribuição de empresas calculado sobre o salário dos seus trabalhadores que ganham de duas a mais vezes acima do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Mais que isso, a análise verifica que o benefício líquido dessa medida é negativo, no sentido que os ganhadores ganharão menos do que perderão os perdedores. Sob o critério de Kaldor-Hicks, tal medida não seria recomendada, pois, hipoteticamente, ela produziria desemprego ou redução de ganhos num setor da sociedade maior do que os benefícios que o implemento da educação traria às crianças alvo do programa.

A questão ética envolvida aqui consiste na observação do quão justa ou injusta pode ser a ACB. Pois estamos diante de cidadãos cuja condição geral de bem-estar não pode ser comparada. É nesse ponto que surgem as questões da tensão entre eficiência e justiça e do significado do bem-estar.

Sunstein destaca que

[...] a Análise Custo-benefício se depara precisamente com essa dificuldade sempre que os custos são incorridos pelos ricos e os benefícios são desfrutados pelos que estão na base. Nesses casos, há o argumento de que um regulamento é uma excelente ideia, mesmo que seus custos excedam seus benefícios (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. xiii)³³.

Ele considera que, embora a questão de saber quem são os beneficiários e quem arca com os custos de determinada política sejam uma discussão teórica relevante, na prática, ela não se mostra necessariamente preponderante para se obter benefícios líquidos à sociedade como um todo. “Em meus anos como administrador do *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), quando cerca de quatro mil regulamentos estavam em discussão, vi muito poucos que falharam na Análise Custo-benefício, mas pareciam bons em termos de distribuição

³³ Texto original: “*Cost-benefit analysis runs into precisely this difficulty whenever the costs are incurred by the well-off and the benefits are enjoyed by those at the bottom. In such cases, there is an argument that a regulation is an excellent idea even if its costs exceed its benefits*”.

(tradução nossa)” (SUNSTEIN, 2018, p. xiii).

Martinez reforça o argumento de Sunstein ao demonstrar que tais observações têm um foco equivocado.

A crítica é pertinente, porém direcionada ao alvo errado. Qualquer análise do impacto de uma política pública sobre o bem-estar precisa comparar duas situações: a que existia antes da política ser implementada e a que passou a existir depois do novo programa surtir efeito. Sem dúvida, por vezes o *status quo* nos causa repúdio, mas isso não quer dizer que devemos abrir mão de instrumentos que nos permitam captar melhoras incrementais. E para isso, a análise custo-benefício é o mais poderoso dos instrumentos. E, por estar lastreado no bem-estar das pessoas e nos efeitos de diferentes alternativas sobre o bem-estar total, esse tipo de análise tem valor normativo em si. Logo, deve ser tratado pela teoria do direito (MARTINEZ, 2009, p. 33).

Ou seja, não é propósito da ACB resolver o problema original da desigualdade e injustiça distributiva. Toda política pública precisa partir do ponto em que se encontra. Caso seja necessário esperar que haja igualdade para, só assim, implementar medidas que sejam eficientes no sentido do custo-benefício, jamais haverá melhoria no bem-estar da sociedade.

E Wolff (2006, p. 7) salienta que, para evitar alguns problemas de distribuição, alguns governos tem proposto adicionar mais uma quinta etapa (referindo-se à ACB “pura”, já citada acima), na qual os benefícios financeiros podem ser ponderados distintamente para diferentes grupos. Com base nessa proposta, um benefício para os pobres pode ser considerado mais valioso do que o mesmo benefício para os ricos, por suposição de que isso fará mais diferença em suas vidas (ser-lhes-á mais útil). Tal acréscimo aproxima a ACB do utilitarismo clássico. Outras medidas que tem sido adotadas, na prática, desvirtuam o próprio propósito da ACB. O acréscimo de pesos adicionais pode dar maior relevo àqueles que são menos favorecidos e tende a aproximar a ACB do assistencialismo.

Sunstein defende que alguns regulamentos ou políticas públicas, na realidade, dizem respeito a uma política de transferência de renda pura e simplesmente, não sujeitas à análises de custos e benefícios. Em tese, elas simplesmente tiram dinheiro dos mais ricos e o dá aos mais pobres. “Eles não são projetados para maximizar os benefícios líquidos. Eles nem sequer têm custos ou benefícios sociais significativos. Eles são analisados como transferência. Eles tiram de algumas pessoas e dão para outras, e pronto (tradução nossa)” (SUNSTEIN, 2018, p. xiii)³⁴. É o caso de grupos considerados particularmente vulneráveis que recebem atenção especial.

A prioridade da administração pública deve estar permeada pelo atendimento aos direitos fundamentais contidos na Carta Magna. Esses direitos não podem ser limitados em razão da discricionariedade do administrador, logo é primordial que as demandas sejam razoáveis em prol do interesse público e da

³⁴ Texto original: “*They are not designed to maximize net benefits. They do not even have significant social costs or benefits. They are analyzed as transfers. They take from some people and give to others, and that is that*”.

segurança jurídica. Apesar disso, necessário é garantir o mínimo vital para todos os indivíduos, ainda que a princípio aquele atendimento não atenda um número significativo de pessoas (FAUSTINO, MIRANDA e ALVES, 2021, p. 207).

A decisão de estabelecer a política ou regulamento está diretamente ligada a vulnerabilidade e não propriamente com seus benefícios líquidos. Por exemplo, no caso de pessoas que vivam numa determinada área de risco ou em condição de rua, ou os doentes mentais.

2.5.1 Eficiência Intertemporal e Justiça Intergeracional

Outro aspecto ainda ligado à questão da justiça distributiva diz respeito a questão da eficiência intertemporal e a chamada justiça intergeracional.

Quanto à eficiência intertemporal refere-se à capacidade de uma política, projeto ou programa de alocar recursos ao longo do tempo de maneira a maximizar o bem-estar social, considerando a preferência temporal das pessoas e a avaliação dos custos e benefícios num hiato temporal. Implica em escolhas que equilibrem adequadamente custos e benefícios presentes e futuros, levando em consideração uma taxa de desconto adequada para trazer os valores futuros a valores presentes. O objetivo é garantir que a alocação de recursos seja eficiente ao longo do tempo, de modo a maximizar o valor líquido presente dos benefícios líquidos em relação aos custos.

Embora não seja o propósito do presente trabalho aprofundar no tema da justiça intergeracional, teoria que defende a responsabilidade ética acerca do legado que a geração presente deixa para a geração futura.

O conceito de justiça intergeracional, que começa por operar numa dimensão sobretudo filosófica, procura encontrar o “ponto de equilíbrio” na transmissão do acervo de bens, de geração para geração — o “legado” que a geração presente deixa à futura. Para ser justa, a transmissão tem de ser equilibrada. Não obstante esta sua dimensão filosófica, a ideia de justiça intergeracional tem diversas implicações noutros domínios, em especial no da Economia. Aqui, a preocupação fundamental é a de materializar aquela ideia, desde logo mediante a densificação da noção de “legado” (CABRAL, 2017, p. 353).

Com legado, a teoria quer dizer as consequências que as decisões da geração atual deixam para as gerações futuras, que envolve um conjunto de: a) transferências líquidas (impostos/contribuições pagos menos prestações recebidas) obtidas por cada geração ou; b) de custos e benefícios líquidos (incluindo, do lado dos benefícios, formação de capital fixo, educação, tecnologia, progresso científico, etc.) que cada uma delas obteria em confronto com as demais. Ou ainda, numa outra perspectiva (de raiz econômica), o conceito de legado a partir

de duas possibilidades: a) concebê-lo como o estoque global de bens transmitidos ou; b) como a parte que marginalmente cada geração recebe quando comparada com o que a anterior havia recebido (CABRAL, 2017, p. 353-4).

Portanto, dizem respeito às várias obrigações das pessoas que vivem atualmente em relação às pessoas do futuro e às pessoas do passado. Em termos mais amplos, os defensores dessa tese entendem que as pessoas atualmente vivas são obrigadas a não violar os direitos das gerações futuras (pelo menos algumas pessoas atualmente vivas podem ser obrigadas) a indenizar os contemporâneos com relação aos danos às vítimas sofrido nas mãos de perpetradores do passado.

Tal análise se justifica, aqui, por ter relação com a questão da justiça distributiva. Quando uma Análise Custo-benefício dimensiona custos e benefícios, estes não podem ser tratados como uma fotografia, estanque, que diga respeito apenas ao presente. Qualquer análise desse tipo deve considerar os efeitos e impactos das ações da Administração Pública no tempo.

Medidas como a chamada “Lei do Teto de Gastos” (Emenda Constitucional nº 95/2016) ou decisões como a Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 103/2019) são exemplos claros de medidas tomadas não pensando no presente, mas, nas gerações futuras. A grande questão aqui é que em termos de custos e benefícios, a distribuição se dá em gerações distintas. Em ambos exemplos citados acima, os custos ficam para a geração presente e os benefícios, se ocorrerem, são legados às gerações futuras. O que pode se dar num futuro próximo ou num futuro muito distante, ou, na pior das hipóteses, nem ocorrer.

É nesse ponto que a ACB se apresenta novamente como uma ferramenta útil para subsidiar decisões técnicas e políticas da Administração Pública. Essa ferramenta permite, por meio de modelos matemáticos, aferir os custos e benefícios de uma ação política, não apenas no presente, mas, ao longo do tempo.

No entanto, a questão que envolve justiça intergeracional com justiça distributiva não está propriamente na dificuldade ou não de se mensurar os efeitos das ações presentes sobre as gerações futuras. Mas, na motivação (ou falta dela) em promover ações que distribuam de forma equilibrada e equalitária os benefícios líquidos das ações governamentais que sejam eficientes em gerar uma condição de bem-estar à sociedade atual e às gerações futuras.

Num contexto intergeracional, a clássica ideia de justiça enquanto *suum cuique tribuere* (“dar a cada um o que é seu”) requer a operacionalização de um equilíbrio social entre aquilo que cada um contribui para o bem-estar de outrem e aquilo que cada contribuinte recebe de bem-estar de outrem. Os deveres para com alguém nascem e justificam-se a partir do fato de esse alguém haver beneficiado previamente de alguma maneira o agente — devolve-se a quem deu o bem o mesmo bem que começou por ser dado (o

“seu”), e nessa reciprocidade cumpre-se a justiça. Esta percepção do justo teve uma disseminação popular muito alargada nas sociedades contemporâneas, e dela dependem várias construções de distribuição da riqueza, como por exemplo se nota nos sistemas públicos de segurança social do modelo social europeu do pós-guerra, em que as contribuições se justificam não apenas num senso de solidariedade social entre gerações simultâneas mas também na expectativa de que os contribuintes de hoje venham a ser beneficiados enquanto receptores das contribuições do futuro (CAMPOS, 2017, p. 54).

Tome a seguinte situação ética. Um agente público municipal tem a responsabilidade de decidir quanto à aplicação de recursos escassos num dado investimento. Ele tem duas propostas sobre a mesa para alocar um mesmo recurso financeiro e precisa justificar ante a comunidade as razões que levaram à destinação desses recursos entre uma ou outra proposta: a) a primeira diz respeito à despoluição de um ribeirão que atravessa o município e, que no futuro, poderia servir ao abastecimento de água da população e, ainda, como consequência desse saneamento, evitar várias mortes por doenças e, talvez, se tornar uma nova fonte de renda para o município através da exploração dos recursos naturais, uma vez tratados; ou b) ele decide alocar os recursos na construção de uma ponte sobre esse mesmo rio, que daria acesso imediato a várias comunidades da cidade (cerca de 40% da população do município) ao centro da cidade e zona industrial, o que reduziria o tempo de deslocamento dos trabalhadores, em cerca de 45 minutos, tanto no percurso de ida para o trabalho quanto de volta, o que diminuiria imediatamente os gastos com transporte e reduziria o fluxo do mesmo, impactando tanto na economia local quanto na despoluição do ambiente e, conseqüentemente, implementaria o comércio local, gerando empregos e desenvolvimento, porém, poderia piorar a condição do próprio ribeirão. Para qual lado penderia esse agente público? Onde ele encontraria argumentos bem fundamentados para sustentar sua decisão? O que motivaria a sua escolha? Urgência ou moralidade?

A moralidade pode ser motivadora, pois, muitas pessoas se preocupam com a justiça e às vezes estão dispostas a fazer grandes sacrifícios para proteger os direitos humanos de outros ou para tornar sua sociedade mais justa. Algumas estão seriamente imbuídas e preocupadas com a herança (não apenas no sentido de bens, mas, de valores) ou legado que deixarão para as gerações futuras. Muitos se preocupam com a forma como são vistos pelos outros, com o destino de seus projetos, a sobrevivência das coisas que valorizam, com o bem-estar de seus filhos e o futuro de sua comunidade ou nação. E esta não é apenas uma preocupação que possa denotar responsabilidade social ou com o coletivo, mas, uma preocupação que tem motivações particulares e individuais. É o caso dos pais que são fortemente motivados a cumprir o que consideram suas obrigações para com seus filhos e netos. Não apenas como um legado para as gerações futuras, mas, como uma preocupação de ser um indivíduo justo e moralmente

responsável aos olhos de seus próprios descendentes. Isso pode ser fundamental para a autopercepção de muitos na nossa sociedade. Porém, independentemente de serem motivações sociais ou particulares, elas remetem à valorização do legado às gerações futuras e podem influenciar as decisões do presente no sentido de privilegiar aqueles que ainda virão.

Contudo, também é importante reconhecer que os interesses prementes são uma reconhecida mola propulsora de decisões, que se justificam, muitas vezes, pela urgência da situação ou visibilidade que elas adquirem no presente. Se a questão da eficiência envolve bem-estar, e se bem-estar (aqui, no sentido utilitarista) envolve diminuição da dor, certamente, a dor próxima nos incomoda mais que a dor distante, por mais significativas e distintas que sejam as “dores” do presente e do futuro. Não restam dúvidas de que, para parte expressiva da sociedade, o bem-estar presente é bem mais relevante do que o bem-estar das gerações futuras.

Nesse ponto, não foi considerada apenas a perspectiva contrária à justiça intergeracional daqueles que, por egoísmo ou ganância, não estejam interessados numa sociedade onde todos possam viver bem. Como os políticos que querem apenas permanecer no poder; ou empresários que lucram com “velhas” formas (clientelismo, paternalismo, etc.) de fazer as coisas; ou, ainda, cidadãos acostumados com as circunstâncias como estão e que temam mudanças que os prejudique. Trata-se de parcela relevante da sociedade cujas necessidades urgentes falam tão alto que sequer faz sentido requerer deles que tenham “disposição para pagar” pelo bem-estar das gerações futuras. É muito difícil pensar no futuro de um filho quando o estômago dele está “roncando”, hoje.

Tais reflexões podem levar a questionar se a justiça intergeracional é uma possibilidade prática. Mais uma vez, a questão da motivação parece ser relevante, mas, não se trata apenas de falta de motivação moral ou a falta de preocupação com o futuro. Parte do problema é, sem dúvida, uma incerteza sobre o que precisa ser feito e como fazê-lo e o medo daqueles que pensam que serão seriamente prejudicados.

No caso hipotético acima, imagine que o agente político responsável pela tomada de decisão tenha intensões eleitorais de reeleição no próximo pleito que se aproxima. Ainda que diante de dados concretos que possam evidenciar que a escolha de despoluição do ribeirão, a longo prazo, traria mais benefícios líquidos do que a construção da ponte, não seria de espantar que tal análise fosse, simplesmente, desconsiderada por esse agente, em virtude de seus objetivos particulares mais urgentes. Afinal, qual dessas duas medidas lhe renderiam mais votos no curto prazo?

No entanto, mesmo que esse agente público não coloque seus interesses pessoais em primeiro lugar, ou que moralmente ele tenha genuína preocupação com as gerações futuras, tal

situação, como essa acima exemplificada, pode ser considerada uma “escolha de Sofia”, na medida que ambas podem ser consideradas a melhor ou a pior escolha a ser feita, dependendo de quão imediatos ou distantes são os objetivos a serem alcançados. O que está em jogo é mais que a chamada justiça intergeracional, é a incerteza quanto ao que o futuro reserva e o que se deve fazer a respeito.

2.5.2 Incerteza e o Princípio da Precaução

A dificuldade em justificar a escolha de um ou outro caminho não pode ser motivo para paralisar o processo de aperfeiçoamento das políticas públicas e regulação. Uma das questões mais complexas que envolve uma ACB, que se propõe a subsidiar escolhas e decisões que promovam o bem-estar ao longo do tempo, com justiça intergeracional e distribuição justa dos benefícios líquidos de cada programa, política pública ou norma, é a incerteza.

No que diz respeito à incerteza quanto ao futuro, “qualquer consenso pode dar errado; a certeza de hoje pode ser o alerta vermelho de amanhã (tradução nossa)”³⁵ e o que se espera é uma humildade epistêmica por parte da comunidade acadêmica (SUNSTEIN, 2018, p. 142). Quando analisadas no tempo, o que se percebe, p.e., quanto às decisões tomadas pelas mais diversas autoridades políticas e científicas em relação à pandemia da Covid-19, ao redor do globo, tanto para aquelas medidas que foram eficazes quanto para aquelas que não o foram, é que elas possuem um elemento comum, a incerteza quanto aos melhores procedimentos, que só o tempo e a observação poderiam amenizar, mas, cuja urgência não dava espaço à inércia. “Para aqueles que enfatizam a irreversibilidade, a atitude geral diante da incerteza é ‘agir, depois aprender’, em oposição à alternativa tentadora e muitas vezes sensata de ‘esperar e aprender’ (tradução nossa)” (SUNSTEIN, 2018, p. 142)³⁶.

Tomemos o seguinte exemplo, com uma mesma verba a Administração Pública de um dos estados brasileiros tem a possibilidade de duplicar um trecho de uma rodovia intermunicipal, o que evitaria a morte de dez pessoas por ano. Ou ainda, com essa mesma verba, a Administração estadual poderia fazer a reforma de um hospital infantil, o que salvaria oito vidas adicionais ao ano. Seria razoável que os dois investimentos fossem realizados. Vale lembrar que a Administração Pública lida com recursos escassos. Com base nos critérios da ACB, a decisão provável seria a duplicação da rodovia. Contudo, a incerteza causada pela

³⁵ Texto original: “*any consensus might turn out to be wrong; today’s assurance might be tomorrow’s red alert*”.

³⁶ Texto original: “*For those who emphasize irreversibility, the general attitude in the face of uncertainty is ‘act, then learn’, as opposed to the tempting and often sensible alternative of ‘wait and learn’*”.

imprevisibilidade de fatores que não podem ser humanamente controlados, como o surgimento e disseminação de um vírus ou alguma tragédia natural, podem, ao longo do tempo, alterar significativamente o pêndulo da decisão e mostrar que a reforma do hospital infantil seria mais eficiente em salvar vidas do que a duplicação do trecho da rodovia. É a questão da incerteza tornando a decisão mais complexa do que pareceria em princípio.

Retomando a questão da Reforma da Previdência, p.e., fatores de incerteza quanto à expectativa de vida ou outro fator de imprevisibilidade, podem fazer com que a economia pretendida e os benefícios desejados não sejam aqueles estimados quando da sua apresentação pelos especialistas ao oferecer subsídios à tomada de decisão dos políticos e gestores públicos.

Quando há um problema de decisão que envolve os três aspectos a seguir: a) incerteza sobre os custos e benefícios futuros das alternativas; b) a possibilidade de resolução ou redução da incerteza com o passar do tempo e c) a irreversibilidade de uma ou mais das alternativas, a intuição se mostra atraente, tendendo à aplicação de medidas mais rígidas para evitar danos que são efetivamente finais do que para evitar aqueles que podem ser revertidos a algum custo. No entanto, se de um lado há um dano irreversível e de outro um dano reversível, e se não há certeza quanto aos custos e benefícios futuros das precauções, uma compreensão do valor da opção pelos tomadores de decisão, há uma tendência de que vale a pena gastar uma certa quantia para preservar a flexibilidade futura, pagando um prêmio para evitar o dano irreversível (SUNSTEIN, 2018, p. 143).

Em termos práticos, esse é o Princípio da Precaução. Na dúvida ou incerteza quanto às consequências de uma ação, ou da não-ação, há uma forte tendência em elevar o grau de regulação para evitar danos presumidamente irreversíveis.

A gestão do risco é, decerto, onerosa, na direta proporção da incerteza que o rodeia. O desconhecimento da magnitude do risco, das suas prováveis manifestações, das circunstâncias da sua eclosão, obriga os operadores econômicos a um esforço financeiro considerável, que pode, em última análise, tornar a sua atividade insustentável, tamanho é o volume de riscos que devem antecipar [...] o fato de se impor ao operador um ônus da prova da inocuidade do produto ou da atividade pode constituir, desde logo, um obstáculo intransponível. (GOMES, 2017, p. 326).

Sunstein (1996, p. 13) chama a atenção de que controles sobre um risco podem aumentar outro risco e que, infelizmente, a regulamentação de riscos não foi criada com esse problema em mente. Salienta, ainda, que há uma tendência em acreditar que os governos europeus são mais avessos aos riscos do que os norte-americanos. O que segundo ele (SUNSTEIN, 2005b, p. 14) é uma falácia que atualmente já tem sido desconstruída, considerando que ambos têm suas aversões a riscos, expressos em focos distintos. No caso dos europeus, segundo o autor,

eles preferem “carregar na tinta” em termos de precaução a adotar uma postura mais flexível na escolha de medidas regulatórias, em especial, quando os riscos se referem à questão ambiental. Já no caso dos norte-americanos, a aversão ao risco e adoção de medidas de precaução se dão mais em relação à aprovação de novos medicamentos ou a questões de segurança nacional, p.e. Sua observação é um alerta de que o excesso de precaução pode gerar paralisia nos setores produtivos da sociedade e trazer consequências (custos) maiores do que aquelas advindas da não-ação.

O Princípio da Precaução, em seus aspectos essenciais, nas suas versões mais restritivas ou menos cautelosas quanto à aplicação do próprio princípio, prevê que a falta de provas decisivas de dano não deve servir de motivo para a não-regulação. Mesmo não havendo certeza do risco, é “melhor prevenir do que remediar”. “A lógica de precaução traduz fundamentalmente uma ideia de prevenção antecipada em razão da incerteza sobre a existência de lesividade significativa de uma determinada atividade ou produto” (GOMES, 2017, p. 328).

O verdadeiro problema com o Princípio da Precaução em suas formas mais fortes é que ele é incoerente; pretende dar orientação, mas não o faz, porque condena os próprios passos que exige. A regulamentação que o princípio exige sempre dá origem a riscos próprios — e, portanto, o princípio proíbe o que simultaneamente exige. Portanto, desafio o Princípio da Precaução não porque ele leva a direções ruins, mas porque, lido por tudo o que vale, não leva a nenhuma direção. O princípio ameaça ser paralisante, proibindo a regulação, a inação e todos os passos intermediários. Ele fornece ajuda apenas se nos cegarmos para muitos aspectos das situações relacionadas ao risco e nos concentrarmos em um subconjunto estreito do que está em jogo. Esse tipo de autocegueira é o que faz com que o princípio pareça dar orientação; e terei muito a dizer sobre porque as pessoas e as sociedades são seletivas em seus medos (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2005b, p. 14-5)³⁷.

Gomes (2017, p. 347-9) vai além, no sentido de apresentar o Princípio da Precaução como parte de uma retórica legitimadora do discurso da tomada de decisão que pretende apresentar uma certa integridade procedimental e coesão técnico-científica em face da irreversibilidade, num cenário de ignorância e incerteza quanto aos riscos que envolvem um projeto ou regulação num contexto temporal presente e futuro.

Sunstein (2005b, p. 19) destaca que a ACB se tornou uma ferramenta cada vez mais

³⁷ Texto original: “*The real problem with the Precautionary Principle in its strongest forms is that it is incoherent; it purports to give guidance, but it fails to do so, because it condemns the very steps that it requires. The regulation that the principle requires always gives rise to risks of its own — and hence the principle bans what it simultaneously mandates. I therefore aim to challenge the Precautionary Principle not because it leads in bad directions, but because read for all it is worth, it leads in no direction at all. The principle threatens to be paralyzing, forbidding regulation, inaction, and every step in between. It provides help only if we blind ourselves to many aspects of risk-related situations and focus on a narrow subset of what is at stake. That kind of self-blinding is what makes the principle seem to give guidance; and I shall have a fair bit to say about why people and societies are selective in their fears*”.

popular para a avaliação e gestão de riscos sociais, frequentemente, indicada como uma alternativa ao Princípio da Precaução. Em vez de “tomar precauções” cegamente, os reguladores passam a contabilizar os benefícios da regulamentação e seus custos, e escolher a abordagem que maximize os benefícios líquidos. Esta abordagem é muitas vezes justificada por razões de eficiência econômica, que é relevante, mas certamente não deve ser o único objetivo da regulação. Cidadãos em uma sociedade democrática podem escolher proteger espécies ameaçadas, ou animais selvagens, ou áreas intocadas, mesmo que do ponto de vista da economia não seja eficiente fazê-lo.

Os equívocos de decisões baseadas em precaução excessiva ou na heurística da disponibilidade são mitigados com a adoção da ACB. Se a heurística da disponibilidade pode levar a estimativas probabilísticas equivocadas, a ACB pode oferecer uma noção mais precisa dos danos reais contra os quais se busca proteção. Não se trata apenas de busca da eficiência econômica, mas, a busca de instrumentos que permitam uma análise de custos e benefícios que possa responder aos problemas que os seres humanos enfrentam ao pensar sobre os riscos e se deparam com a incerteza.

2.5.3 Taxa de desconto

Uma forma que a ACB encontra para equacionar as questões decorrentes da busca por justiça intergeracional visando oferecer eficiência intertemporal é a adoção da *discount rate* (DR) ou taxa de desconto. Não significando necessariamente que ela pacifica a questão da justiça intergeracional.

Tomemos um exemplo financeiro: uma pessoa que obteve um crédito imobiliário para a aquisição de sua casa própria e, com o crédito, assumiu uma prestação mensal para quitação da dívida num período de 30 anos. No cálculo do custo deste crédito, entre os vários elementos que o compõem estão a temporalidade, o custo de oportunidade e a incerteza. A temporalidade, porque o pagamento do crédito se dará num prazo considerável de 30 anos. O custo de oportunidade decorre do fato que se esse dinheiro não estivesse sendo emprestado para esse indivíduo, ele estaria sendo usado noutro investimento, que talvez fosse até mais rentável. E a incerteza que se evidencia até mesmo na impossibilidade do retorno em decorrência de eventos tais como a insolvência do devedor ou ainda sua morte ao longo desse período. Portanto, o valor dos juros cobrados em face desse financiamento também contabiliza esses componentes. No caso dessa pessoa querer antecipar o pagamento dessas prestações, para obter um valor adequado a pagar, deverá ser abatida parte desses juros, uma vez que, com a redução do tempo,

elementos como incerteza e oportunidade também serão reduzidos. Estabelece-se uma taxa de desconto pela antecipação da prestação.

No caso do cálculo dos benefícios e custos de uma política pública ou regulação, considerando que as mesmas, via de regra, não se prestam ao atendimento de demandas presentes apenas, mas, tendem a se prolongar no tempo, a ACB também prevê a aplicação de uma taxa de desconto que amortize o impacto, tanto dos benefícios quanto dos custos, no tempo.

No entanto, a medida do quanto vale a vida ou bem-estar hoje e amanhã, por si só já pode ser motivo de celeuma.

Para dinheiro, algum tipo de taxa de desconto faz muito sentido — e por razões racionais, as pessoas podem preferir o bem-estar hoje ao bem-estar amanhã. Para todos nós, há pelo menos alguma chance de morte esta noite, enfatizando o bem-estar hoje. A questão de como as pessoas racionais distribuem o bem-estar (em oposição ao dinheiro) ao longo do tempo não admite uma resposta fácil. Mas se as pessoas se importam muito pouco com seu “eu” futuro e estão dispostas a impor um excesso de sofrimento futuro em troca de um pequeno benefício no presente, então algo provavelmente deu errado. Uma abordagem bem-estarista atraente enfatiza preferências totalmente informadas e totalmente racionais e que se estendem ao longo das histórias de vida. Se as escolhas das pessoas não satisfazem essas restrições, elas são “impugnadas” do ponto de vista do bem-estar (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 55)³⁸.

Como escolher a taxa de desconto? Layard e Glaister (1994, p. 26) salientam que esta é uma questão de grande relevância prática. Especialmente, considerando a situação nos países mais pobres, nos quais a escolha entre o consumo presente e o futuro pode ser angustiante. Eles ponderam até que ponto é legítimo rebaixar os níveis atuais de vida em prol do futuro nessas circunstâncias. Consideram, no entanto, que não é legítimo usar uma taxa de desconto artificialmente baixa apenas como forma de compensação.

O futuro é incerto e isso leva a uma multiplicidade de taxas de juros dependendo dos riscos de crédito envolvidos. Qual taxa deve ser usada na Análise Custo-benefício? É claro que seria possível variar a taxa de desconto consoante o risco dos retornos líquidos do projeto, mas é preferível expressar todos os retornos líquidos em termos de seu equivalente de certeza. Precisamos então de uma taxa de desconto padrão relevante para níveis de consumo certamente conhecidos. É por isso que a estimativa mais comumente usada de preferência temporal privada (e social) é a taxa de títulos governamentais de longo prazo (reduzida para permitir a inflação esperada e os pagamentos de imposto de renda) (tradução nossa) (LAYARD e

³⁸ Texto original: “*For money, some kind of discount rate makes a great deal of sense—and for rational reasons, people might prefer welfare today to welfare tomorrow. For all of us, there is at least some chance of death tonight, which argues for welfare today. The question how rational people distribute welfare (as opposed to money) over time does not admit of an easy answer. But if people care very little about their future selves, and are willing to impose a great deal of future suffering in return for a small benefit in the present, then something has likely gone wrong. An appealing welfarist approach emphasizes preferences that are fully informed and fully rational and that extend over life histories. If people’s choices do not satisfy these constraints, they are “impeached” from the standpoint of welfare.*”.

GLAISTER, 1994, p. 29)³⁹.

O desconto pode ser calculado de duas formas, na ACB: a) primeiro se obtém o valor líquido dos benefícios, o resultado da subtração dos benefícios menos os custos e se aplica a esse resultado a taxa de desconto i no tempo t , geralmente, considerado de ano em ano, obtendo assim, a soma dos benefícios líquidos descontados ano a ano, ao longo da vida útil do projeto ou regulação, a uma taxa de desconto preestabelecida; ou b) aplica-se, primeiramente, o desconto em cada benefício ou custo, calculado ano a ano, ao longo do projeto, somando-os ao final e, só então, obtém-se o benefício líquido descontado.

O valor descontado ao longo do tempo de um custo ou benefício X na ACB, aqui denominado *present value*, $PV(X_t)$, é uma função que se dá pelo produto do valor presente de X , aqui $PV(X)$, e o chamado *discount factor* (DF), cuja fórmula se assemelha à da taxa de juros compostos, na qual a taxa de desconto i é elevada ao tempo $-t$ e que tem como propriedade estar sempre entre 0 e 1. Caso o benefício ou custo que se analisa se dê no presente, $t = 0$, esse fator é igual a 1. Ou seja, não haverá desconto. A elevação das variáveis taxa de desconto i e/ou tempo t , diminuem o fator de desconto e, conseqüentemente, o valor do custo ou benefício no tempo (HANLEY e BARBIER, 2009, p. 5).

$$PV(X_t) = PV(X) * [(1 + i)^{-t}] \quad \text{Equação 1 — Taxa de Desconto}$$

Noutras palavras, quanto maior a taxa de desconto ou o tempo no qual o custo ou benefício será obtido, menor é o fator de desconto, sinalizando uma maior preferência por benefícios líquidos agora do que depois. Essa preferência pela maior valorização dos benefícios líquidos obtidos no presente em detrimento daqueles obtidos ao longo de um maior lapso de tempo pode ser encarada naturalmente pela tensão entre o urgente e o ideal, o possível e o necessário. E, em certo sentido, também considera e valoriza a capacidade que as próximas gerações terão em gerar riquezas, promover o bem-estar e assumir responsabilidades com sua própria geração e as futuras de forma eficiente.

2.6 O foco no bem-estar

³⁹ Texto original: “*The future is uncertain and this leads to a multiplicity of interest rates depending on the credit risks involved. Which rate should be used in cost-benefit analysis? It would of course be possible to vary the discount rate according to the riskiness of the net returns of the project, but it is preferable to express all net returns in terms of their certainty equivalent. We then need a standard discount rate relevant to certainly known levels of consumption. This is why the most commonly used estimate of private (and social) time preference is the rate on long-term government bonds (reduced to allow for expected inflation and income tax payments)*”.

O conceito de bem-estar e sua maximização passa pela compreensão do sentido que a própria expressão bem comum possa assumir. Do ponto de vista aristotélico, o bem comum a que a sociedade política visa,

[...] é a realização do ser humano, de acordo com sua própria natureza: é o bem de cada um de seus cidadãos, enquanto associados. Para usar os termos de Taylor, encontramos em Aristóteles a descoberta de que há um valor específico que decorre do viver e do agir juntos. Isto não significa que a sociedade política seja, para Aristóteles, uma comunidade uniforme, em que todos pensem e vivam da mesma maneira, ou prezem as mesmas coisas — como se apenas um jeito de viver fosse então considerado “bom”. Mas significa a consciência, isso sim, de que há uma experiência vital, de maximização da própria vida e da humanidade, que é impossível de se atingir pelo esforço individual isolado — exatamente porque o seu valor reside na ação compartilhada que institui e mantém a polis, a vida em comum (COELHO e OLIVEIRA, 2018, p. 219-20).

Uma questão relevante quanto ao bem-estar relativa à ACB é que este deve ser o foco de toda política pública e, conseqüentemente, de toda análise dos custos e benefícios dessa política.

O bem-estar, entendido como bem-estar individual, é o que mais importa, e a pretensão do uso da Análise Custo-benefício é que ela nos ajuda a focar no que importa. Mas se nos preocupamos com o bem-estar, a Análise Custo-benefício às vezes nos leva a direções erradas. Se tivermos um medidor de bem-estar confiável, devemos usá-lo. Não devemos usar a Análise Custo-benefício. Infelizmente, nenhum de nós tem um medidor de bem-estar. Se as autoridades tornam o ar um pouco mais limpo ou reduzem os riscos de acidentes nas rodovias, faltam ferramentas para medir, diretamente, os efeitos no bem-estar humano. Isso é um problema. Uma vantagem notável da Análise Custo-benefício é que podemos realmente nos engajar nela. Por mais de três décadas, muitas questões foram resolvidas com a ajuda de números monetários, captando os efeitos antecipados das reformas. Esses números são um *proxy* para o bem-estar. Os *proxies* são úteis, mas podem produzir erros graves (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. xiv)⁴⁰.

Um *proxy* é uma variável ou medida substituta usada para representar ou estimar algo que pode ser difícil de medir diretamente. Geralmente, *proxies* são usados quando não é possível ou prático obter dados diretos sobre uma variável de interesse, e eles desempenham um papel importante na simplificação e na condução da análise. Por exemplo:

- a) Proxy de bem-estar: Às vezes, pode ser difícil medir diretamente o impacto de um projeto sobre o bem-estar das pessoas. Nesse caso, os pesquisadores podem usar proxies,

⁴⁰ Texto original: “*Welfare, understood as well-being, is what most matters, and the claim for use of cost-benefit analysis is that it helps focus us on what matters. But if we care about welfare, cost-benefit analysis sometimes leads us in the wrong directions. If we have a reliable welfare meter, we should use it. We should not use cost-benefit analysis. Unfortunately, none of us has a welfare meter. If officials make the air a bit cleaner or reduce the risks of highway accidents, they lack tools to measure, directly, the effects on human welfare. That’s a problem. A signal advantage of cost-benefit analysis is that we can actually engage in it. For over three decades, many questions have been resolved with the help of monetary figures, capturing the anticipated effects of reforms. Those figures are a proxy for welfare. Proxies are helpful, but they can produce serious errors*”.

como a renda, o acesso a serviços de saúde ou a qualidade do meio ambiente, para estimar como o projeto pode afetar o bem-estar da população.

- b) Proxy de custos ou benefícios indiretos: Em alguns casos, pode ser desafiador quantificar diretamente todos os custos ou benefícios associados a um projeto. Por exemplo, se um projeto de infraestrutura melhora o acesso a uma região remota, isso pode resultar em benefícios econômicos indiretos, como aumento do turismo. Os pesquisadores podem usar proxies, como o aumento nas receitas do turismo, para estimar esses benefícios indiretos.
- c) Proxy de valores humanos ou preferências: Quando se trata de medir preferências ou valores das pessoas em relação a determinados aspectos, como a preservação do meio ambiente, os proxies podem ser usados para estimar essas preferências. Por exemplo, as escolhas que as pessoas fazem em pesquisas de mercado podem servir como proxies para suas preferências em relação a produtos ou serviços relacionados ao projeto.
- d) Proxy de tempo: Em alguns casos, pode ser difícil avaliar o impacto de longo prazo de um projeto. Os pesquisadores podem usar proxies, como estimativas de curto prazo, para prever os efeitos a longo prazo do projeto.

É importante notar que o uso de *proxies* na ACB deve ser cuidadosamente justificado e documentado, e os resultados da análise devem ser interpretados com cautela. Os *proxies* são usados como aproximações e podem introduzir incertezas na análise. Portanto, é essencial ser transparente sobre o seu uso e reconhecer suas limitações ao comunicar os resultados da ACB.

Noutras palavras, a ACB não pode ser maior do que o bem-estar. A ferramenta deve continuar sendo o que ela é, uma ferramenta apenas. Toda defesa da ACB, enquanto instrumento democrático, se enquadra no potencial que possui em proporcionar escolhas mais assertivas, capazes de promover o bem-estar. Por melhor que seja, se esse não for seu objetivo numa situação específica, ela deve ser colocada de lado ou ter seu grau de influência diminuído pelos gestores públicos.

Um aspecto que não pode ser desprezado é que a ACB deve ser vista como um procedimento de decisão, não como um critério de retidão ou bondade moral. O fato de haver benefícios líquidos num projeto, sob o prisma dos custos e benefícios, *a priori*, não diz respeito ao valor moral do projeto.

Nesta parte, argumentamos que a ACB é propriamente conceituada como um procedimento de decisão assistencialista. Defendemos as seguintes afirmações: (1) O efeito de um projeto governamental no bem-estar geral é uma característica moralmente relevante, se não moralmente decisiva, do projeto; e (2) em uma fração significativa de situações de escolha de agência, a ACB é o procedimento de decisão mais bem justificado à luz do bem-estar

geral. Não afirmamos que a ACB seja sempre melhor justificada à luz do bem-estar geral. Por outro lado, a ACB tem certas vantagens distintas em relação a outros procedimentos de decisão e essas vantagens sugerem que será rotineiramente, se não universalmente, apropriado (tradução nossa) (POSNER e ADLER, 1999b, p. 194-5)⁴¹.

A questão que se evidencia é que, embora a ACB permita dimensionar custos e benefícios com base no valor da vida estatístico, existem situações para as quais esses parâmetros não são suficientes. Pois, o tempo pelo qual essa vida salva se estende e a qualidade dessa vida não são parametrizados pelo VSL. Sunstein (2018, p. xiv) argumenta que, por essa razão, mesmo que todos os números de uma ACB estejam perfeitamente dimensionados, os resultados podem ter uma relação ambígua com o que mais importa, o bem-estar.

Assim, numa perspectiva que vá além da concepção do critério de Kaldor-Hicks, mais importante do que a disposição em pagar ou receber compensações, o bem-estar, independentemente de qual seja sua conceituação básica, deve ser priorizado.

A ideia de medir o efeito de um projeto no bem-estar geral monetizando, o efeito em cada indivíduo e depois agregando não pressupõe uma visão de bem-estar baseada em preferências irrestritas, ou mesmo qualquer visão baseada em preferências. Colocando a questão de outra forma: as "variações compensatórias" somadas para determinar os custos e benefícios gerais de um projeto devem ser definidas não como a disposição de uma pessoa em pagar ou aceitar (o que pressupõe uma visão de bem-estar baseada em preferências), mas como sua equivalente de bem-estar (deixando em aberto qual é a teoria correta de bem-estar) (tradução nossa) (POSNER e ADLER, 1999b, p. 196-7)⁴².

Consideremos que o Ministério da Saúde esteja realizando a análise de uma política pública que visa a preservação da vida (ou diminuição do risco de morte) com alcance suficiente para diminuir esse risco, no presente, na vida de 100 pessoas na faixa dos 80 anos de idade. Nesses termos, considerando o VSL atribuído pelo IPEA, de R\$ 5,68 milhões por vida, o benefício de redução da mortalidade será de R\$ 568 milhões. Considerando que outra política pública seja eficiente para diminuir o risco, na vida de outras 100 pessoas, na faixa de 40 anos, também no presente (i.e., não é a questão de justiça intergeracional que está sendo abordada

⁴¹ Texto original: “*In this Part, we argue that CBA is properly conceptualized as a welfarist decision procedure. We defend the following claims: (1) The effect of a governmental project on overall well-being is a morally relevant, if not morally decisive, feature of the project; and (2) in a significant fraction of agency choice situations, CBA is the decision procedure best justified in light of overall well-being. We do not claim that CBA is always best justified in light of overall well-being. On the other hand, CBA has certain distinct advantages relative to other decision procedures and these advantages suggest that it will be routinely, if not universally, appropriate*”.

⁴² Texto original: “*The idea of measuring a project's effect on overall well-being by monetizing the effect on each individual and then aggregating does not presuppose an unrestricted-preference-based view of well-being, or indeed any preference-based view at all. To put the point another way: The "compensating variations" summed to determine the overall costs and benefits of a project should be defined not as a person's willingness to pay or accept (which presupposes a preference-based view of welfare), but as her welfare equivalent (leaving open what the right theory of welfare is)*”.

aqui). Não há dúvidas de que o benefício em termos monetários será o mesmo, R\$ 568 milhões. Considerando que o custo de uma e outra política pública seja equivalente, a questão é que a ACB, utilizando o VSL como parâmetro, não seja suficiente para responder à indagação de qual política adotar.

Ou ainda, no caso de uma regulação que limite significativamente o *marketing* considerado abusivo para produtos que tenham como alvo as crianças. Por mais que uma ação desse tipo evite sérios danos à mente de um número significativo de crianças, ela pode também gerar desemprego no setor de brinquedos infantis. Empregos esses que podem ser redirecionados a outros setores, porém, com o impacto considerável sobre a vida de várias famílias, cujos danos financeiros possam se estender por décadas e impactar, entre outras questões, o plano educacional dos filhos desses desempregados. Igualmente, a ACB teria números para apresentar em termos do custo e do benefício, pautado em vidas salvas. O que pode ser equivalente quanto ao número de crianças que não seriam impactadas por propaganda abusiva (o benefício da regulamentação), em caso de implementação da regulação, e o número de crianças que não seriam impactadas pelo desemprego de seus pais (o custo da regulamentação), caso essa regra não fosse implementada. Mais uma vez, o caminho para a tomada de decisão não é totalmente dependente da ACB.

Sempre que se espera que os programas tenham efeitos de bem-estar significativos que não possam ser avaliados de forma realista, as medidas dos indicadores sociais apropriados devem ser levadas à atenção dos tomadores de decisão, além, portanto, dos benefícios calculados. Pode haver ainda outros efeitos intangíveis de bem-estar na comunidade para os quais não há indicadores sociais viáveis: eles podem servir para aumentar o orgulho cívico ou promover a autoconfiança, objetivos considerados desejáveis pela sociedade e, portanto, se necessário, a serem levados à atenção do órgão público que comissiona a ACB (tradução nossa) (MISHAN e QUAH, 2007, p. 15)⁴³.

Conquanto possa parecer que não seja suficiente para medir todas as situações que envolvam o bem-estar, a própria percepção de equivalência entre duas situações distintas se deu através da análise dos custos e benefícios envolvidos. Logo, ainda que haja algumas limitações e não se estabeleça outra ferramenta capaz de detectar e mensurar felicidade e bem-estar diretamente, a ACB continua sendo um fator decisivo na escolha de políticas públicas e regulação.

⁴³ Texto original: “*Wherever programmes are expected to have significant welfare effects that cannot realistically be evaluated, the measurements of the appropriate social indicators should be drawn to the attention of the decisionmakers in addition, therefore, to the calculated benefits. There can be yet other intangible welfare effects on the community for which no social indicators are feasible: they may serve to augment civic pride or to promote self-confidence, objectives deemed desirable by society and therefore, if necessary, to be drawn to the attention of the public body that commissions the CBA*”.

Como resposta a essa dificuldade, dois novos índices foram introduzidos à ACB nas últimas décadas, embora, ainda sem a mesma incidência do VSL (BRONSTEEN, BUCCAFUSCO e MASUR, 2013, p. 1675-6). São as ferramentas “valor dos anos de vida estatístico” (VSLY) e o “anos de vida ajustados pela qualidade” (QALY - *Quality Adjusted Life Years*), uma medida já utilizada para avaliação econômica de programas que envolvam saúde, no plano social, e para avaliação da viabilidade de intervenções médicas, no plano individual.

Em termos da ferramenta VSLY, analisemos o caso que envolve programas que ofereçam benefícios a faixas etárias distintas, ainda há uma questão a ponderar: sendo os benefícios líquidos equivalentes, em termos de bem-estar, o programa que beneficie uma faixa etária mais nova é melhor. Ou seja, com benefícios similares, é melhor um programa que protege o jovem do que um que proteja o idoso (SUNSTEIN, 2003, p. 14).

O ponto determinante que faz a balança pender para o lado dos mais jovens é a substituição do uso do VSL pelo uso do VSLY. Essa substituição com foco nos anos de vida muda significativamente as projeções, diminuindo o valor dos benefícios voltados aos idosos em relação aos demais e aumenta esse valor dos benefícios voltados às crianças em relação aos adultos e idosos. Considerando ainda que essa diferença entre VSL e VSLY dependerá da quantidade de anos abrangidos pelo programa e o valor da taxa de desconto.

Minha afirmação mais simples neste ensaio é que, em termos de bem-estar, é totalmente apropriado focar nos anos de vida e não apenas nas vidas, e que as críticas, tanto acadêmicas quanto públicas à abordagem dos anos de vida são mal concebidas. As razões para esta conclusão são simples: nenhum programa literalmente “salva” vidas; a extensão da vida é sempre o que está em questão. Se o objetivo é promover o bem-estar das pessoas prolongando suas vidas, um regulamento que salva 500 anos de vida (e, digamos, 25 pessoas) é, em todas as circunstâncias, melhor do que um regulamento que salva 50 anos de vida (também, digamos, 25 pessoas). Um programa que salva pessoas mais jovens é melhor, em todas as dimensões, do que um programa idêntico que salva pessoas mais velhas — uma afirmação que parece controversa apenas se virmos a vida como um instantâneo no qual as pessoas estão congeladas em seus pontos atuais na distribuição etária (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2003, p. 5)⁴⁴.

Considerando, como já dito (2.4), que o cálculo do VSL não diz respeito ao valor de uma vida propriamente, mas, o quanto se está disposto a pagar para diminuir os riscos de morte,

⁴⁴ Texto original: “*My simplest claim in this essay is that in terms of welfare, it is fully appropriate to focus on life-years, not merely lives, and that both academic and public criticisms of the life-years approach are misconceived. The reasons for this conclusion are simple: No program literally ‘saves’ lives; life-extension is always what is at issue. If the goal is to promote people’s welfare by lengthening their lives, a regulation that saves 500 life-years (and, let us say, twenty-five people) is, other things equal, better than a regulation that saves 50 life-years (also, let us say, twenty-five people). A program that saves younger people is better, along every dimension, than an otherwise identical program that saves older people—a statement that seems controversial only if we see life as a snapshot in which people are frozen at their current points in the age distribution*”.

não faz sentido, ainda que intuitivamente pareça coerente, em termos de bem-estar, no cálculo de ACB e políticas públicas, afirmar que todas as vidas possuem valor equivalente. Sunstein (2003, p. 3) não apenas defende o uso do VSLY como também entende que sua adoção para os cálculos ACB se dão pelo fato de que mais anos de vida significam mais bem-estar, no caso das demais relações serem equivalentes e que o foco nos anos de vida para obter um maior grau de bem-estar por meio de um programa ou regulação não fere nenhuma restrição ética.

Os dilemas éticos podem ser dissipados com a compreensão de que a motivação para “a diferença de bem-estar — supondo que exista — é pelo menos parcialmente um produto de injustiças passadas e presentes. Em contraste, a injustiça não é a fonte da diferença de bem-estar entre a proteção de cem crianças e a proteção de cem idosos” (SUNSTEIN, 2003, p. 6)⁴⁵. O que se coloca aqui é que, sem desprezar que existem diferenças sociais que minimizam o impacto do bem-estar gerado pelas políticas públicas, a própria busca pelo bem-estar passa pela redução dessas diferenças. Num sentido amplo, à medida que as políticas públicas vão alocando recursos e direcionando prioridades à base da ACB, essas diferenças tendem a diminuir, pois, o foco está no bem-estar da sociedade como um todo. Esse equilíbrio não é alcançado de forma instantânea pelo simples fato de que não há recursos infinitos. O Estado não possui mecanismos para superar essa realidade.

Partindo do ponto atual, como um período de transição entre a inação estatal, no sentido de buscar o bem-estar da sociedade para um futuro hipotético no qual haja plena e justa distribuição de recursos que proporcionem bem-estar a todos, é óbvio que os idosos do presente, não terão os benefícios que os idosos do futuro (ou jovens do presente), os quais, pela adoção da VSLY serão alvo de programas que gerarão benefícios ao longo dos anos, desde a sua juventude, o que provavelmente tende a lhes permitir uma velhice com mais bem-estar. Igualmente, não há como superar a limitação dessa fase de transição senão aceitando como parte dos custos.

Ainda, sob o argumento de discriminação, de forma reversa, a manutenção do uso da VSL em vez da VSLY poderia ser tomada como um fator de discriminação dos jovens, uma vez que, embora, em tese, possuam mais anos de vida a viver, suas vidas são consideradas na mesma condição daquele cujo os anos de vida são estatisticamente mais curtos.

Sunstein (2018, p. 40) divide a questão do uso da VSL ou VSLY em duas situações: os casos fáceis, aqueles nos quais o próprio beneficiário arca com os custos da política pública; e

⁴⁵ Texto original: “*the welfare difference—assuming that it exists—is at least partly a product of past and present injustice. By contrast, injustice is not the source of the welfare difference between the protection of one hundred children and the protection of one hundred elderly people*”.

os casos difíceis, aqueles nos quais os beneficiários pagam apenas uma fração do custo do que recebem. Ele recomenda que

A conclusão é que nos casos fáceis, o argumento para o uso do VSL, baseado na WTP, é bastante seguro. Mas, nos casos difíceis, o uso do VSL pode produzir uma Análise Custo-benefício que não aponta na direção certa. Ao mesmo tempo, é extremamente difícil medir o bem-estar diretamente, e a regulação é, na melhor das hipóteses, uma ferramenta redistributiva imperfeita. Nos casos difíceis, os reguladores devem se afastar do resultado da Análise Custo-benefício, com base no VSL, somente quando houver razões convincentes para acreditar que a regulação é, no entanto, justificada pelo fato de promover o bem-estar ou atingir importantes objetivos distributivos (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 42)⁴⁶.

Embora pouco explorado, esse dilema foi experimentado pelos governantes quanto à distribuição das vacinas para Covid-19. Quem deveria recebê-las primeiro, os idosos ou os jovens? Aqueles que possuíam comorbidades ou os saudáveis? De forma ampla, após priorizar os profissionais da saúde, os governos direcionaram a prioridade aos idosos e pessoas com comorbidades. Independentemente dos resultados obtidos, os argumentos que questionam ou defendem o uso da VSLY poderiam ser aplicados a tal situação peculiar.

Bronsteen *et al.* (2013, p. 1676) afirmam que embora a VSLY ofereça uma melhora substancial em relação à VSL, dimensionando dados relevantes ao bem-estar negligenciados por aquele parâmetro, essa abordagem ignora a qualidade dos anos salvos. É o caso em que dois programas distintos visem estender a vida de 100 pessoas por 10 anos. Se esses 10 anos são passados com qualidade em termos de saúde ou com problemas sérios de uma saúde precária, considerando que o propósito do programa, como em qualquer política pública deva ser o implemento do bem-estar, isso muda significativamente o resultado dos programas propostos.

É visando responder à essas limitações das ferramentas VSL e VSLY que alguns estudiosos recomendam o uso da ferramenta QALY (WEINSTEIN, TORRANCE e MCGUIRE, 2009), que parte da tese de que um estado de saúde mais desejável deve ter valorização diferenciada no cálculo da ACB (GARBER e PHELPS, 1997, p. 25).

Para fins de auditoria programática ou social, geralmente estamos interessados em avaliar a saúde atual dos membros da população afetada a partir de sua própria perspectiva. Uma abordagem variante pode considerar não apenas a conveniência dos atuais estados de saúde, mas também a conveniência das perspectivas futuras de saúde dos membros da população, incluindo expectativa de vida e prognósticos de saúde antecipados. Uma justificativa para a última abordagem da auditoria social pode ser que, se a população tiver

⁴⁶ Texto original: “*The conclusion is that in the Easy Cases, the argument for using VSL, based on WTP, is fairly secure. But in the Hard Cases, the use of VSL may produce a cost-benefit analysis that fails to point in the right directions. At the same time, it is exceedingly difficult to measure welfare directly, and regulation is at best an imperfect redistributive tool. In the Hard Cases, regulators should depart from the outcome of cost-benefit analysis, based on VSL, only when there is compelling reason to believe that the regulation is nonetheless justified on the ground that it will either promote welfare or achieve important distributive goals*”.

uma alta prevalência de fatores de risco para mortalidade e morbidade futuras, sua saúde seria considerada menos desejável do que uma população com saúde atual semelhante, mas com melhor prognóstico (tradução nossa) (WEINSTEIN, TORRANCE e MCGUIRE, 2009, p. S6)⁴⁷.

Esse parâmetro vincula diretamente o bem-estar à qualidade da saúde dos cidadãos. Logo, a observação de programas públicos que melhorem o bem-estar passa a ter um conceito mais amplo do que apenas “salvar vidas” ou “estender os anos de vida”, mas que sejam priorizados programas cuja ampliação ofereça, além de mais anos vida, a qualidade da vida.

Questões de equidade e justiça não são incorporadas quantitativamente na abordagem QALY convencional, além da suposição básica de que cada QALY entre indivíduos recebe o mesmo peso. Isso não significa que essas questões não sejam importantes, mas significa que elas devem ser ponderadas pelo tomador de decisão como considerações adicionais ao lado dos ganhos agregados de QALY. Os ganhos agregados em saúde, medidos por QALYs convencionais, são uma das muitas entradas para os processos de tomada de decisão clínica individual, auditoria social ou programática ou alocação de recursos. As outras considerações, incluindo equidade e justiça, precisam ser consideradas separadamente na abordagem QALY convencional (tradução nossa) (WEINSTEIN, TORRANCE e MCGUIRE, 2009, p. S9)⁴⁸.

O uso da intervenção aumentará o bem-estar desde que o valor do aumento de QALYs que ela produz seja pelo menos tão grande quanto seu custo. Entretanto, numa população cuja demanda por QALYs varia, a aplicação de um índice uniforme pode significar que alguns indivíduos receberão cuidados de saúde cujo benefício marginal excede o custo marginal e outros não. O que sugere que a distribuição de cuidados não seria mais susceptível de satisfazer o critério de Kaldor-Hicks. Contudo, do ponto de vista do bem-estar social, as melhorias na equidade podem compensar a perda de eficiência (Pareto). (GARBER e PHELPS, 1997, p. 28).

Sugerimos que a ACB e outros procedimentos multidimensionais (avaliação baseada no QALY e avaliação multidimensional direta) geralmente serão mais precisos no rastreamento do bem-estar geral do que procedimentos não agregativos e procedimentos unidimensionais. Essa precisão comparativa é uma vantagem significativa, embora nem sempre decisiva, no que diz respeito à maximização do bem-estar (tradução nossa) (POSNER e ADLER, 1999b, p.

⁴⁷ Texto original: “*For purposes of programmatic or societal audit, we are usually interested in valuing the current health of the affected population members from their own perspective. A variant approach might be to take into account not only the desirability of the current health states but also the desirability of the future health prospects of the members of the population, including life expectancy and anticipated health prognoses. A rationale for the latter approach to societal audit might be that if the population has a high prevalence of risk factors for future mortality and morbidity, their health would be considered less desirable than a population with similar current health but a better prognosis*”.

⁴⁸ Texto original: “*Issues of equity and fairness are not incorporated quantitatively into the conventional QALY approach, beyond the basic assumption that each QALY across individuals gets equal weight. This does not mean that these issues are not important, but it does mean that they should be weighed by the decision-maker as additional considerations alongside aggregate QALY gains. Aggregate health gains, measured by conventional QALYs, are one of many inputs to the processes of individual clinical decision-making, societal or programmatic audit, or resource allocation. The other considerations, including equity and fairness, need to be considered separately in the conventional QALY approach*”.

229)⁴⁹.

Basicamente, esses autores oferecem os seguintes argumentos para suportar o uso da QALY, quando uma decisão de alocação de recursos deve ser tomada, num cenário de recursos limitados e no qual cada alternativa tem implicações de recursos (custos): a) os resultados das alternativas podem ser especificados em termos de estados de saúde, mudanças e durações; b) um dos principais objetivos do tomador de decisão é maximizar o bem-estar e a saúde da população, sujeita a restrições de recursos; c) a saúde é definida como tempo ponderado pelo valor (QALYs) ao longo do horizonte de tempo relevante; d) o valor é medido em termos de preferência (desejabilidade); e) cada indivíduo é neutro ao risco em relação à longevidade, com utilidade que é aditiva ao longo do tempo; f) a pontuação de valor (preferências) medidas entre indivíduos podem ser agregadas e usadas para o grupo; e g) QALYs podem ser agregados entre indivíduos; ou seja, um QALY é um QALY, independentemente de quem o ganha/perde. Em termos gerais, a medição do QALY não é feita individualmente, mas, pela análise da melhoria geral da população que está sendo analisada (WEINSTEIN, TORRANCE e MCGUIRE, 2009, p. S8).

A introdução das ferramentas VSLY e QALY, embora ainda não utilizadas como se poderia, visam melhorar a qualidade dos resultados apresentados pelas ACBs, com foco na qualidade de vida e avanço do bem-estar, para proporcionar melhores subsídios técnicos ao agente público responsável pela tomada de decisão.

2.7 O conhecimento necessário à ACB

O sucesso e efetividade da ACB estão diretamente ligados a uma avaliação constante dos efeitos das políticas públicas em relação ao bem-estar social. Uma das questões mais relevantes que envolvem qualquer forma de avaliação econômica ou social que vise oferecer subsídios decisórios a esses atores públicos encontra-se na amplitude do conhecimento absorvido e utilizado para tal análise e o papel que as suposições e proposições sobre o conhecimento possuído pelos diferentes membros da sociedade desempenham nessa análise.

Segundo Hockley (2014, p. 12), para uma decisão que promova bem-estar social, o tomador de decisão precisa estar a par de pelo menos quatro aspectos que envolvem essa escolha: a) a previsão das consequências: ainda que tais consequências possam ser medidas *ex*

⁴⁹ Texto original: “*We suggest that CBA and other multidimensional procedures (QUALY-based assessment and direct multidimensional assessment) will generally be more accurate in tracking overall well-being than nonaggregative procedures and unidimensional procedures. This comparative accuracy is a significant, if not always decisive advantage, with respect to welfare maximization*”.

post, objetivamente, os efeitos de uma decisão (regulação ou política pública) precisam ser previstos; b) a condição do mundo no futuro: clima, crescimento populacional, renda, geopolítica e economia, são exemplos de variáveis que precisam ser “pensadas” como parte do processo analítico; c) valores individuais: os efeitos de qualquer decisão governamental terão como alvo final o indivíduo, que possui interesses, valores, disposição a trocas (pagar ou ser compensado), que precisam ser identificados e parametrizados pelo analista; d) valores sociais: toda decisão implica certas crenças normativas sobre a importância do bem-estar individual e seu reflexo sobre a coletividade, com valores como democracia, igualdade de direitos, justiça e distribuição de renda, entre outros. Todas essas variáveis são relevantes ao resultado da análise dos custos e benefícios de uma política pública, que pode ser influenciado pelo conhecimento tácito, crenças e previsões, juízos de valor e conhecimento científico do tomador de decisão.

Sunstein, citando Hayek, adverte que “os planejadores do governo não podem saber o que os indivíduos sabem, simplesmente porque lhes falta esse conhecimento disperso. As múltiplas falhas dos planos e a onipresença de consequências não intencionais podem ser atribuídas, em grande parte, à ausência de informações relevantes (tradução nossa)” (2018, p. 79)⁵⁰.

O argumento de Hayek é que nenhuma pessoa tem todo o conhecimento necessário à efetuação do cálculo econômico dentro de sua cabeça a qualquer momento, incluindo a capacidade prática de efetuar as coisas:

Mas, muito do conhecimento que é realmente utilizado, na forma pronta, não existe. A maioria consiste em técnicas de pensamento que permitem ao engenheiro individual encontrar novas soluções rapidamente assim que ele é confrontado com novas constelações de circunstâncias. Para assumir a praticabilidade dessas soluções matemáticas, deveríamos supor que a concentração de conhecimento na autoridade central também incluiria a capacidade de descobrir qualquer melhoria de detalhes desse tipo (tradução nossa) (HAYEK, 1947, p. 155)⁵¹.

A capacidade de buscar soluções decorrentes das circunstâncias fica prejudicada quando a tomada de decisão se baseia num comando central concentrado. As muitas experiências enriquecem o arcabouço decisório pela evocação de novos conhecimentos que vão além da percepção pessoal de um ator apenas. Até mesmo os mais bem intencionados gestores públicos

⁵⁰ Texto original: “*government planners cannot possibly know what individuals know, simply because they lack that dispersed knowledge. The multiple failures of plans and the omnipresence of unintended consequences can be attributed, in large part, to the absence of relevant information*”.

⁵¹ Texto original: “*But much of the knowledge that is actually utilized is by no means ‘in existence’ in this ready-made form. Most of it consists in a technique of thought which enables the individual engineer to find new solutions rapidly as soon as he is confronted with new constellations of circumstances. To assume the practicability of these mathematical solutions, we should have to assume that the concentration of knowledge at the central authority would also include a capacity to discover any improvement of detail of this sort*”.

falharão caso se baseiem apenas nos seus próprios conhecimentos tácitos.

Os argumentos de Hayek oferecem uma séria advertência para planejadores de todos os tipos, incluindo reguladores contemporâneos que estão comprometidos, pelo menos como regra geral, com o livre mercado e a liberdade de contrato. Mesmo que desprezem o socialismo e estejam simplesmente corrigindo falhas de mercado (como, por exemplo, nos domínios da poluição, saúde ou segurança ocupacional), podem faltar informações indispensáveis (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 79-80)⁵².

Hayek (1947, p. 15) se concentra no importante papel da 'ignorância' no avanço da civilização e defende o entendimento de que sabemos mais do que podemos expressar, conhecimento tácito. Sustenta que o conhecimento individual manipulado conscientemente é apenas uma pequena parte do conhecimento que, em qualquer momento, contribui para o sucesso de uma ação, sendo que nossos hábitos e habilidades, atitudes emocionais, ferramentas e, até mesmo, nossas instituições são uma base indispensável para uma ação bem-sucedida, tanto quanto nossa consciência.

Para a maioria das questões que envolvem a ACB já se possui um conhecimento agregado tal que permita ao regulador fundamentar suas análises de custos e benefícios com um certo grau de precisão, sem precisar recorrer a pesquisas mais amplas e profundas junto àqueles que serão impactados pela própria ação estatal.

Com relação aos custos, os reguladores geralmente têm uma noção razoável do resultado potencial, em parte devido às informações do setor regulado. Para ter certeza, essa informação pode muito bem servir a si, mas os reguladores geralmente têm experiência suficiente para descontar reivindicações alarmistas ou excessivas. Com relação aos benefícios, quantificação e monetização apresentam questões distintas. Em muitos domínios, o conhecimento existente é suficiente para permitir a identificação de faixas suficientemente estreitas em relação a, digamos, mortalidades evitadas ou acidentes evitados. Ferramentas bem estabelecidas e continuamente aprimoradas também estão em vigor para converter vários valores em equivalentes monetários. No dia-a-dia da Análise Custo-benefício, os reguladores dificilmente estão dando uma facada no escuro. Geralmente eles têm, ou conseguem acumular, uma grande quantidade de informações relevantes (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 80)⁵³.

⁵² Texto original: “Hayek’s arguments offer a serious cautionary note for planners of all kinds, including contemporary regulators who are committed, at least as a general rule, to free markets and freedom of contract. Even if they despise socialism and are simply correcting market failures (as, for example, in the domains of pollution, health care, or occupational safety), they might well lack indispensable information”.

⁵³ Texto original: “With respect to costs, regulators often have a reasonable sense of potential outcome, in part because of information from the regulated sector. To be sure, that information might well be self-serving, but regulators often have sufficient experience to discount alarmist or excessive claims. With respect to benefits, quantification and monetization present separate issues. In many domains, existing knowledge is sufficient to permit the identification of sufficiently narrow ranges with respect to, say, mortalities averted or accidents prevented. Well-established and continuously improving tools are also in place to convert various values into monetary equivalents. In the day-to-day life of cost-benefit analysis, regulators are hardly making a stab in the dark. Usually they have, or are able to accumulate, a great deal of relevant information”.

Entretanto, os dados que fundamentam uma ACB podem ser distorcidos pela falta de conhecimento suficiente para tal. E esse erro não se relaciona com empenho ou interesses subjacentes daqueles que estão envolvidos na pesquisa e decisão. Noutras palavras, as distorções podem ocorrer mesmo num ambiente bem-intencionado, no qual não haja má-fé ou negligência. Mas, por simples falta do conhecimento necessário.

A característica distintiva da ACB é que ela torna as consequências das decisões comensuráveis entre os indivíduos de uma maneira mais ou menos explícita. Qualquer ACB, portanto, exigirá (ou assumirá) todos os quatro tipos de conhecimento identificados acima. No entanto, a ACB é focada em valores individuais e os outros três entram na ACB de várias formas, algumas mais explícitas do que outras. Por exemplo, as preferências individuais podem ser eliciadas para as próprias decisões, ou para certas consequências esperadas (pelo analista) a serem causadas por elas. [...] Onde houver evidências insuficientes, o julgamento de especialistas pode ser usado, mas raramente são solicitadas opiniões de várias fontes de maneira explícita e rigorosa (tradução nossa) (HOCKLEY, 2014, p. 21)⁵⁴.

Razão pela qual os conhecimentos dos intervenientes no processo decisório precisam ser nivelados por meio da mediação e descentralização, a fim de ampliar a compreensão quanto aos componentes que precificam os custos e benefícios, gerando a explicitação mínima necessária para a elaboração de respostas plausíveis, bem como trazer à tona os efeitos das diferentes propostas regulatórias ou de políticas públicas, recomendando uma ou uma série de ações viáveis à promoção do bem-estar líquido.

Sunstein (2018, p. 93-113) ainda apresenta algumas propostas para superar essa limitação do conhecimento (a falta dele):

- a) O estabelecimento de regra de notificação e comentários, que permitam participação democrática dos atores envolvidos na elaboração, custeio e benefício da política, com noções claras do objetivo de obter informações desconcentradas sobre as implicações dos regulamentos e projetos, que incluam seus custos e benefícios.
- b) A prática de análise retrospectiva das ações governamentais. Elas permitem avaliar resultados, estabelecer novos e melhores objetivos, corrigir a rota e estabelecer melhorias na regulação e ação pública. O estabelecimento de um prazo apropriado à avaliação retrospectiva, permite aos avaliadores/reguladores se utilizarem de novas ferramentas avaliativas que traduzam em dados mais precisos a realidade que

⁵⁴ Texto original: “CBA’s distinctive feature is that it renders the consequences of decisions commensurable across individuals in a more or less explicit manner. Any CBA will therefore require (or assume) all four knowledge types identified above. However, CBA is focused on individual values and the other three enter CBA in various ways, some more explicit than others. For example, individual preferences might be elicited for decisions themselves, or for certain consequences expected (by the analyst) to be caused by them. [...] Where insufficient evidence exists, expert judgment may be used, but only rarely are opinions sought from multiple sources in an explicit and rigorous manner”.

se visa analisar, além de permitir a adequação das regulações e políticas públicas às novas tecnologias que melhorem o programa.

- c) A realização de pesquisa científica, por meio de ensaios controlados randomizados, realizados por especialistas das suas respectivas áreas. O incentivo a esse tipo de pesquisa apresenta desafios técnicos e financeiros, que precisam ser superados.
- d) O método de “medir” e “reagir”. A informação e conhecimento se dão, hoje, praticamente “on-line”. Considerando que a mensuração de resultados e os efeitos das políticas, bem como as reações a ela, podem ser obtidas em tempo real.

A estratégia de medir e reagir não é um estudo controlado randomizado, mas tem as mesmas funções. É cada vez mais usado por atores do setor privado, que sabem o que não sabem e tentam se ajustar ao que as pessoas estão fazendo em tempo real. Os governos podem fazer o mesmo? Em muitos contextos, eles certamente podem. Com relação às filas de segurança em aeroportos, por exemplo, eles podem fazer ajustes rápidos, pois o número de viajantes varia ao longo do tempo. Com relação às fatalidades no trânsito, eles podem testar intervenções e monitorar diversas situações para testar o que funciona e o que não funciona. O céu é o limite aqui. Devemos ver muito mais uso de estratégias de medição e reação no futuro (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 98)⁵⁵.

Em especial, com relação a essa última proposta, Sunstein a considera a mais promissora de todas, ainda que não haja viabilidade para tal em todos os casos, elas já se mostram uma tendência de monitoramento.

⁵⁵ Texto original: “*The measure-and-react strategy is not a randomized controlled trial, but it serves the same functions. It is increasingly used by private-sector actors, who know what they do not know and try to adjust to what people are doing on the fly. Can governments do the same thing? In many contexts, they certainly can. With respect to security lines at airports, for example, they can make rapid adjustments as the number of travelers varies over time. With respect to traffic fatalities, they can test interventions and monitor diverse situations to test what works and what does not. The sky is the limit here. We should see far more use of measure-and-react strategies in the future*”.

3 A ABORDAGEM DE ALGUMAS CRÍTICAS E PONDERAÇÕES CONCERNENTES À ACB

Um dos principais argumentos em favor da ACB é a capacidade de conter as decisões tomadas por mera suposição de determinados valores por parte dos governantes e agentes públicos responsáveis pela criação de regulação nos mais diversos setores da sociedade.

Em grande medida, o estado custo-benefício tem sido um controle do “expressivismo”, no qual funcionários públicos, tanto à esquerda quanto à direita, agem para expressar valores abstratos, sem explorar se iniciativas específicas realmente teriam consequências boas ou ruins. Enquanto as consequências dos regulamentos são genuinamente boas (porque, por exemplo, evitam centenas ou milhares de mortes), a ascensão do estado custo-benefício lança uma nova luz sobre algumas críticas proeminentes e altivas da administração moderna -- por exemplo, que é um produto de burocratas não eleitos, um tributo ao poder de grupos privados bem organizados, um reflexo de interesses monetários, uma abdicação inaceitável da autoridade legislativa ou um produto dos esforços do governo para expandir seu próprio poder (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2021, p. 3)⁵⁶.

No entanto, várias são as críticas e ponderações que precisam ser feitas quanto ao seu emprego. Driesen (2006, p. 72), um crítico da ACB, a define a partir de uma perspectiva restritiva, limitando seus elementos a “estimativas dos custos do regulamento e do valor monetário que os economistas associam aos danos que o regulamento evitará, que a literatura comumente chama de benefícios”. Visão que se mostra injusta ante ao que a ACB pode oferecer.

A partir daqui são elencadas algumas dessas críticas e considerações importantes quanto a ACB, que serão abordadas tanto no âmbito geral quanto na sua relação com a realidade brasileira. Serão tratados: as questões moralidade e da incomensurabilidade; o deslocamento do debate público para a análise de técnicos burocratas não eleitos; a complexidade e subjetividade do método da ACB frente ao pretenso gigantismo estatal brasileiro; a cultura anedotista e intuitiva do brasileiro; o argumento de que a ACB, via de regra, é usada para enfraquecer os regulamentos; a existência do componente político da análise técnica; e a apresentação de algumas alternativas à ACB.

⁵⁶ Texto original: “*To a significant extent, the cost-benefit state has been a check on ‘expressivism’, in which public officials, on either the left or the right, act to express abstract values, without exploring whether particular initiatives would actually have good or bad consequences. To the extent that the consequences of regulations are genuinely good (because, for example, they prevent hundreds or thousands of deaths), the rise of the cost-benefit state casts a new light on some prominent and high-minded critiques of modern administration -- for example, that it is a product of unelected bureaucrats, a tribute to the power of well-organized private groups, a reflection of monied interests, an unacceptable abdication of legislative authority, or a product of government’s efforts to expand its own power*”.

3.1 As questões da moralidade e da incomensurabilidade

Imagine uma ação conjunta dos governos norte-americano e canadense, visando promover políticas de energia sustentável e renovável a partir da criação de uma hidroelétrica que simplesmente acabasse com as Cataratas do Niágara. Como medir os efeitos dessa ação em termos de bem-estar, frente à destruição de um dos pontos turísticos mais belos e mais visitados do mundo? Quais os impactos? Quais os parâmetros? Quem seria impactado, seja pelos ganhos ou perdas dessa decisão? Certamente, trata-se de uma análise de difícil mensuração, devido à grandeza e à complexidade dos fatores envolvidos.

A despeito disso, vale lembrar que, em 2022, completaram 40 anos, desde que uma decisão equivalente à descrita foi tomada pelos governos do Brasil e Paraguai. Em 1982, para a construção da maior hidroelétrica do mundo até então, o Salto das Sete Quedas foi completamente inundado e, aquela que era a maior queda d'água em volume (a partir de sua inundação, as Cataratas do Niágara assumiram esse posto) e uma das maiores belezas naturais existentes no planeta⁵⁷, desapareceu no fundo do lago de Itaipu. Não se pode menosprezar os benefícios trazidos pela Usina de Itaipu e todo desenvolvimento trazido a partir de sua construção e operação, tanto para o Brasil quanto para o Paraguai. Mas, igualmente, não se pode fechar os olhos aos impactos decorrentes de sua construção sobre o meio-ambiente, as populações ribeirinhas, a todo ecossistema e, ainda, sobre a memória afetiva do brasileiro, que tinha nas Sete Quedas, um dos seus maiores orgulhos em termos de beleza natural do país.

Sem entrar no mérito dos fundamentos que levaram à decisão binacional citada acima, a questão que se coloca aqui é a da mensuração e a incomensurabilidade, em alguns casos, dos diversos fatores, positivos e negativos, os custos e os benefícios de uma decisão tão impactantes.

De maneira mais geral, os críticos se opõem ao uso da estrutura de custo-benefício de uma métrica monetária para colocar os prós e os contras de uma ação em uma base comum. Eles reclamam, por exemplo, que quando uma usina polui o ar, nossos ganhos com a energia barata assim obtida simplesmente não podem ser comparados com a visão intocada do Grand Canyon que sacrificamos. Mesmo os mais fervorosos defensores da Análise Custo-benefício admitem que comparar categorias díspares é extremamente difícil, na prática. Mas muitos críticos insistem que tais comparações não podem ser efetuadas mesmo em princípio. Na opinião deles, o problema não é que não saibamos qual seria a redução dos custos de energia necessária para compensar uma determinada redução na qualidade do ar. Pelo contrário, é que as duas categorias são simplesmente incomensuráveis (tradução nossa)

⁵⁷ Disponível em: <https://www.360meridianos.com/especial/sete-quedas-itaipu>. Acesso em: 20/03/2023.

(FRANK, 2000, p. 914)⁵⁸.

O que se vislumbra aqui é que as dificuldades da ACB vão além da comparação entre grandezas e valores distintos. Mas, que alguns dos bens diretamente envolvidos nos projetos sobre os quais se deve decidir são de difícil mensuração ou até mesmo incomensuráveis. As perdas decorrentes do fim do fluxo turístico às Sete Quedas não são de difícil mensuração, mas, como medir, p.e., o bem-estar que uma visita àquela paisagem exuberante produzia na vida de uma pessoa?

Fica claro que mais do que objetivar um lucro social líquido, algumas das decisões envolvendo ACB lidam com aspectos morais. E o simples argumento de que os benefícios monetizados de um projeto sejam maiores do que os seus custos monetizados não é suficiente para considerar que haja uma razão moral, sob a ACB, que favoreça o projeto. Ainda, considerando que os seres humanos valorizam bens, eventos e relacionamentos de formas diversas e plurais, o que pode gerar sérios problemas de comensurabilidade.

Este problema não implica paralisia, indeterminação ou arbitrariedade. As decisões são tomadas o tempo todo entre bens incomensuráveis, nos níveis pessoal, social e legal, e essas decisões podem ser racionais ou irracionais. Pode até ser possível converter nossos tipos de avaliação para uso em uma métrica unitária, ou tornar bens, eventos e relacionamentos comensuráveis (tradução nossa) (SUNSTEIN, 1993, p. 860)⁵⁹.

A questão da moralidade é uma crítica comum que se faz à aplicação da ACB. À semelhança do consequencialismo e do utilitarismo hedonista e de preferência, as consequências de atos imorais podem ser traduzidas como benefícios. Em última instância, nestes casos, como no utilitarismo hedonista, p.e., até o prazer que um assassinato proporciona ao seu praticante pode ser colocado como um ato positivo sob o prisma hedônico. Assim como, a satisfação da escolha de um ato imoral pode ser tratada como algo positivo, à luz do utilitarismo de preferência. Hansson (2007, p. 173-5) aponta, por meio de um exemplo encarado por ele mesmo como extremo, a abordagem da dificuldade quanto à ACB e as consequências positivas de atos imorais. Supondo a realização de uma ACB para um programa contra

⁵⁸ Texto original: “*More generally, critics object to the cost-benefit framework’s use of a monetary metric to place the pros and cons of an action on a common footing. They complain, for example, that when a power plant pollutes the air, our gains from the cheap power thus obtained simply cannot be compared with the pristine view of the Grand Canyon we sacrifice. Even the most ardent proponents of cost-benefit analysis concede that comparing disparate categories is extremely difficult in practice. But many critics insist that such comparisons cannot be made even in principle. In their view, the problem is not that we do not know how big a reduction in energy costs would be required to compensate for a given reduction in air quality. Rather, it is that the two categories are simply incommensurable*”.

⁵⁹ Texto original: “*This problem does not entail paralysis, indeterminacy, or arbitrariness. Decisions are made all the time among incommensurable goods, at the personal, social, and legal levels, and these decisions may well be rational or irrational. It might even be possible to convert our kinds of valuation for use on a unitary metric, or to make goods, events, and relationships commensurable*”.

agressões sexuais, do ponto de vista moral, não há dificuldades em incluir os sofrimentos das vítimas ou a diminuição destes na análise (ainda que essa facilidade não seja semelhante quanto à mensurabilidade). Contudo, a inclusão dos prazeres perversos experimentados pelos perpetradores como um fator, seja positivo ou negativo, na análise já traria um grande desconforto aos observadores da análise e, provavelmente, aos próprios analistas. A expectativa é que uma ACB credível exclua efeitos positivos que dependem de comportamentos ou preferências imorais. Porém, mesmo que isso ocorra, a delimitação daquilo que é moral ou imoral, já torna a decisão quanto ao alcance dessa regra de exclusão algo complexo.

Sob esse prisma, a ACB pode ser tomada, não como um critério de retidão e moral, mas, como um procedimento decisório moralmente justificado. Isto é, ela deve ser considerada um critério moral de bem-estar geral, enquanto, no projeto analisado, os vencedores compensarem os perdedores, tornando a condição de, pelo menos, uma pessoa melhor e de ninguém pior. Noutras palavras, no entender de seus defensores, a ACB é bem-estarista (ADLER, 1998, p. 1376).

É por essa razão que a revolução custo-benefício é bem-estarista e não estritamente utilitária. Acima de tudo, concentra insistentemente a atenção nas consequências reais das iniciativas regulatórias. Quando o presidente Obama disse: “É o que o povo americano quer e é o que eles merecem”, ele não estava falando de pesquisas ou pesquisas de opinião. Ele não estava fazendo uma afirmação empírica. Ele estava dizendo que após um período de reflexão, o povo americano — como o povo do Reino Unido, Canadá, Alemanha, França, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Irlanda, Austrália, Brasil, África do Sul, Itália e inúmeras outras nações — gostariam que seu governo tomasse suas decisões com base no que os regulamentos e políticas realmente alcançariam. A Análise Custo-benefício é uma maneira de descobrir (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 24)⁶⁰.

Frank considera uma explicação mais especulativa para a oposição à Análise Custo-benefício, enraizada na distinção entre teorias morais consequencialistas e deontológicas:

Os deontologistas insistem que princípios morais imutáveis distinguem a conduta correta da conduta errada, independentemente dos custos e benefícios. Eles insistem, por exemplo, que roubar é errado não porque faz mais mal do que bem, mas simplesmente porque viola os direitos da vítima. O consequencialista resiste a tais prescrições absolutas, confiante de que sempre pode haver algumas condições nas quais os ganhos do roubo podem superar seus custos. No entanto, mesmo os consequencialistas mais comprometidos parecem reconhecer que declarações como “roubar é

⁶⁰ Texto original: “It is for this reason that the cost-benefit revolution is welfarist rather than narrowly utilitarian. Above all, it insistently focuses attention on the actual consequences of regulatory initiatives. When President Obama said, “It is what the American people want, and it is what they deserve,” he was not speaking of surveys or opinion polls. He was not making an empirical claim. He was saying that after a period of reflection, the American people—like the people of the United Kingdom, Canada, Germany, France, Denmark, Sweden, Finland, Ireland, Australia, Brazil, South Africa, Italy, and countless other nations—would want their government to make its decisions on the basis of what regulations and policies would actually achieve. Cost-benefit analysis is a way of finding out”.

permissível sempre que seus benefícios excedem seus custos” não são retoricamente eficazes para ensinar valores morais a seus filhos (tradução nossa) (FRANK, 2000, p. 929)⁶¹.

Um aspecto importante que precisa ser salientado é que bens de difícil mensuração não é o mesmo que incomensurabilidade. Segundo Sunstein (1993, p. 805), citando Joseph Raz, dois elementos só podem ser considerados incomensuráveis entre si se atenderem a duas proposições: a) nenhuma for melhor que a outra; ou b) se houver uma terceira opção que é melhor que uma delas, mas não é melhor que a outra. Noutras palavras, dois elementos são incomensuráveis se não é verdade que um é melhor do que o outro e nem é verdade que eles sejam de igual valor. Por mais ilógico que possa parecer, em princípio, que uma opção poderia não ser pior que, nem melhor que, nem igual a outra, um exemplo pode ser esclarecedor como a comparação entre o gosto que uma pessoa possa ter por um determinado filme e uma música. Provavelmente ela saberia dizer porque gosta desse filme e de determinada música, mas, dificilmente essa pessoa conseguiria distinguir se, e por que o filme seria melhor ou pior do que a música. Outro exemplo, seria uma pessoa tentar descrever qual amor é maior, o amor por seus pais, ainda vivos, ou por seus filhos. A questão é que esses amores não são nem maiores e nem menores, tampouco, iguais. Eles são apenas incomensuráveis.

Se houvesse uma métrica ao longo da qual todos os julgamentos pudessem ser alinhados, a transitividade sempre seria encontrada. Um problema de intransitividade pode surgir, quando o uso de uma métrica unitária viola nossos julgamentos ponderados. Assim, A pode ser incomensurável com B, porque os dois não podem ser avaliados pela mesma métrica; mas C pode ser melhor do que A, porque pode ser avaliado segundo a mesma métrica que A, sem — e este é o ponto-chave — ser melhor do que B com valor diferente (tradução nossa) (SUNSTEIN, 1993, p. 807)⁶².

Para Sunstein, o assunto levanta muitas complexidades. Por isso, prefere abordá-lo sob a ótica do Direito, a qual define que a “a incomensurabilidade ocorre quando os bens relevantes não podem ser alinhados em uma única métrica sem violar nossos julgamentos ponderados

⁶¹ Texto original: “*The deontologists insist that immutable moral principles distinguish right conduct from wrong conduct, irrespective of costs and benefits. They insist, for example, that stealing is wrong not because it does more harm than good, but simply because it violates the victim’s rights. The consequentialist resists such absolute prescriptions, confident that there could always be some conditions in which the gains from stealing might outweigh its costs. Yet even the most committed consequentialists seem to recognize that statements like “Stealing is permissible whenever its benefits exceed its costs” are not rhetorically effective for teaching their children moral values*”.

⁶² Texto original: “*If there were a metric along which all judgments could be aligned, transitivity would always be found. A problem of intransitivity can arise when the use of a unitary metric does violence to our considered judgments. Thus, A might be incommensurable with B, because the two cannot be assessed along the same metric; but C might be better than A, because it can be assessed along the same metric as A, without - and this is the key point - being better than the differently valued B*”.

sobre como esses bens são melhor caracterizados (tradução nossa)” (1993, p. 796)⁶³. Ainda explicita o significado de alguns elementos básicos dessa definição: a) os “nossos julgamentos ponderados” dizem respeito à compreensão e avaliação de como certos relacionamentos e eventos são vivenciados por meio de reflexão que envolva identificação da natureza e profundidade dos vários bens da vida; b) quanto à “métrica única” deve ser tomada literalmente, que permita estabelecer um padrão de avaliação com um grau confiável de especificidade, sem distinções qualitativas e que permita comparações de diferentes bens sob uma mesma métrica. O dinheiro permite, p.e., que um quilo de carne seja comparado a um saco de cimento, ainda que em termos de finalidade ou qualitativamente eles sejam tão distintos. Essa definição de métrica abarca padrões como o bem-estar; c) o “sem violar” ou “fazer violência” denota que um bem se torna incomensurável quando não é possível colocá-lo sob uma única métrica sem afrontar suas características e a maneira como este é experimentado ou como nos relacionamos com ele, transformando-o em algo distinto, seja em essência ou qualitativamente, daquilo que ele realmente é.

Podemos também acreditar que os bens são comparáveis, sem acreditar que são comensuráveis — isto é, podemos pensar que as escolhas podem ser feitas entre bens incomensuráveis, e que tais escolhas estão sujeitas a uma avaliação racional, sem acreditar que os bens relevantes possam ser alinhados a uma única métrica. A incomensurabilidade não implica necessariamente a incomparabilidade. Mas a incomensurabilidade ainda é uma parte importante da razão prática na vida e no Direito (tradução nossa) (SUNSTEIN, 1993, p. 798)⁶⁴.

Adler (1998, p. 1384) apresenta uma definição prática para a incomensurabilidade: a) as opções são incomensuráveis, por um procedimento de escalonamento específico, para um agente, em relação a um determinado critério normativo, se à luz desse critério o agente tiver razão (normativa) para não usar esse procedimento de escalonamento na escolha entre essas opções; b) as opções são incomensuráveis para um agente, em relação a um determinado critério normativo, se à luz desse critério o agente tiver motivos para não usar nenhum procedimento de escalonamento na escolha entre essas opções; e c) as opções são incomensuráveis para um agente, se à luz da totalidade das considerações normativas o agente tiver motivos para não usar qualquer procedimento de escalonamento na escolha entre essas opções.

⁶³ Texto original: “*Incommensurability occurs when the relevant goods cannot be aligned along a single metric without doing violence to our considered judgments about how these goods are best characterized*”.

⁶⁴ Texto original: “*We might also believe that goods are comparable without believing that they are commensurable - that is, we might think that choices can be made among incommensurable goods, and that such choices are subject to reasoned evaluation, without believing that the relevant goods can be aligned along a single metric. Incommensurability need not entail incomparability. But incommensurability is still an important part of practical reason in life and law*”.

Hansson salienta que o problema (ou até mesmo um dilema) de comparar entidades que concebemos como incomparáveis, não é uma questão que nasceu com a ACB. Essas comparações 'impossíveis' são componentes inevitáveis de muitas das decisões que temos que tomar em diferentes setores sociais. O ponto é que com a aplicação da ACB, para orientar uma decisão, esse dilema parece mais evidente.

Em uma ACB, problemas de decisão multidimensionais são reduzidos a unidimensionais. A maneira comum de fazer isso, tecnicamente, é atribuir valores monetários a todos os tipos de consequências, mesmo aquelas incomensuráveis com o dinheiro. Portanto, o problema da incomensurabilidade aparece como um problema de atribuir somas de dinheiro a unidades na análise que não têm preço monetário. No entanto, se retirarmos dinheiro da análise, ainda teríamos que lidar com comparações entre mortes, doenças e danos ambientais. O problema básico, subjacente, não se limita à avaliação em termos monetários. O problema essencial — ou talvez até o dilema — é que precisamos avaliar comparativamente entidades que concebemos como incomparáveis. Tais comparações “impossíveis” são componentes inevitáveis de muitas das decisões que temos que tomar em diferentes setores sociais. O problema não vem com a análise de custo-benefício, apenas é exibido de forma mais clara quando uma ACB é realizada para orientar a decisão. Dito isto, deve-se admitir que o dinheiro tem conotações não compartilhadas por unidades não monetárias que às vezes podem ser usadas para fins iguais ou semelhantes, como QALYs (anos de vida ajustados à qualidade). O uso do dinheiro, em vez de alguma outra unidade, pode, portanto, enviar uma mensagem que pode ser concebida como profanando o valor da vida. No entanto, a questão crucial é o próprio ato de comparação, não a moeda em que é expresso (tradução nossa) (HANSSON, 2007, p. 177)⁶⁵.

Os dois aspectos abordados, da moralidade e incomensurabilidade são questões que merecem atenção e respostas que permitam a avaliar a continuidade de viabilidade da aplicação da ACB.

Quanto à questão da moralidade, boa parte das críticas não se justificam pelo fato de tratarem a ACB como um padrão que deveria ser ajustado moralmente e não como um procedimento de decisão. A ACB é um método para alcançar resultados desejáveis e um dos

⁶⁵ Texto original: “*In a CBA, multi-dimensional decision problems are reduced to uni-dimensional ones. The common way to do this, technically, is to assign monetary values to all types of consequences, even those that are incommensurable with money. Therefore the problem of incommensurability appears as a problem of assigning sums of money to units in the analysis that do not have a monetary price. However, if we removed money from the analysis we would still have to deal with comparisons between deaths, diseases, and environmental damage. The basic, underlying, problem is not limited to valuation in monetary terms. The essential problem – or perhaps even dilemma – is that we need to comparatively evaluate entities that we conceive as incomparable. Such ‘impossible’ comparisons are unavoidable components of many of the decisions that we have to make in different social sectors. The problem does not come with cost–benefit analysis, it is only more clearly exhibited when a CBA is performed in order to guide the decision. This being said, it should be conceded that money has connotations not shared by non-monetary units that can sometimes be used for the same or similar purposes, such as QALYs (quality adjusted life years). The use of money instead of some other unit may therefore send a message that can be conceived as desecrating the value of life. Nevertheless, the crucial issue is the very act of comparison, not the currency in which it is expressed*”.

mais precisos e menos dispendiosos, ainda que por vezes possa produzir resultados indesejáveis do ponto de vista moral.

É um erro saltar da premissa de que a ACB carece de *status* moral fundamental para a conclusão de que as agências não devem empregar a ACB como um procedimento de decisão. A ACB pode ser suficientemente precisa no rastreamento do efeito de bem-estar de projetos que, apesar do desvio conceitual entre ACB e bem-estar geral, é o melhor procedimento para as agências usarem, dado seu relativo baixo custo e transparência (tradução nossa) (POSNER e ADLER, 1999b, p. 195)⁶⁶.

Quanto à questão da incomensurabilidade, como afirma Hansson, boa parte das críticas à ACB está diretamente ligada à aplicação do parâmetro monetário à métrica usada. Também, questões que envolvem justiça distributiva e intergeracional ajudam a aumentar a temperatura desse debate, talvez, exatamente, porque a métrica monetária torna mais evidente as distorções quanto à distribuição de renda na sociedade.

Entretanto, mesmo que fossem usadas outras unidades métricas, que não possuam essas implicações, que o dinheiro apresenta, a questão continua sendo a condição de comparabilidade entre dois elementos distintos, além da sua mensurabilidade ou não. Aperfeiçoamentos são buscados para mitigar essas críticas, tais como a adoção de outros fatores de observação em lugar do VSL, tais como o VSLY e o QALY, ou ainda avaliações contingentes (questionamentos diretos de disposição a pagar ou receber recompensas por determinada ação estatal). Embora esse tipo de questionamento possa apresentar distorções relativas à renda dos entrevistados, tais distorções são metodologicamente de fácil solução, à medida que se tome o resultado atribuído proporcionalmente à renda. Deve ser considerado ainda que, nenhum outro método mais confiável parece estar disponível que permita atribuir valores do que a resposta a esses questionários (HANSSON, 2007, p. 178). Outro caminho é compreender a ACB como um método que permita identificar e comparar programas de transferência de renda, sem a preocupação única e exclusiva com os ganhos líquidos de bem-estar geral. Tal postura minimiza os efeitos dos resultados obtidos pelos testes de ACB na decisão política a ser tomada (SUNSTEIN, 2018, p. 64). Mas, ainda assim, há um longo caminho a percorrer.

Posner e Sunstein defendem o uso da ACB e manifestam confiança quanto ao uso desse método métrico em nome da promoção do bem-estar.

A ideia central é que, se as pessoas enfrentam riscos de um ou outro tipo, ou se podem obter ganhos, a abordagem correta é perguntar: quanto o bem relevante realmente vale para elas? Essa abordagem tem um ajuste natural

⁶⁶ Texto original: “Yet it is a mistake to leap from the premise that CBA lacks bedrock moral status to the conclusion that agencies should not employ CBA as a decision procedure. CBA might be sufficiently accurate in tracking the welfare effect of projects that, notwithstanding the conceptual slippage between CBA and overall well-being, it is the best procedure for agencies to use, given its relative cheapness and transparency”.

com o assistencialismo e, em particular, com aquela vertente da tradição política liberal, associada a John Stuart Mill, que se baseia nos julgamentos das próprias pessoas sobre o que serve aos seus interesses. Por exemplo, a redução de risco pode ser vista como um bem como outros bens, como educação, assistência médica, roupas e alimentos. Para esses bens, muitas vezes contamos com os mercados, que permitem que as pessoas comprem os bens que desejam. Se o que importa é o bem-estar das pessoas, e se elas têm uma boa noção do que promoverá seu bem-estar, faz sentido confiar em sua disposição de pagar, pelo menos como presunção (tradução nossa) (POSNER e SUNSTEIN, 2017, p. 1824)⁶⁷.

A resposta a ser dada a ambas as questões é que a ACB não é a decisão em si. Mas, um elemento a mais a ser colocado na balança que determina a decisão a ser tomada. Aspectos morais ou a incomensurabilidade de determinados bens e valores, p.e., que possam não ser contemplados pela ACB, podem ser considerados como outros elementos determinantes a serem colocados ao lado dela para efeito decisório.

3.2 O deslocamento do debate público para a análise de técnicos burocratas não eleitos

Uma segunda crítica comum quanto à utilização da ferramenta ACB, diz respeito mais às suas implicações do que ao procedimento em si. Trata-se da observação de um suposto deslocamento do debate público para a análise tecnoburocrata de atores não legitimados pelo voto popular. Segundo esse entendimento, a ACB se torna mais uma barreira a ser superada na implantação de uma política, a qual já teve que passar pelo difícil escrutínio do debate e convencimento político e burocrático, enfrentando um novo campo de batalha.

[Uma] condição importante a esse respeito se relaciona a pré-existência de uma estrutura de princípios sociais sob os quais a formulação de políticas em locais autônomos pode ser exercida. Essa estrutura pode ser definida na Constituição do país ou em outros instrumentos legais. A estrutura estabelecerá os princípios mais amplos, como equidade e justiça social. Sem essa estrutura, o uso de ferramentas em um local autônomo levará à despolíticação do processo político, o que pode ser prejudicial para os setores pobres e marginalizados da sociedade (tradução nossa) (WARGHADE, 2015, p. 222)⁶⁸.

⁶⁷ Texto original: “*The central idea is that, if people face risks of one or another kind, or if they might obtain gains, the correct approach is to ask: how much is the relevant good actually worth to them? That approach has a natural fit with welfarism and in particular with that strand of the liberal political tradition, associated with John Stuart Mill, that relies on people’s own judgments about what serves their interests. For example, risk reduction can be seen as a good like other goods, such as education, medical care, clothing, and food. For such goods, we often rely on markets, which allow people to buy those goods that they want. If what matters is people’s welfare, and if they have a good sense of what will promote their welfare, it makes sense to rely on their willingness to pay, at least as a presumption*”.

⁶⁸ Texto original: “*a important condition in this regard relates to the pre-existence of a framework of social principles under which policy formulation within autonomous venues can be exercised. Such a framework may be spelled out in the country’s Constitution or other legal instruments. The framework will lay down the broader principles such as equity and social justice. Without such a framework, tool use under an autonomous venue will*

A advertência quanto a essa estrutura de princípios sociais que fundamenta o uso de ferramentas autônomas, a qual se refere Warghade, deve ser objeto de atenção por parte daqueles que defendem a aplicação das ferramentas de análise dos custos e benefícios aos projetos públicos. E uma das formas de demonstrar cuidado com a aplicação das ferramentas de AIR está na defesa de leis que regulem e dinamizem esses procedimentos.

Há uma forte hostilidade dentro de alguns setores governamentais para alguns aspectos da ACB, independentemente da orientação oficial. A maioria dos argumentos tradicionais contra a monetização são de caráter emotivo e irracional, p.e., a partir da crença anedótica de que os ativos ambientais ou de saúde são de alguma forma “diferentes” e não devem estar sujeitos a negociação, mesmo que haja alguma coerência no ponto de vista a ser negociado (PEARCE, 1998, p. 94). Essa resistência acaba, em certo sentido, servindo de obstáculo a evolução de pressupostos jurídicos que sustentem uma boa aplicação desses procedimentos, em especial, a ACB.

O enfraquecimento da legislação que promova e direcione a aplicação da ACB leva à crítica comum e percepção equivocada de que tais procedimentos possuem caráter antidemocrático, sob a alegação de que retiram do debate público o direcionamento quanto às decisões políticas e transfere poder decisório a atores não legitimados para tal. Faz-se necessário analisar o arcabouço legal que fundamenta a aplicação da ACB e as implicações decorrentes das falhas nessa estrutura jurídica para responder às críticas relativas a essa questão.

Essa análise se dará, no presente trabalho, em duas etapas: a) primeiro, neste capítulo, serão abordados dois aspectos relativos à celeuma: o pano de fundo teórico e histórico que serviram de base para o desenvolvimento do que Sunstein chama de “revolução custo-benefício” (2018), por meio de uma breve análise do desenvolvimento histórico da corrente acadêmica conhecida como *Law and Economics*, a Análise Econômica do Direito (AED), e das legislações que permitiram a adoção da ferramenta ACB nos Estados Unidos e que serviram de base às várias vertentes ao redor do mundo; e b) segundo, e mais detalhadamente, a partir do capítulo quarto, o arcabouço jurídico que fundamenta (ou não) a aplicação da ACB no Estado brasileiro.

O fundamento teórico e epistemológico que permite a busca pelo equilíbrio custo-benefício no seio do Estado até ao chamado Estado Custo-benefício (SUNSTEIN, 1996) passa pelo surgimento, na década de 1960, do movimento *Law and Economics*, da *Chicago School* (Posner, Friedman, Calabresi, Becker e Coase, entre outros).

lead to de-politicization of the policy process which might be harmful for the poor and marginalized sections of the society”.

O conflito que desemboca nas críticas quanto ao suposto caráter antidemocrático da ACB se estabelece na disputa entre paradigmas que possam fundamentar o Estado Democrático de Direito: a defesa de direitos fundamentais por meio de um Estado constitucionalista e garantista ou a eficiência do Estado em termos de bem-estar social por meio do equilíbrio custo-benefício⁶⁹. Noutras palavras, o combustível para a contenda encontra-se no entendimento de que a aceitação da visão epistemológica da *Chicago School* deslocaria o debate democrático do campo do Direito para a seara da Economia. Importante destacar que as premissas constitucionalistas e do movimento *law and economics* não são necessariamente excludentes. Embora, em princípio, possa haver um certo conflito.

O movimento *law and economics*, a grosso modo, estabelece o conceito da eficiência, atinente à economia, como fundamento para a implementação de um novo paradigma teórico do Direito, tendo como método a releitura do direito a partir de uma perspectiva econômica, sob o argumento de que

a Economia geralmente fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas respondem às leis. Essa teoria supera a intuição assim como a ciência supera o senso comum. A resposta das pessoas é sempre relevante para fazer, revisar, revogar e interpretar leis. Um famoso ensaio em Direito e Economia descreve o Direito como uma catedral — um edifício grande, antigo, complexo, belo, misterioso e sagrado. A ciência comportamental lembra a argamassa entre as pedras da catedral, que sustentam a estrutura em todos os lugares (tradução nossa) (COOTER e ULEN, 2011, p. 3)⁷⁰.

Mackaay descreve a AED como

[...] a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e impacto do Direito e das instituições jurídicas. Ela considera explicitamente as instituições jurídicas não como dadas fora do sistema econômico, mas como variáveis dentro dele, e analisa os efeitos da mudança de uma ou mais delas sobre outros elementos do sistema. Na Análise Econômica do Direito, as instituições jurídicas são tratadas não como fixas fora do sistema econômico, mas como pertencentes às escolhas a serem explicadas (tradução nossa) (MACKAAY, 2000, p. 65)⁷¹.

E essa releitura não é defendida apenas em relação àquelas áreas do Direito que se

⁶⁹ Para uma discussão mais ampla sobre o tema da *Law and Economics*, cf. Mackaay (2000) e Cooter e Ulen (2011).

⁷⁰ Texto original: “*Economics generally provides a behavioral theory to predict how people respond to laws. This theory surpasses intuition just as science surpasses common sense. The response of people is always relevant to making, revising, repealing, and interpreting laws. A famous essay in law and economics describes the law as a cathedral—a large, ancient, complex, beautiful, mysterious, and sacred building. Behavioral science resembles the mortar between the cathedral’s stones, which support the structure everywhere*”.

⁷¹ Texto original: “*the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions. It explicitly considers legal institutions not as given outside the economic system but as variables within it, and looks at the effects of changing one or more of them upon other elements of the system. In the economic analysis of law, legal institutions are treated not as fixed outside the economic system, but as belonging to the choices to be explained*”.

relacionam diretamente com a Economia, como direito de propriedade, concorrência, etc.

É comum destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positiva, e à segunda de Direito e Economia Normativa. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positiva se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativa se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar (SALAMA, 2008, p. 9).

Os fundamentos da AED foram se transformando ao longo do tempo, passando da releitura do Direito a partir da Economia para um diálogo pragmático e produtivo com o Estado Constitucional e garantista, objetivando analisar as implicações das tomadas de decisão da esfera pública (MACKAAY, 2000, p. 92). E é sob a influência dessa conversa entre o Direito e a Economia que a proposta da ACB ganhou espaço no setor público dos anos 1970 e 80 (esse ponto de vista será útil e revisitado no capítulo 6.1, para sustentar a defesa da presente tese).

Sunstein e Hahn (2002, p. 12-3) fazem uma breve explanação desse desenvolvimento, apontando o ano de 1980 como um marco no qual todos os três poderes do governo norte-americano passaram a demonstrar interesse na busca de um equilíbrio entre custos e benefícios dos projetos públicos. Porém, esse interesse já se fazia presente nas ações do Poder Executivo havia algumas décadas, de forma suprapartidária, independentemente do viés político dominante ao longo desse período.

Para os autores, foi com o presidente Nixon, em 1970, ao promover mecanismos de revisão da “qualidade de vida” nas ações administrativas, que intensificou o debate sobre o tema do equilíbrio custo-benefício. Sendo, porém, apenas em 1980, no governo Reagan, através da Ordem Executiva (OE) 12.291, que o governo estabeleceu os fundamentos que, até hoje (ainda que já tenha sofrido diversas mudanças), serve de princípio para a adoção da ACB como instrumento de subsídio àqueles que possuem o poder/responsabilidade de tomar decisões no âmbito estatal.

Nessa OE destacaram-se os seguintes aspectos: a) nos limites da legislação vigente, um conjunto de princípios gerais a serem seguidos por todas as agências, no qual se incluiu um compromisso com a ACB; b) que todas as principais regras fossem acompanhadas por uma AIR, incluindo a ACB; e c) a partir de sua edição, tornar o OMB uma espécie de fiscal ou supervisor das agências executivas, exercendo controle sobre as determinações das mesmas. Essas medidas não alcançaram as agências reguladoras independentes. Embora tenham sido instadas pelo governo a seguir esses princípios, sem sucesso, o governo se limitou a esse convite, temendo complicações jurídicas em caso de imposição da OE 12.291.

A partir da OE 12.498, o governo passou a exigir que as agências submetessem anualmente seus “planos regulatórios” ao OMB, para revisão. Essa medida, além de controvertida, trouxe concentração de poder e aumentou a autoridade dos chefes das agências sobre suas equipes e do OMB sobre as agências, tornando praticamente inviável qualquer decisão no âmbito das agências sem uma prévia autorização do OMB.

Já no governo Bush, além de manter a influência exercida pelo OMB, o controle sobre os projetos regulatórios se intensificou com a criação do Conselho de Competitividade, ligado diretamente ao gabinete da vice-presidência do país.

Tal concentração de poder decisório evidencia a crítica destinada aos projetos submetidos às AIRs e às ACBs. Fica nítido que há um deslocamento do debate público da arena política para a arena dos escritórios técnicos das agências e seus burocratas.

Sunstein e Hahn (2002, p. 6) salientam que as controvérsias relativas à concentração do poder decisório ocorrida nos períodos de administração republicana trouxeram a expectativa de que a chegada de Clinton ao poder poderia mudar os rumos da condução do uso da ACB como instrumento avaliativo das regulações. No entanto, as principais características legais trazidas pelas OE 12.291 e 12.498 foram mantidas pela OE 12866, que acrescentou a exigência de que as agências regulatórias independentes passassem a incluir suas propostas no plano regulatório anual e fossem “fiscalizadas” pelo Conselho da Vice-presidência. Em contrapartida, tentou diminuir as preocupações públicas quanto ao poder dos grupos de interesse sobre a regulamentação, fornecendo um processo para resolução de conflitos e procedimentos para maior abertura, além de incluir referências à “equidade”, a “impactos distributivos” e a fatores qualitativos e quantitativos, evidentemente para garantir que as agências pudessem fazer ajustes no processo de decisão e abandonar a avaliação de custo-benefício, nas situações nas quais essas alterações parecerem sensatas.

Sunstein e Hahn (2002, p. 4-6) discutiram a necessidade de aperfeiçoamento do arcabouço jurídico que sustenta a regulação federal nos Estados Unidos apresentando algumas propostas que visavam, exatamente, diminuir essa distância entre as vertentes constitucionalistas e eficientistas, com a apresentação de oito inovações básicas à prática já existente: a) a promoção da conformidade, obrigando o alinhamento das agências às leis que delimitam a adoção da ACB; b) a promoção de regulamentos de “incentivo”, uma das críticas à ACB dizem respeito ao entendimento de que ela só se aplica à diminuição do impacto das regulações (tema que será abordado no tópico 3.5), a proposta visa mitigar essa percepção; c) considerar a possibilidade de aplicação da estratégia de riscos substitutos e não regular problemas triviais; d) a necessidade de fundamentar a escolha e adoção de projetos cujos

benefícios não superem os custos; e) que todas as análises subjacentes feitas em relação ao projeto avaliado sejam disponibilizadas ao público e não apenas a ACB; f) a criação de um plano regulatório anual para cada agência governamental (na realidade norte-americana tal plano facilitaria o acompanhamento pelo OMB da condução de cada agência); f) a incorporação das agências independentes (algo já pretendido desde a OE assinada por Clinton, porém, não efetivada até aquele momento); e g) a necessidade de revisão judicial quanto à legalidade das medidas regulatórias.

Obama, por meio da OE 13.563, “cimentou” a revolução custo-benefício (SUNSTEIN, 2018, p. 20), salientando a proteção à saúde pública, bem-estar, segurança e meio ambiente, em concomitância com a promoção do crescimento econômico, inovação, competitividade e criação de empregos e acatando várias das propostas apontadas por Sunstein e Hahn, em especial, a inclusão das agências independentes ao controle do OMB.

A evolução histórica das ordens executivas aponta para uma aproximação entre a eficiência e a garantia dos direitos fundamentais, coerente e concomitante com um maior equilíbrio havido no debate do movimento da Escola de Chicago com o Direito constitucionalista. O que não significa o fim do debate ou da disputa por espaços no jogo político de ambas as vertentes.

A despeito dessa aproximação, para Warghade (2015, p. 207), o desenho da ACB e sua execução ainda é um processo de portas fechadas. A arena do debate para a formulação de políticas públicas é controlada por burocratas do governo e líderes políticos, impedindo ou dificultando a participação das partes interessadas. O que tem sido objeto de grande preocupação para muitos movimentos sociais.

Entretanto, o importante é considerar que a ACB e as demais avaliações de impacto regulatório não possuem poder vinculante.

A AIR não fornece respostas “corretas” ou “melhores”. Ela indica quais opções são mais eficientes e quais produzem mais desigualdade. O determinante, nestes casos, é que o critério valorativo para a eleição da alternativa mais adequada ao fim perquirido pela Administração Pública seja definido caso a caso, guardando adequação à situação fática e às necessidades dos administrados (PORTO, GAROUPA e GUERRA, 2019, p. 186).

Ilustrativamente, elas funcionam como um resultado de exame para o médico. Eles ajudam a estabelecer o diagnóstico e até oferecer sugestões do caminho indicado, mas, quem decide o tratamento é o médico.

3.3 A complexidade e subjetividade do método da ACB frente ao gigantismo estatal brasileiro

Uma crítica relevante, não atribuída propriamente à ACB apenas, mas direcionada à adoção da AIR e seus métodos de análise ao processo decisório da Administração Pública, encontra-se na percepção de que, ainda que seja um instrumento que gere benefícios para a melhoria da qualidade regulatória, trata-se de um procedimento complexo e extenso, que necessita de uma legislação robusta que a garanta e o suporte político em diversos níveis para

[...] que promova o uso da AIR, a integração da AIR ao processo de desenvolvimento de políticas desde a sua concepção, a seleção de metodologias flexíveis e administrativamente viáveis, o desenvolvimento de estratégias de coleta de dados precisos e confiáveis, a integração de mecanismos de consulta pública eficientes e o estabelecimento de um programa intenso e continuado de capacitação dos reguladores (SOUSA, 2012, p. 103).

O Guia de orientação para elaboração de AIR (BRASIL, 2018, p. 35-65), produzido pela Casa Civil da Presidência da República em parceria com o Ministério da Fazenda e Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e as Agências Reguladoras Federais, através do chamado Comitê Interministerial de Governança (CIG), para promover a formulação de regulação com base em evidências e fortalecer a disseminação de práticas voltadas à melhoria da qualidade regulatória, apresenta o processo de AIR, com 10 etapas bem definidas de ação: a) definição do problema regulatório; b) identificação dos atores afetados pelo problema; c) identificação da base legal para atuação do órgão; d) definição dos objetivos desejados; e) mapeamento das alternativas de ação; f) análise dos impactos das alternativas; g) identificação da melhor alternativa; h) estratégia de implementação; i) estratégia de fiscalização; e j) estratégia de monitoramento.

Além disso, apresenta o que chama de Ciclo Regulatório, que estabelece não apenas os caminhos para a elaboração da regulação como também o acompanhamento da implantação e efetivação da mesma. São as etapas do Ciclo: a) elaboração da AIR; b) elaboração da minuta de norma; c) consulta e/ou audiência pública; d) escolha da autoridade decisória; e) implementação; f) fiscalização; g) monitoramento; h) avaliação; i) revisão. Considerando que se trata de um ciclo, feita a avaliação dos resultados e os ajustes necessários por meio da revisão, caso não sejam alcançados os objetivos estabelecidos, reinicia-se todo o processo, começando pela elaboração de uma nova AIR.

Porto, Garoupa e Guerra afirmam que os autores do Guia “se dispuseram a desenhar conceitos, etapas e padrões mínimos a serem observados na elaboração de uma Avaliação de Impacto Regulatório, pelo que apresentam os destaques de atenção e de recomendação com base

nas melhores práticas regulatórias observadas no cenário internacional” (2019, p. 178), destacando este Guia como uma das iniciativas mais significativas nos últimos tempos, no Brasil, em termos de AIR. Pois, apesar dos países da União Europeia e América Latina, em especial, o Brasil, darem os primeiros passos na direção das práticas de AIR, no início do século, incentivados pela OCDE, passada a primeira década, a maioria das iniciativas foi perdendo força, como em Portugal, onde essa prática quase já não é mais exercida, seja pelo governo, agências ou setores acadêmicos.

Boa parte da dificuldade na implementação das práticas de AIR no Brasil e em diversos países, pode ser atribuída à complexidade do procedimento em seu todo. A descrição acima, que é bem resumida comparada à integralidade do processo, já permite observar essa complexidade que envolve as avaliações de impacto e de custo-benefício.

E não somente a complexidade na condução do processo no âmbito da Administração Pública, mas, a própria execução da ACB ou qualquer outro método de avaliação econômica das políticas públicas possuem um grau de dificuldade considerável. Sunstein (2021, p. 14) afirma que a ACB possui vantagens em relação às demais formas de medidas de felicidade ou bem-estar subjetivo. Contudo, é necessário que as medidas reflitam suficientemente o conjunto diversificado de bens que realmente importam para as pessoas. Porém, alerta que, mesmo que as pesquisas de ACB forneçam uma grande quantidade de informações acerca daquilo que realmente importa para as pessoas, é muito difícil “mapear” as consequências e o quanto as ações governamentais afetam a vida das pessoas e, em especial, sua percepção de bem-estar.

Não sabemos o suficiente sobre como responder a perguntas difíceis sobre os efeitos da saúde, segurança e outros regulamentos sobre o bem-estar. [...] Vimos que, em termos de bem-estar, a Análise Custo-benefício, pelo menos em sua forma atual, pode não lidar adequadamente com: 1) números excepcionalmente grandes ou excepcionalmente pequenos de anos de vida salvos; 2) efeitos adversos do desemprego; 3) questões sobre os efeitos de bem-estar de pequenas perdas econômicas enfrentadas por grandes populações; 4) emoções intensas associadas a determinados desfechos, como angústia (ou medo) dos pais; e 5) benefícios hedônicos associados a maior facilidade e conveniência. Vimos também que a Análise Custo-benefício não captura os impactos distributivos e que eles podem ser muito importantes. Como sugeri, formas aprimoradas de Análise Custo-benefício podem reduzir esses problemas (e a Análise Custo-benefício pode, é claro, ser complementada com outras pesquisas; podemos querer nos envolver nessa forma de análise e lidar com os impactos distributivos separadamente) (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2021, p. 15)⁷².

⁷² Texto original: “*We do not know nearly enough about how to answer hard questions about the welfare effects of health, safety, and other regulations [...] We have seen that in terms of welfare, cost-benefit analysis, at least in its current form, may not adequately handle: 1) unusually large or unusually small numbers of life-years saved; 2) adverse unemployment effects; 3) questions about the welfare effects of small economic losses faced by large populations; 4) intense emotions associated with certain outcomes, such as parental anguish (or fear); and 5)*”

E o próprio resultado obtido nas AIRs, em regra, são densos e complexos, podendo ser um desafio para os responsáveis políticos e as partes interessadas compreenderem e interpretar (metodologias-chave, suposições, limitações e incertezas podem ser obscurecidas por uma escrita técnica densa), dificultando a distinção entre fatos e conjecturas e a compreensão das prováveis consequências de escolhas políticas disponíveis. Sendo que em boa parte das agências, as AIRs às vezes parecem ser usadas apenas para justificar decisões já tomadas, em vez de fornecer subsídios à essas decisões e servirem como documentos legais, com centenas ou até milhares de páginas, preparados pelas agências em antecipação a litígios decorrentes da implementação das políticas públicas e regulações (DUDLEY, BELZER, *et al.*, 2017, p. 2-4).

Todas essas questões levantadas são parte daquilo que Sunstein (2021) chamou de custos da Análise Custo-benefício e podem servir de fator desmotivador para a adoção e aperfeiçoamento desse mecanismo de fundamentação para as decisões estatais. O aparato jurídico e instrumental necessário à execução das análises podem tornar a AIR e a ACB um fardo que a máquina estatal brasileira, já sobrecarregada pela burocracia, não esteja disposta ou seja capaz de suportar.

Além disso, a disputa política natural pela demanda dos serviços e recompensas entre os diversos grupos de interesse na sociedade é dificultada pela complexidade da burocracia envolvida na produção das análises. Isso torna o ambiente mais propício a ações corruptas, na busca por celeridade ou favorecimento quanto à tomada de decisões. Não perdendo de vista que, a própria execução da ACB, em determinados cenários políticos, pode se tornar objeto de disputas não republicanas.

3.4 A cultura anedotista e intuitiva do brasileiro

O que nos leva à próxima questão, que não se trata de uma crítica, mas uma ponderação acerca da aplicação da ACB, no caso específico do Brasil. A dificuldade de assimilação dos procedimentos de análise em virtude de crenças anedóticas. Não raro, não apenas no Brasil, as conclusões nos mais diversos contextos, baseiam-se numa espécie de anedotismo comparativo, que generaliza significados e sentidos numa única explanação, de casos idiossincráticos de

hedonic benefits associated with increased ease and convenience. We have also seen that cost-benefit analysis does not capture distributional impacts, and that they might greatly matter. As I have suggested, improved forms of cost-benefit analysis might be able to reduce these problems (and cost-benefit analysis can of course be complemented with other inquiries; we might want to engage in that form of analysis and deal with distributional impacts separately)”.

contextos diferentes. Conceitos e casos incompatíveis e que não exprimem as mesmas coisas ou que ocorrem em contextos sociopolíticos marcadamente diferentes são tratados como semelhantes e levam à adoção de medidas ineficazes e incongruentes (HOUTZAGER, LAVALLE e ACHARYA, 2004, p. 5).

Como exemplo dessas crenças anedóticas tomemos duas afirmações que são comuns quanto a eficiência dos tribunais brasileiros: a) do ponto de vista dos usuários, que a justiça brasileira é ineficiente; b) do ponto de vista dos integrantes do Judiciário, que uma das principais causas da ineficiência seja a falta de recursos, financeiros e de pessoal.

Yeung e Azevedo (2012, p. 644) desmistificam ambas as afirmações, não baseadas em observação científica. Apontam que nenhuma delas é totalmente verdadeira. Nem todos os tribunais são ineficientes e a simples alocação de mais recursos do Estado não resolveria o problema da ineficiência. Pois, a comparação entre os tribunais e uma projeção exequível sobre sua própria fronteira de eficiência, aquilo que eles poderiam oferecer em termos de eficiência, demonstra que existem tribunais que são consideravelmente eficientes, enquanto outros não, mesmo com os recursos atuais, não gozam dessa mesma disposição. Além disso, os resultados indicam que melhorias na eficiência seriam possíveis de alcançar sem a necessidade de um maior emprego de recursos materiais ou humanos.

Essa tendência ao anedotismo não é uma característica exclusiva do brasileiro, mas que, certamente, nele sobressai. Pois, há que se considerar que, no Brasil, ocorre uma prevalência da forma sobre o conteúdo. Isso é grandemente motivado pela precedência das instituições políticas e do Estado à formação social, pelo modo como se deu o processo de colonização brasileiro (VIEIRA, COSTA e BARBOSA, 1981, p. 7). Como consequência, a adoção de ferramentas que estimulem a construção de uma cidadania democrática se torna um grande desafio, que passa pelo enfrentamento das questões que são históricas e culturais, entre elas, o uso das evidências anedóticas ou os “achismos” como parâmetro para decisões relevantes (YEUNG e AZEVEDO, 2012).

Entre as dez dicas “para ser um legislador informado”, Dudley *et al.* (2017) sugerem que todas as justificativas anedóticas ou irreais que sustentam uma decisão regulatória da Administração Pública precisam ser questionadas.

Ao avaliar a necessidade expressa de ação regulatória da AIR, observações anedóticas que podem ilustrar sintomas de um problema sem articular a causa subjacente desses sintomas podem merecer escrutínio. Ações regulatórias que não apontam explicitamente para uma falha de mercados privados ou instituições públicas subjacentes à necessidade de ação provavelmente produzirão benefícios líquidos menores do que aquelas que identificam corretamente e buscam remediar o problema fundamental (tradução nossa)

(DUDLEY, BELZER, *et al.*, 2017, p. 192)⁷³.

Sinden (2015, p. 167) defende que boa parte da dificuldade em lidar com as suposições anedóticas no âmbito da ACB e das dificuldades e aceitação da mesma pelos críticos está ligada à falta de cuidado em definir os termos daquilo que seja a ACB. Para a autora, o termo é usado equivocadamente para descrever uma ampla gama de práticas, que nem sempre estão ligadas ao propósito daquilo que deveria ser buscado, a eficiência na promoção do bem-estar social. Os conceitos vão de uma ponta, a qual denomina de “informal”, interpretada como uma simples detecção de “prós e contras” ao método analítico altamente técnico e complexo, baseado na teoria econômica que visa quantificar e monetizar todos os custos e benefícios sociais envolvidos numa gama de opções regulatórias ou de ações governamentais, para buscar aquela, que, do ponto de vista da eficiência econômica, seja a mais viável, à qual se denomina “formal”.

As duas extremidades desse espectro na verdade têm muito pouco em comum, além da abordagem geral de justaposição de impactos positivos e negativos. A ACB informal baseia-se em descrições qualitativas comparadas intuitivamente e não dá mais do que uma orientação geral. As variedades mais formais de ACB, por outro lado, dependem de números e matemática e pretendem, pelo menos, fornecer respostas precisas. Além disso, as duas técnicas desempenham papéis totalmente diferentes no processo de tomada de decisão. A ACB informal fornece não mais do que uma verificação secundária de uma decisão que foi tomada por outros meios, enquanto a ACB formal fornece, pelo menos em teoria, uma ferramenta de definição de padrões para identificar a escolha ideal entre toda uma gama de alternativas regulatórias (tradução nossa) (SINDEN, 2015, p. 96)⁷⁴.

Uma questão intrigante foi levantada pela autora. De modo geral, os críticos da ACB tendem a considerá-la excessivamente mais formal do que de fato necessita ser, classificando-a como extremamente complexa e inacessível ao cidadão comum, ao ponto de colocá-la como um instrumento impraticável e antidemocrático. Por outro lado, os seus defensores, no intuito de torná-la mais palatável aos administradores públicos e ao público em geral, acabam por apresentá-la como uma ferramenta mais informal do que de fato ela deve ser. Ela aponta que

Em 2009, em um caso chamado *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, o debate de décadas sobre o uso da Análise Custo-Benefício (ACB) na regulamentação

⁷³ Texto original: “*In evaluating the RIA’s expressed need for regulatory action, anecdotal observations that may illustrate symptoms of a problem without articulating the underlying cause of those symptoms may deserve scrutiny. Regulatory actions that do not explicitly point to a failure of private markets or public institutions underlying the need for action are likely to produce lower net benefits than those that correctly identify and seek to remedy the fundamental problem*”.

⁷⁴ Texto original: “*The two ends of this spectrum actually have very little in common, other than the general approach of juxtaposing positive and negative impacts. Informal CBA relies on qualitative descriptions intuitively compared and gives no more than general guidance. The most formal varieties of CBA, on the other hand, rely on numbers and mathematics and purport, at least, to provide precise answers. Moreover, the two techniques play entirely different roles in the decision-making process. Informal CBA provides no more than a secondary check on a decision that has been made by other means, while formal CBA provides, at least in theory, a standard-setting tool for identifying the optimal choice from among a whole range of regulatory alternatives*”.

ambiental foi levado à Suprema Corte dos EUA. Na Instrução perante o Tribunal, surgiu um padrão peculiar: as defesas dos ambientalistas que se opunham à ACB a retratavam como altamente formal, rígida, quantitativa e técnica. As defesas da indústria e dos assistentes técnicos que defendem a ACB, por outro lado, pintaram-na como informal, qualitativa e quase sinônimo de bom senso — uma ponderação simples e racional de prós e contras endossada por ninguém menos que o avô da inteligência e sabedoria comuns. Ele mesmo, Ben[jamin] Franklin (tradução nossa) (SINDEN, 2014, p. 1176)⁷⁵.

Essa situação apontada por Sinden expõe uma dificuldade real para a adoção das práticas de Avaliação de Impacto Regulatório e Análise Custo-benefício no Brasil. Considerando essa tendência em apresentar a ACB com um aspecto mais informal, para tornar mais tolerável o uso da ferramenta, por um lado, isso pode ser encarado como uma forma adequada de atrair o interesse do brasileiro, cuja pré-disposição à informalidade é característica reconhecida. Mas, por outro, pode se revelar num obstáculo ao aperfeiçoamento de seu uso no país, uma vez que a busca por características mais “formais” e qualquer esforço no sentido de tornar o procedimento mais técnico enfrentará resistência, em especial, no ambiente político.

Um dos problemas da informalidade, na prática da ACB, está na brecha que ela oferece aos grupos de interesses que disputam politicamente o resultado de uma decisão regulatória ou política pública. Recorrendo a evidências anedóticas na obtenção de resultados favoráveis ao seu ponto de vista, que, na realidade, são deturpados em relação à promoção do bem-estar e distribuição justa dos recursos escassos do governo.

Para Sunstein, a mitigação dos efeitos do anedotismo e das intuições dos grupos de interesse nas decisões governamentais e regulatórias são um dos principais objetivos da chamada Revolução Custo-benefício. Ela concentrou os funcionários públicos nas consequências de suas próprias ações (SUNSTEIN, 2018, p. 3).

Assim, a questão que se coloca é que quanto mais “informal” for a prática da ACB, mais exposta às evidências anedóticas estará. Porém, no outro extremo, quanto mais “formal”, mais exposta àquilo que Sinden denomina de “falsa formalidade” — uma espécie de corrupção tecnicista da análise — estará a ACB. O caminho, portanto, deve estar num ponto mais coerente entre a informalidade displicente e a formalidade pedante (SINDEN, 2015, p. 97).

Existe uma estreita relação entre o formalismo e a cultura do “jeitinho”. Para Vieira *et*

⁷⁵ Texto original: “*In 2009, in a case called Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc., the decades-old debate over the use of cost-benefit analysis (CBA) in environmental regulation went before the U.S. Supreme Court. In the briefing before the Court, a peculiar pattern emerged: the briefs for the environmentalists opposing CBA portrayed it as highly formal, rigid, quantitative, and technical. The industry and think-tank briefs advocating CBA, on the other hand, painted it as informal, qualitative, and almost synonymous with common sense—a simple, rational weighing of pros and cons endorsed by none other than the granddaddy of common wit and wisdom himself, Ben Franklin*”.

al. (1981, p. 20), “O acentuado formalismo que se faz presente na realidade brasileira proporciona a prática do “jeitinho”, ou seja, a maneira pela qual se pode resolver as dificuldades, sem contrariar as normas e leis”. O acolhimento de práticas contidas nos dois extremos desse espectro, aliadas a esse *brasilian way*, tendem a desvirtuar um procedimento que se propõe a uma melhor distribuição dos recursos do Estado em termos de bem-estar.

Podemos admitir que as relações entre o usuário e a burocracia pressupõem e estão assentadas na utilização de instrumentos dos mais variados tipos (influência pessoal, social, de terceiros, financeiras, etc.) para tornar possível que as regras estabelecidas não sejam cumpridas a rigor, ou melhor, que não reconheçam a igualdade social e a impessoalidade no trato, pois elas só existem na lei. Portanto, o rito do “Você sabe com quem está falando?” e sua variação — o “jeitinho” — são práticas sociais que visam descrystalizar o discurso formal da burocracia enquanto organização ou grupo social (VIEIRA, COSTA e BARBOSA, 1981, p. 26).

No entanto, essa forte tendência à brasileira, na qual abundam relatos anedóticos, “jeitinhos” e a resistência à adoção de planejamento, novas tecnologias e a mudanças, dificultam o funcionamento eficiente das instituições e torna um dos maiores obstáculos à aplicação da ACB no cotidiano da tomada de decisões do setor público nacional (YEUNG e AZEVEDO, 2012, p. 645).

3.5 O argumento de que a ACB, em regra, é usada para enfraquecer os regulamentos

Outra crítica direcionada à ACB é que, na prática, ela é supostamente usada, quase sempre, para enfraquecer uma regulação. Sendo que, em alguns casos de regulação ambiental, nos EUA, p.e., ela tornou impeditiva a edição de determinadas normas ou regulamentos (DRIESEN, 2006, p. 55).

Driesen (2006, p. 13) defende que a posição do OMB é quase sempre tendenciosa no sentido de que suas revisões consistentemente favorecem uma regulamentação menos rigorosa quando toma qualquer posição, e que sua revisão atrasa e enfraquece as regulamentações já existentes. Para ele, a ACB não é neutra, na prática e, em muitos aspectos, é antiambiental, em teoria. Razão pela qual sua adoção não pode e nem deve ser indiscriminada ou considerada uma solução final para o processo decisório na elaboração de políticas públicas.

O primeiro aspecto que deve ser abordado quanto à crítica do enfraquecimento regulatório a partir das práticas de ACB é que ela não é constituída para ser “a decisão”, mas, uma ferramenta de suporte à decisão a ser tomada. Portanto, qualquer argumento nesse sentido enfraquece ante essa realidade de que a crítica é posta sobre uma premissa falsa.

Ainda, há o aspecto do referencial. Enfraquecer ou fortalecer em relação a qual

realidade? Porque se o que está baseando uma tomada de decisão regulatória são, p.e., suposições anedóticas, essa decisão e os fundamentos que a sustentam, sendo avaliados pelo escrutínio da ACB e esta, recomendando menos regulação, o que se verifica, afinal, é que as suposições levavam a uma situação de excesso de rigor regulatório.

A Análise Custo-benefício é essencialmente uma linguagem que pode desafiar as intuições comuns e que deve, em última análise, ser avaliada em termos de sua adequação ao que as pessoas, após um processo de reflexão sustentada, realmente valorizam. Uma de suas virtudes é que enfraquece a probabilidade de que os formuladores de políticas tomem decisões com base em reações intuitivas que parecem difíceis de resistir e que não podem sobreviver a essa reflexão (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2018, p. 38)⁷⁶.

Sunstein salienta que enfraquece, não a capacidade regulatória do Estado, mas, a oportunidade dos tomadores de decisão fazerem de seu uso, um instrumento de controle excessivo e prejudicial ao bem-estar geral, uma vez que cria obstáculos desnecessários à própria sociedade que visa proteger.

Neste sentido, dois pontos de vista podem ser assumidos, o primeiro de que de fato a ACB é restritiva quanto às regulações e tende a inibir o processo regulatório; ou segundo, que o processo regulatório é tendente ao excesso e esta é a razão pela qual a aplicação da ACB, em regra, tende a “relaxar” os regulamentos e decisões governamentais.

Sendo a primeira ou a segunda premissas verdadeiras (e, provavelmente, a realidade esteja num ponto particular entre ambas), o fato é que por nenhuma delas a ACB é desqualificada.

Assumamos a primeira afirmação, de que a ACB é restritiva e tende a inibir a aplicação de regulação. Voltamos a salientar que ela não é a decisão em si, mas, uma ferramenta que, no mínimo, pode servir de alerta quanto a uma postura excessivamente reguladora. Caso assumamos a segunda afirmação como a total expressão da realidade (o que já alertei, não considerar a melhor avaliação do quadro), a ACB se mostra mais necessária ainda.

O que a resposta a essa crítica defende, em suma, é que as consequências do uso de evidências anedóticas, prática bastante comum entre os brasileiros, podem induzir a um quadro de regulações mais impositivas e restritivas do que o contexto bem avaliado recomendaria. Os reais benefícios advindos dessa regulação seriam diminuídos, por elas “passarem do ponto” necessário à proteção da vida, distribuição justa dos recursos escassos e geração de bem-estar geral.

⁷⁶ Texto original: “*Cost-benefit analysis is essentially a language, one that may defy ordinary intuitions and that must ultimately be evaluated in terms of its fit with what people, after a process of sustained reflection, really value. One of its virtues is that it weakens the likelihood that policy-makers will make decisions on the basis of intuitive reactions that seem hard to resist and that cannot survive that reflection*”.

A revolução custo-benefício leva os funcionários públicos à percepção de que suas ações e decisões geram consequências humanas, que podem ser benéficas ou prejudiciais de forma mensurável. A introdução da ACB no processo decisório da Administração Pública “enfraqueceu o domínio de grupos de interesse, opinião popular, anedotas e intuições. Deu nova autoridade aos especialistas, sobretudo em ciência, estatística e economia. Na maioria das vezes, desafia os desejos da esquerda e da direita (tradução nossa)” (SUNSTEIN, 2018, p. 3)⁷⁷.

3.6 A existência do componente político da análise técnica.

Por fim, e não menos relevante, mais uma vez, não como uma crítica, mas, uma ponderação quanto à ACB, retomemos o entendimento de que, com a sua aplicação, o poder discricionário sai das mãos do executivo/político eleito para as mãos de técnicos (2.1), sem qualquer vínculo com o projeto político aprovado pelas urnas. Dessa situação surge o componente político que a própria ACB pode infringir na decisão a ser tomada.

Como ferramenta das ciências sociais, a análise custo-benefício combina organização e avaliação sistemáticas com informações inerentemente subjetivas. Especificamente, a análise mede as preferências subjetivas dos indivíduos afetados por uma política que percebem as consequências da política como benéficas ou onerosas. Nesse sentido, a análise é política. Além disso, a própria técnica analítica incorpora uma série de julgamentos de valor sobre quais preferências contam, como elas são ponderadas e o papel da distribuição de renda em uma avaliação de eficiência (tradução nossa) (FUGUITT e WILCOX, 1999, p. 18)⁷⁸.

Fuguitt e Wilcox (1999) destacam que o papel do próprio analista assume um caráter político, uma vez que ele decide sob quais aspectos determinada norma ou política serão analisadas. Ainda que a análise possua métodos próprios e previamente estabelecidos, a verificação de casos específicos e a busca de respostas a questões não resolvidas dão ao analista um certo poder discricionário que é difícil de ser anulado.

As escolhas do analista ao realizar a análise podem, assim, introduzir influência subjetiva adicional. É fundamental que esse operador assumo o papel de um terceiro que não tem interesse, garantidamente, no resultado analítico. A sua responsabilidade é conduzir a análise com objetividade profissional e minimizar influências subjetivas inadequadas.

⁷⁷ Texto original: “*It weakened the hold of interest groups, popular opinion, anecdotes, and intuitions. It gave new authority to experts, above all in science, statistics, and economics. Much of the time, it defied the wishes of the left and the right*”.

⁷⁸ Texto original: “*As a tool of the social sciences, cost-benefit analysis combines systematic organization and assessment with information that is inherently subjective. Specifically, the analysis measures the subjective preferences of those individuals affected by a policy who perceive policy consequences as either beneficial or burdensome. In this respect, the analysis is political. In addition, the analytical technique itself embodies a number of value judgments concerning whose preferences count, how these are weighted and the role of income distribution in an assessment of efficiency*”.

Especificamente, ao realizar seu trabalho, o analista deve (1) minimizar quaisquer vieses ou influências enganosas refletidas nas medidas das preferências subjetivas dos indivíduos, (2) identificar explicitamente quaisquer julgamentos de valor incorporados na análise e tornar transparentes suas implicações para o resultado e (3) onde a discricção do analista ou do decisor for possível, escolha uma abordagem que minimize a influência subjetiva de cada um e demonstre a sensibilidade da análise a escolhas alternativas (subjetivas) (tradução nossa) (FUGUITT e WILCOX, 1999, p. 18)⁷⁹.

Assim, não se pode olvidar do aspecto político que qualquer decisão possui, ainda que numa análise eminentemente técnica. Como ponderam Mishan e Quah, que

[...] o valor que o economista de custo-benefício oferece aos tomadores de decisão não é mais do que uma soma de todas as avaliações individuais de um determinado projeto ou mudança, calculada em um momento. Esse tempo geralmente é o tempo presente, ao qual o valor dos benefícios esperados em períodos futuros é reduzido por um procedimento de desconto. [...] o economista pode se considerar bastante neutro em qualquer debate oficial sobre os respectivos méritos dos projetos. Ou seja, ele não tem nenhuma garantia para afirmar uma classificação social ou preferência por qualquer um dos projetos decorrentes de suas descobertas. Esta é uma tarefa modesta, mas útil. E, como estamos aprendendo, não é fácil descarregar conscientemente. As conclusões de um estudo de custo-benefício são devidamente consideradas como uma contribuição para o processo de tomada de decisão política, uma contribuição, aliás, que os governos e seu público exigem continuamente e cuja importância eles talvez tendam a superestimar (tradução nossa) (MISHAN e QUAH, 2007, p. 246)⁸⁰.

Dois movimentos ocorrem na submissão de uma decisão à análise dos custos e benefícios: o poder discricionário do agente político diminui na mesma medida que aumentam suas responsabilidades. Vale a pena insistir que a ACB não é a decisão, mas, apenas mais um componente a pesar na balança da escolha a ser feita. E apesar de não ser vinculante, ela coloca o agente político numa condição de que, caso opte por não seguir as recomendações trazidas

⁷⁹ Texto original: “*The analyst's choices when performing the analysis can thus introduce additional subjective influence. It is critical for the analyst to assume the role of an objective third party who has no interest, one way or the other, in the analytical outcome. The analyst's responsibility is to conduct the analysis with professional objectivity and minimize inappropriate subjective influences. Specifically, in performing the analysis, the analyst must (1) minimize any biases or otherwise misleading influences reflected in the measurements of individuals' subjective preferences, (2) explicitly identify any value judgments embodied in the analysis and make transparent their implications for the outcome and (3) where analyst or decision-maker discretion is possible, choose an approach that minimizes either one's subjective influence and demonstrates the sensitivity of the analysis to alternative (subjective) choices*”.

⁸⁰ Texto original: “*Thus, the figure which the cost–benefit economist offers to the decision makers is no more than a summation of all individual valuations of a particular project or change, calculated at a point in time. This time is usually the present time, to which the value of expected benefits over future periods is reduced by a discounting procedure. [...] the economist may regard himself as quite neutral in any official debate on the respective merits of the projects. He has, that is, no warrant for asserting a social ranking or preference for any of the projects arising from his findings. This is a modest but useful task. And, as we are learning, not an easy one to discharge conscientiously. The findings of a cost–benefit study are properly regarded as a contribution to the political decision-making process, a contribution, incidentally, that governments and their public continually demand and whose significance they perhaps tend to overrate*”.

pela análise, ele terá que justificar essa opção em outros fundamentos que não este. Já não sobra espaço para o que “eu quero” ou a simples “vontade política”. É necessário haver motivação para as decisões da Administração Pública.

Primeiro, a reforma regulatória deve aumentar a responsabilidade dos funcionários eleitos pelos regulamentos que eles apoiam. As regulamentações frequentemente impõem custos à sociedade — às vezes até bilhões de dólares por ano — os quais são mais altos do que muitos programas de gastos diretos do governo. Em grande medida, os burocratas federais agora tomam muitas decisões regulatórias com a aquiescência tácita dos legisladores, do presidente ou de ambos. Uma maneira pela qual a sociedade pode responsabilizar os funcionários eleitos é se as informações sobre os benefícios e custos das regulamentações estiverem acessíveis na Internet (tradução nossa) (HAHN, 2000, p. 63)⁸¹.

A responsabilidade dos agentes eleitos e não eleitos aumenta pelo fato de que a análise dos custos e benefícios expõe as consequências da decisão. Por mais que uma ACB possa ter limitações em apontar as consequências de uma ação governamental, ela ainda é muito mais assertiva neste sentido do que qualquer evidência ou suposição anedótica.

Em certo sentido, minha receita para a reforma é enganosamente simples. Alguns diriam é simplista. Exige melhores informações para tornar os legisladores mais responsáveis e um papel maior para a análise econômica tanto na concepção quanto na implementação de leis destinadas a proteger a saúde e o bem-estar público (tradução nossa) (HAHN, 2000, p. 64)⁸².

E com o passar do tempo, tais “previsões” que os relatórios já apontavam no caso de não acolhimento da opção apontada pela AIR ou ACB se mostrarão evidentes aos cidadãos, que terão mais elementos para questionar e cobrar seus representantes eleitos.

3.7 Alternativas à Análise Custo-Benefício

A ACB é uma das mais, se não, a mais importante ferramenta de mensuração dos impactos que as ações políticas e decisões administrativas exercem no bem-estar geral (benefícios sociais, economia, emprego, saúde, ambiente, etc.) das pessoas. Contudo, essa afirmação só fará sentido se a ACB for colocada em comparação com suas alternativas.

Graham (2008, p. 438) destaca que a literatura jurídica aponta três categorias de

⁸¹ Texto original: “*First, regulatory reform should increase the accountability of elected officials for the regulations they support. Regulations frequently impose costs on society—sometimes as much as billions of dollars annually—that are higher than many direct government expenditure programs. To a large extent, federal bureaucrats now make many regulatory decisions with the tacit acquiescence of legislators, the president, or both. One way society can hold elected officials accountable is if information on the benefits and costs of regulations is accessible on the Internet*”.

⁸² Texto original: “*In a sense, my recipe for reform is deceptively simple. Some would say it is simplistic. It calls for better information to make legislators more accountable and a larger role for economic analysis in both the design and implementation of laws designed to protect the public health and welfare*”.

abordagens: a) abordagem absolutista (que se assemelha muito à ideia do Princípio da Precaução), na qual os custos para preservar uma vida não devem ser considerados na elaboração de uma regulação ou política pública, o que conta é o objetivo a ser alcançado; b) abordagem de viabilidade, também conhecida por “menor risco viável”, cujo objetivo é o de salvar vidas, mas, para isso, considerando a restrição prática de qual seja a viabilidade tecnológica e econômica para salvar essas vidas; e c) abordagem de equilíbrio intuitivo, a qual é auto explicável e depende inteiramente da percepção do analista, ainda que bem-intencionada para obter sucesso.

Importante destacar que, nenhuma delas pode ser considerada perfeita ou completa para garantir que as políticas públicas sejam eficientes em garantir o bem-estar geral e/ou salvar vidas. Ainda, já vimos que a ACB se trata de uma alternativa técnica às evidências anedóticas e intuitivas. Logo, a abordagem de equilíbrio intuitivo não será abordada, aqui, como alternativa à análise dos custos e benefícios.

Entre essas alternativas, temos a Análise Custo-efetividade (ACE) e a Avaliação de Viabilidade Tecnológica (AVT), com suas variantes: Avaliação Quantitativa de Risco (AQR), Avaliação Comparativa de Risco (ACR), Análise de *Trade-off* de Risco (ATR) e Análise de Risco-benefício (ARB), a Análise de Bem-estar (ABE) e demais análises parciais.

Não pretendemos sugerir que a ACB seja um superprocedimento, que implementa todas as considerações morais que incidem sobre a escolha governamental. Em vez disso, a ACB é plausivelmente justificada à luz de um critério moral particular — bem-estar geral — e, portanto, é plausivelmente uma parte do conjunto de procedimentos e instituições que compõem o governo (tradução nossa) (POSNER e ADLER, 1999a, p. 5)⁸³.

Reconhecendo a relevância moral do bem-estar geral e a possibilidade de comparações de bem-estar interpessoal, a ACB se apresenta como um procedimento de decisão justificado não apenas em termos de eficiência, no sentido econômico, mas, como eficiência à luz do bem-estar geral.

A principal diferença entre a ACB e os demais procedimentos é que, enquanto a ACB monetiza todos os valores envolvidos, os outros procedimentos são uma tentativa de *implementação direta* do critério de bem-estar, nos quais os agentes envolvidos realmente tentam julgar se o bem-estar geral é maior no mundo do projeto ou no *status quo*, escolhendo uma única dimensão relacionada ao bem-estar (como longevidade, experiência estética ou

⁸³ Texto original: “*Not mean to suggest that CBA is a superprocedure, which implements all the moral considerations bearing upon governmental choice. Rather, CBA is plausibly justified in light of a particular moral criterion— overall well-being— and thus is plausibly one part of the set of procedures and institutions comprising government.*”.

emprego) e escolhem opções maximizando ao longo dessa única dimensão (POSNER e ADLER, 1999a).

Embora existam alguns cenários nos quais as agências não devam empregar ACB (por exemplo, onde o provável impacto do projeto no bem-estar geral é muito pequeno para justificar a despesa da ACB), a ACB é justificada pelo bem-estar em uma fração significativa de situações de escolha de agência. Em contraste com procedimentos unidimensionais e não agregativos, a ACB é relativamente precisa — embora não perfeitamente precisa — no rastreamento do bem-estar geral. Em contraste com a implementação direta do critério de bem-estar, a ACB é mais barata de executar, menos propensa a erros de agência e mais prontamente monitorada por órgãos de supervisão, como legislaturas ou o Escritório de Administração e Orçamento (OMB) (tradução nossa) (POSNER e ADLER, 1999a, p. 6)⁸⁴.

Também, vale salientar que o uso do termo “alternativa” não traz o sentido de “exclusão”, uma ou outra. Pois, o uso concomitante dessas ferramentas tende a tornar a decisão mais certa e bem fundamentada. Sob essa perspectiva, passamos a examinar algumas dessas técnicas de avaliação de impacto das decisões públicas que rivalizam com a ACB.

3.7.1 Análise Custo-Efetividade

Após a ACB, a Análise Custo-efetividade (ACE), também conhecida como Análise Custo-eficácia, é uma das mais utilizadas para avaliação de impacto regulatório. Fora do contexto público regulatório, essa ferramenta é muito utilizada para classificar (ou pelo menos fornecer orientação sobre) a conveniência de usar intervenções médicas alternativas (GARBER e PHELPS, 1997, p. 2). E para alguns estudiosos a ACE está compreendida dentro das técnicas da ACB. Ou seja, ela pode ser encarada como uma ferramenta auxiliar da ACB, muito mais do que uma concorrente a esta (MISHAN e QUAH, 2007, p. 8-10).

Porém, uma das principais diferenças entre ACB e ACE é que a primeira descreve os custos e benefícios em termos monetários, enquanto que a segunda traduz o resultado de uma intervenção médica, p.e., em um denominador comum, como anos de vida salvos. Nos termos de Boardman, Greenber, *et al.* (2011, p. 464), a ACE compara alternativas mutuamente excludentes em termos de proporção de seus custos relacionadas a uma única medida de eficácia quantificada, mas não monetizada.

⁸⁴ Texto original: “*Although there are some scenarios in which agencies should not employ CBA (e.g., where the project’s likely impact on overall well-being is too small to warrant the expense of CBA), CBA is welfare-justified in a significant fraction of agency choice situations. By contrast with unidimensional and non-aggregative procedures, CBA is relatively accurate – although not perfectly accurate – in tracking overall well-being. By contrast with direct implementation of the welfare criterion, CBA is cheaper to perform, less prone to agency error, and more readily monitored by oversight bodies such as legislatures or the Office of Management and Budget (OMB)*”.

Esses autores, exemplificando, apontam que num quadro com diferentes programas alternativos de segurança rodoviária que envolvam diferentes custos e número de vidas salvas, as relações custo-efetividade dos programas seriam expressas monetariamente em relação ao número de vidas salvas. O programa de menor custo por vida salva é o que deveria ser considerado o mais eficiente. Assim, deve-se ter cuidado ao interpretar as relações custo-efetividade como uma medida de eficiência. Em muitas circunstâncias, como a do exemplo acima, tal avaliação é válida. Contudo, tal forma de avaliação pode levar a distorções em outras circunstâncias. Ela seria inválida, porque as relações custo-efetividade ignoram os efeitos de escala, fazendo com que políticas que produzem pequenos impactos a um custo relativamente baixo por unidade fossem mais bem classificadas do que políticas que produzem impactos muito maiores a um custo um pouco mais alto por unidade.

A principal métrica utilizada pela ACE é o referencial “anos de vida ajustados pela qualidade” (QALY), sendo que as pesquisas são conduzidas para atribuir a qualquer estado de saúde um valor em uma escala de zero a um, na qual o zero representa uma condição de saúde “não melhor do que a morte” e um representa uma condição de saúde perfeita. Essas análises de decisão normalmente comparam o custo por QALY da intervenção avaliada com o de outras intervenções médicas comumente usadas, para verificar se o uso de uma nova técnica ou tecnologia pode ser justificado no caso de ter um custo por QALY pelo menos tão favorável quanto as intervenções, geralmente aceitas (GARBER e PHELPS, 1997, p. 2).

Nas situações nas quais os analistas não queiram ou tenham dificuldade de monetizar os impactos, p.e., quando se trata de bens incomensuráveis (3.1), a ACE pode ser apropriada.

Como nem todos os impactos podem ser monetizados, não é possível estimar os benefícios líquidos. Os analistas podem, entretanto, construir um índice envolvendo o benefício quantitativo, mas não monetizado, e os custos totais em dólares. Uma comparação permite ao analista classificar as políticas em termos de critério de custo-benefício. No entanto, ao contrário do critério de benefícios líquidos da ACB, não permite diretamente aos analistas concluir que a política mais bem classificada contribui para uma maior eficiência (tradução nossa) (BOARDMAN, GREENBERG, *et al.*, 2011, p. 43)⁸⁵.

Esses autores salientam ainda que a ACE mede a eficiência técnica, não a eficiência alocativa. Noutras palavras, ela pode avaliar qual dentre as políticas alternativas é melhor em termos de eficiência técnica, mas, não consegue responder qual seja a melhor alternativa para alocar os recursos do Estado.

⁸⁵ Texto original: “*Because not all of the impacts can be monetized, it is not possible to estimate net benefits. The analysts can, however, construct a ratio involving the quantitative, but nonmonetized, benefit and the total dollar costs. A comparison allows the analyst to rank policies in terms of the cost-effectiveness criterion. However, unlike the net benefits criterion of CBA, it does not directly allow the analysts to conclude that the highest-ranked policy contributes to greater efficiency*”.

A ACE está mais próxima da ACB quando todos os custos sociais são medidos, quando a medida de eficácia captura todos os benefícios sociais e quando os projetos alternativos são de escalas semelhantes. Nessas circunstâncias, a alternativa mais econômica é a alternativa mais eficiente em termos de alocação. No entanto, isso não implica necessariamente que deva ser adotada porque pode não valer a pena fazê-lo. A menos que possamos monetizar unidades de eficácia, não podemos responder à última pergunta (tradução nossa) (BOARDMAN, GREENBERG, *et al.*, 2011, p. 484)⁸⁶.

As diferenças fundamentais entre as técnicas também podem refletir os contextos em que se desenvolveram. A ACB foi desenvolvida principalmente para auxiliar na tomada de decisões sobre o fornecimento de bens públicos. Embora a ACE também tenha sido usada para avaliar medidas de saúde pública, também considerados bens públicos (por exemplo, programas de vacinação), ela é mais frequentemente usada para avaliação de estratégias e serviços privados, no âmbito da saúde.

Nos casos nos quais os custos sociais não orçamentários ou outras categorias de benefícios são relevantes, a ACE tende a se distanciar da ACB. Boardman, Greenberg, *et al.* (2011, p. 483-4) sugerem três opções: a) incorporar custos sociais não orçamentários significativos e outras categorias de benefícios em uma medida de custo-efetividade ajustada, como na construção de QALYs; b) monetizar a eficácia, ou seja, recorrer à ACB; e c) escolher um método de avaliação mais qualitativo, como a análise de múltiplos objetivos.

Em algumas aplicações, especialmente na política de saúde, pode ser possível construir uma medida de resultado que sirva como *proxy* direto para mudanças nas utilidades dos indivíduos. Em tais aplicações, a ACE é chamada de análise de custo-utilidade (ACU). Por exemplo, a medida de benefício pode ser anos de vida ajustados pela qualidade, que combina o número de anos de vida adicionais e a qualidade de vida durante esses anos. Se uma ACU emprega um *proxy* perfeito para mudanças na utilidade, então o uso da utilidade marginal do dinheiro permitiria ao analista passar diretamente para a ACB; este não seria o caso de uma ACE que exclui alguma dimensão de utilidade, como a qualidade de vida (tradução nossa) (BOARDMAN, GREENBERG, *et al.*, 2011, p. 464)⁸⁷.

Porém, uma das suas principais dificuldades está em avaliar a capacidade distributiva que uma ação pode ter. Sua aplicação não pondera os impactos que a distribuição dos custos

⁸⁶ Texto original: “*CEA is closest to CBA when all social costs are measured, when the effectiveness measure captures all of the social benefits, and when alternative projects are of similar scales. Under these circumstances the most cost-effective alternative is the most allocatively efficient alternative. However, this does not necessarily imply that it should be adopted because it may not be worth doing. Unless we can monetize units of effectiveness, we cannot answer the latter question*”.

⁸⁷ Texto original: “*In some applications, especially in health policy, it may be possible to construct an outcome measure that serves as a direct proxy for changes in individuals’ utilities. In such applications, CEA is referred to as cost-utility analysis (CUA). For example, the benefit measure may be quality-adjusted life-years, which combines both the number of additional years of life and the quality of life during those years. If a CUA employs a perfect proxy for changes in utility, then use of the marginal utility of money would enable the analyst to move directly to CBA; this would not be the case for a CEA that excludes some dimension of utility, such as quality of life*”.

traria à saúde e o bem-estar da população em âmbito geral (ADLER, 2012, p. 150).

3.7.2 Análise de Viabilidade Técnica

Enquanto a aplicação da ACB e da ACE às decisões da Administração Pública são fruto direto com a relação entre o direito e a economia, como já abordado, a Análise de Viabilidade Técnica (AVT) acrescenta um componente a essa relação, a engenharia. A viabilidade tecnológica é inserida na apreciação das políticas a serem adotadas, como, p.e., se para alcançar o objetivo de diminuição de mortos em caso de acidente de trânsito, temos tecnologia suficiente para reduzir em 30% esses danos. Assim, não apenas os custos financeiros de uma regulação são considerados, mas, a viabilidade tecnológica, que envolve a consideração tanto da engenharia quanto da economia industrial (GRAHAM, 2008, p. 442).

Na prática, a AVT procede com os seguintes passos: a) identifica-se um problema de regulação a ser solucionado, p.e., uma questão de aumento na segurança no trabalho; b) define a empresa ou empresas que estão empregando as melhores tecnologias para mitigar esse problema de segurança; c) avalia quais as medidas tecnologicamente viáveis que essas empresas estão adotando para reduzir ou eliminar os riscos; e d) determina que as demais empresas adotem essas mesmas medidas, exceto se os custos forem proibitivos e isso significar fechamento generalizado das empresas do setor. Sob os parâmetros da OSHA, agência norte-americana que cuida da segurança e saúde ocupacional, os custos de implementação dessa política por meio da AVT seriam “proibitivos”, se representassem uma diminuição de mais de 10% nos lucros da empresa e/ou se reduzisse as receitas em mais de 1%. Os passos “c” e “d” são, respectivamente, os requisitos de viabilidade tecnológica e viabilidade econômica (MASUR e POSNER, 2010, p. 687-8).

Mesmo os proponentes da análise de viabilidade reconhecem que não é um critério determinante. Dos dois braços do teste de viabilidade (um relacionado à engenharia, o outro à acessibilidade), o braço de acessibilidade é mais influente. À medida que uma regra de salvamento se torna mais rigorosa, a restrição de acessibilidade normalmente é superada antes que a restrição de engenharia seja alcançada. Em outras palavras, geralmente há muitas tecnologias viáveis que não são acessíveis. De fato, pode-se argumentar que é sempre tecnologicamente viável tornar as regras de salvamento mais rigorosas, uma vez que mais fundos podem ser alocados pela indústria para pesquisa e desenvolvimento, a fim de descobrir tecnologias de salvamento ainda melhores. Assim, o teste do “menor risco viável” muitas vezes se transforma em um teste de acessibilidade (tradução nossa) (GRAHAM, 2008, p. 443-4)⁸⁸.

⁸⁸ Texto original: “*Even proponents of feasibility analysis acknowledge that it is not a determinative criterion. Of the two arms of the feasibility test (one relating to engineering, the other to affordability), the affordability arm is*

Acessibilidade deve ser entendida como capacidade econômica de assimilar a regulação.

Em teoria, uma abordagem de viabilidade não é muito intensiva em informações. O analista regulatório não precisa avaliar o tamanho do risco de vida a ser regulado, o número projetado de vidas salvas ou os benefícios monetários. Mas, na prática, é comum que a agência reguladora realize a avaliação de risco antes (ou, ao mesmo tempo que) a análise de viabilidade, a fim de garantir que a regulação aborde um risco significativo. Apenas a etapa de monetização na ACB é evitada pela análise de viabilidade, uma vez que risco e custo são geralmente avaliados de qualquer maneira (tradução nossa) (GRAHAM, 2008, p. 444)⁸⁹.

Outro aspecto a ser observado é que a definição de padrões baseados em tecnologia pode ser de difícil concretização devido à variabilidade dessas tecnologias, o aparato legal que sustenta essa abordagem e os caprichos da implementação.

A AVT investiga a alternativa que ofereça o menor risco possível, do ponto de vista da tecnologia, sem considerar qual delas traz o maior benefício em termos de segurança ou apresente o menor custo de adoção. Não avalia o bem-estar e nem compara a adoção de uma regulação ao *status quo*. Pode ser encarada como mais uma avaliação subjacente à ACB. Em suma, a AVT acaba sendo muito menos abrangente do que a ACB.

3.7.3 Análise de Bem-Estar

A ABE possui a mesma estrutura básica da ACB, de comparar custos e benefícios. Mas, difere quanto aos dados e as ferramentas analíticas que emprega para fazer tais comparações. Em vez de atribuir valor monetário aos custos e benefícios da ação pública, a ABE adota uma escala em unidades de bem-estar, utilizando-se dos instrumentos da psicologia hedônica para estabelecer os valores necessários à análise.

Assim como a ACB, a ABE é uma ferramenta para analisar os efeitos de políticas sobre o bem-estar — não uma panaceia destinada a ser a última palavra sobre o que deve ser feito. A análise de políticas geralmente prossegue analisando os efeitos do bem-estar e, em seguida, pesando esses efeitos contra quaisquer outras considerações relevantes estimadas pelos reguladores, legisladores e os cidadãos que servem, incluindo equidade, justiça e dignidade humana (tradução nossa) (BRONSTEEN, BUCCAFUSCO e MASUR, 2013,

more influential. As a lifesaving rule is made more stringent, the affordability constraint is typically surpassed before the engineering constraint is reached. In other words, there are usually many feasible technologies that are not affordable. Indeed, one can argue that it is always technologically feasible to make lifesaving rules more stringent, since more funds can be allocated by industry to research and development in order to discover even better lifesaving technology. Thus, the “lowest feasible risk” test often collapses into an affordability test.

⁸⁹ Texto original: “*In theory, a feasibility approach is not very information intensive. The regulatory analyst does not need to assess the size of the life-threatening risk to be regulated, the projected number of lives saved, or the monetary benefits. But in practice it is common for the regulatory agency to undertake risk assessment prior to (or at the same time as) the feasibility analysis, in order to ensure that the regulation addresses a significant risk. Only the monetization step in BCA is avoided by feasibility analysis, since risk and cost are usually assessed anyway.*”

p. 1616)⁹⁰.

Graham (2013, p. 1692) afirma que há um consenso entre economistas e psicólogos que estudam o bem-estar, que ele se manifesta em suas duas dimensões distintas: hedônica e avaliativa. Para ela, o que precisa ser respondido é qual a relevância para a política e para as análises de políticas públicas essas duas dimensões possuem.

A primeira dimensão, bem-estar hedônico (BEH), que diz respeito ao ambiente onde as pessoas vivem (a qualidade de seus empregos, seu estado de saúde, a condição de seu trajeto para o trabalho e a característica de suas relações sociais), que se reflete de forma imediata e direta em suas disposições afetivas, positivamente, por meio de prazeres, expectativas e satisfação, e negativamente, em sofrimentos, estresse, angústias e medos. A segunda dimensão, o bem-estar avaliativo (BEA), diz respeito à forma como as pessoas pensam e avaliam suas vidas num todo. Reflete uma visão mais global do curso de vida e provavelmente também está relacionada a comportamentos de longo prazo, como investimentos em saúde e educação. Essa dimensão de bem-estar engloba implicitamente um componente eudemônico, por meio dos seus valores pessoais, dando significado e extensão ao propósito que as pessoas obtêm de seus empregos, relacionamentos e vidas. “É, na minha opinião, inerentemente relacionado às oportunidades que as pessoas têm de exercer a escolha e buscar uma vida plena (tradução nossa)” (GRAHAM, 2013, p. 1693)⁹¹.

Em vez de monetizar os efeitos da regulação, a ABE os “hedoniza”. Ou seja, mede o quanto um regulamento aumenta ou diminui o prazer de vida das pessoas. Por exemplo, se uma regulamentação resultar em melhoria da saúde, mas preços mais altos dos produtos, a ABE compararia quanto mais pessoas aproveitam suas vidas quando são mais saudáveis com quanto menos aproveitam suas vidas quando seu poder de compra diminui (tradução nossa) (BRONSTEEN, BUCCAFUSCO e MASUR, 2013, p. 1616)⁹².

As peculiaridades apresentadas pela ABE ainda não são suficientes para que a mesma se coloque na condição de substituta da ACB. Sua contribuição é tentar melhorar a primeira etapa do processo que envolve a própria ACB, a mensuração dos efeitos de bem-estar. Isso influenciaria a política, mas não implica no abandono da análise dos custos e benefícios, pois,

⁹⁰ Texto original: “Like CBA, WBA is a tool for analyzing the welfare effects of policies—not a panacea meant to be the last word on what should be done. Policy analysis often proceeds by analyzing welfare effects and then weighing those effects against whatever other considerations are deemed relevant by regulators, legislators, and the citizenry they serve, including fairness, justice, and human dignity”.

⁹¹ Texto original: “It is, in my view, inherently related to the opportunities that people have to exercise choice and to pursue fulfilling lives”.

⁹² Texto original: “Instead of monetizing the effects of regulation, WBA ‘hedonizes’ them. That is, it measures how much a regulation raises or lowers people’s enjoyment of life. For example, if a regulation would result in improved health but higher prices of products, then WBA would compare how much more people enjoy their lives when they are made healthier with how much less they enjoy their lives when their buying power decreases”.

a maximização da felicidade como método de avaliação das decisões públicas, não reflete o caráter multidimensional do bem-estar, do qual a felicidade é apenas um dos aspectos (ADLER e POSNER, 2006).

3.8 A ACB frente às críticas e ponderações

Todas essas críticas e ponderações à ACB são relevantes e não podem ser desprezadas no debate público quanto à eficácia de sua aplicação. Elas mesmas devem fazer parte do que pode ser chamado de ACB da ACB. Porém, em nenhum aspecto, elas tornam irrelevante ou impeditiva a aplicação da ACB. Ela deve ser encarada como uma ferramenta de avaliação bem-estarista e não apenas de eficiência econômica.

Os críticos estão certos, até certo ponto. A defesa tradicional da ACB é um fracasso. Onde os críticos erram é ao pensar que isso é um fracasso da ACB, e não meramente um argumento particular a seu favor. Como tentamos mostrar em outro lugar, a ACB é propriamente conceituada como um procedimento de decisão assistencialista. A ligação adequada é com o critério normativo de bem-estar geral, e não com eficiência de Pareto ou eficiência de Kaldor-Hicks, onde o bem-estar geral se refere à satisfação de certas preferências restritas, em vez de todas as preferências reais. (Discutiremos as restrições abaixo.) Por bem-estar geral, queremos incluir a grande família de teorias morais e políticas bem-estaristas (mas não necessariamente utilitárias), ou seja, aquelas que sustentam que o efeito de uma política no bem-estar das pessoas é uma questão moral. Consideração relevante, embora não necessariamente conclusiva. A ligação entre a ACB e o bem-estar geral é áspera, não perfeita: às vezes um projeto será escolhido pela ACB como uma melhoria em relação ao *status quo* e ainda, de fato, seu bem-estar ser inferior ao *status quo*. Mas a ACB é suficientemente precisa no rastreamento do bem-estar geral e possui outras virtudes processuais — é relativamente barata de implementar, relativamente fácil de monitorar pelos órgãos de supervisão e relativamente pouco exigente quanto à experiência da agência — para que plausivelmente seja o procedimento de maximização do bem-estar para as agências empregarem, em uma fração significativa de suas situações de escolha, em relação aos procedimentos alternativos disponíveis (tradução nossa) (POSNER e ADLER, 1999a, p. 1)⁹³.

⁹³ Texto original: “*The critics are right, up to a point. The traditional defense of CBA is a failure. Where the critics go wrong is in thinking that this is a failure of CBA, rather than merely of a particular argument in its favor. As we have elsewhere tried to show, CBA is properly conceptualized as a welfarist decision-procedure. The proper link is to the normative criterion of overall well-being, rather than to Pareto-efficiency or Kaldor-Hicks efficiency, where overall well-being refers to the satisfaction of certain restricted preferences, rather than all actual preferences. (We will discuss the restrictions below.) By overall well-being we mean to include the large family of welfarist (but not necessarily utilitarian) moral and political theories, that is, those that hold that a policy’s effect on people’s welfare is a morally relevant, though not necessarily conclusive, consideration. The link between CBA and overall well-being is rough, not perfect: sometimes a project will be picked out by CBA as an improvement over the status quo and yet, in fact, be welfare-inferior to the status quo. But CBA is sufficiently accurate in tracking overall well-being, and has sufficient other procedural virtues – it is relatively cheap to implement, relatively easy to monitor by oversight bodies, and relatively undemanding of agency expertise – that it is plausibly the welfare-maximizing procedure for agencies to employ, in a significant fraction of their choice situations, compared to available alternative procedures*”.

No entendimento de Hansson (2007, p. 182), “O dispositivo funciona mal de várias maneiras, e a construção fundamental pode ser defeituosa. No entanto, não temos alternativa melhor para recomendar. Portanto, pode ser usado, mas apenas com grande cautela”⁹⁴.

⁹⁴ Texto original: “*The device malfunctions in several ways, and the fundamental construction may be flawed. However, we have no better alternative to recommend. It can therefore be used, but only with great caution*”.

4 A ADEQUAÇÃO DA ACB AOS FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição pode ser compreendida como uma carta solene resultante do poder constituinte que estabelece um conjunto de normas e princípios que passam a reger uma sociedade política. Ou ainda, um conjunto equilibrado entre regras e princípios, dispostos de tal maneira a evitar o legalismo e a subjetividade irracional do sistema jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 27).

Compreender hoje (e compreender é sempre “hoje”) a Constituição em conexão com a vida implica compreendê-la no contexto da vida de quem a disse e de quem a lê. Isso implica o encontro entre o cidadão e o Constituinte na “reafirmação” da Constituição como palavra reconstituidora do mundo. A vivificação da Constituição como palavra é a sua retomada existencialmente empenhada, com a inevitável mobilização do sentimento. Compreender a Constituição, nesse sentido, requer a sensibilidade para o seu caráter contrafactual, para sua vocação reformadora, reconfiguradora do mundo, tal como o Constituinte o fez e tal como deve ser feito agora. Uma Constituição contrafactual como a de 1988 não pode nunca ser interpretada conservadoramente (COELHO, 2009, p. 67-8).

Neste tópico, o propósito do presente trabalho é avaliar a adequação ou não da ACB aos fundamentos da Constituição Federal do Brasil, analisando os temas da cidadania, bem-estar, eficiência e economicidade.

Os alicerces da Constituição brasileira são expressos, em especial, em seu preâmbulo e nos seus quatro primeiros artigos, os quais manifestam os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, formado pela união indissolúvel de entes estatais, bem como seus poderes e objetivos internos e externos.

4.1 O bem-estar na Constituição Federal

Por mais tautológico que possa soar, a Constituição é a constituição daquilo que se espera de uma sociedade enquanto nação. Ela se apresenta como o resultado e o balizador dos próximos movimentos da sociedade cidadã na consolidação do Estado Democrático.

Antes de tratar acerca da relação entre bem-estar e Constituição, torna-se necessário abordar a relação entre Estado e Constituição e a própria finalidade do Estado.

4.1.1 Do Estado e da Constituição

Ao conceituar o Direito Constitucional, Miranda aponta para o sentido da própria Constituição como

a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza (MIRANDA, 1997, p. 13).

Nessa perspectiva, a Constituição não pode ser encarada como uma simples reunião de princípios políticos, no sentido estrito, cuja eficácia se restrinja ao direcionamento da atividade legislativa e jurídica, que se concretize como uma pequena redução da sua capacidade discricionária. Ela contém os elementos da juridicidade, vinculatividade e atualidade das normas jurídicas constitucionais, ainda que nem todas as normas constitucionais possuam a mesma natureza, estrutura e função, variando, inclusive, na intensidade de sua força conformadora imediata (CANOTILHO e MOREIRA, 1991, p. 43).

O Estado não é estabelecido pela Constituição, pois este a precede. Porém, ela regula as funções do Estado, que: a) delimita sua esfera de atuação e a liberdade individual dos cidadãos; e b) legitima procedimentalmente sua atuação e poder (BERCOVICI, 2004a, p. 6). “O mais importante para a relação mútua entre os órgãos supremos do Estado é o poder legal que lhes cabe. [...] Todo direito confere à pessoa dele uma parte do poder social, i.e., a possibilidade de influenciar o modo de vida de outras pessoas (tradução nossa)” (JELLINEK, 1914, p. 361)⁹⁵.

A finalidade do Estado é reconhecida e estabelecida na relação com os indivíduos e à comunidade, para a qual se estabelecem duas linhas teóricas: as doutrinas de propósito absoluto e as de propósito estatal relativamente concreto (JELLINEK, 1914, p. 241-54). As de propósito absoluto, Jellinek as descreve em duas grandes categorias, ou elas favorecem a extensão irrestrita do poder estatal ou o proíbem dentro de limites fixos. São denominadas como doutrinas dos propósitos expansivos e limitadores do Estado e se dividem em duas vertentes.

A primeira delas é a teoria eudemonista-utilitarista, que à primeira vista parece conceber um Estado cujo objetivo único seja o bem-estar do indivíduo e da comunidade. Mas, que, do ponto de vista do autor, “em todos os tempos, os ataques mais implacáveis aos bens individuais mais elevados e importantes foram feitos com o apelo ao bem comum (tradução nossa)” (JELLINEK, 1914, p. 242-3)⁹⁶, dando lugar à teoria clássica do absolutismo estatal e do estado policialesco. Sob o pretexto de buscar a felicidade e o bem comum como objetivo supremo do

⁹⁵ Texto original: “Am wichtigsten aber ist fiir das gegenseitige Verhaltnis der obersten Staatsorgane die rechtliche Macht, die ihnen zukommt. [...] Jedes Recht gewahrt dem damit Beliehenen ein Stiick sozialer Macht, d. h. die Moglichkeit, auf die Lebensfiihrung anderer Menschen einzuwirken”.

⁹⁶ Texto original: “Unter Berufung auf die gemeine Wohlfahrt sind zu alien Zeiten die riicksichtslosesten Angriffe auf die hochsten und wichtigsten individuellen Giiter vorgenommen worden”.

Estado, restringe as liberdades individuais e, se necessário, do ponto de vista do Estado, as suprime.

A outra vertente é a teoria ética, que igualmente vê o objetivo do Estado como provedor da moralidade, atribui ao bem-estar a nuance de bem moral. Originária das teorias políticas gregas, de Platão até Aristóteles, define o Estado como guardião de uma busca, não só física, mas moral, que proporcione eudemonia. Hegel, concebendo uma doutrina metafísica do Estado, o enxergou como a forma mais elevada de moralidade objetiva.

Essa percepção de finalidade estatal não se limitou à moralidade filosófica, mas, encontrou espaço na religiosidade. Uma variante da teoria ética da finalidade do Estado é o Estado confessional. A esta vertente da doutrina absolutista da finalidade estatal são aplicadas todas as características da teoria eudemonista, com a única distinção de que, em vez do bem-estar puramente hedônico, ele se traveste de moralidade e/ou espiritualidade.

Em ambas as vertentes, hedônica e moral, não há parâmetros que demonstrem os limites da ação estatal na definição “de cima para baixo” daquilo que se defina como bem-estar.

A outra doutrina, segundo Jellinek é a de propósito estatal relativamente concreto. Em contraste à primeira, as teorias que compõem essa doutrina entendem que a finalidade do Estado é definida pela respectiva consciência de um povo e de um tempo. Em regra, tais teorias concordam que todos os fins públicos se enquadram na esfera da atividade governamental e que existem limitações impostas à eficácia da atuação estatal. Por exemplo, o Estado não consegue promover saúde, ele pode promover condições que propiciem uma vida mais saudável aos cidadãos.

A simples consideração psicológica ensina que o Estado não pode produzir nada que pertença exclusivamente à interioridade humana. Pode provocar uma atitude eclesiástica exterior, mas não uma atitude religiosa. A moralidade, a arte, a ciência nunca podem ser produzidas diretamente pelo Estado, porque nunca podem ser realizadas por meios externos que não sejam os únicos disponíveis ao Estado. O Estado só pode estabelecer as condições externas mais favoráveis sob as quais essas atividades vitais, que são inteiramente independentes dele em termos de conteúdo, podem se desenvolver. Mas o Estado também não pode controlar a vida física. Ele não pode trazer a saúde, longevidade, número e força física de seu povo diretamente, mas só pode promovê-los positiva e negativamente (afastando influências nocivas) através de medidas higiênicas (tradução nossa) (JELLINEK, 1914, p. 250-1)⁹⁷.

⁹⁷ Texto original: “*Einfache psychologische Überlegung lehrt, daß der Staat nichts erzeugen kann, was ausschließlic der menschlichen Innerlichkeit angehort. Er kann ein auBerliches kirchliches Verhalten, aber nicht religiöse Gesinnung herbeiführen. Sittlich keit, Kunst, Wissenschaft können nie direkt vom Staate produziert werden, weil sie durch iuBere Mittel, als welche allein dem Staate zu Gebote stehen, niemals hervorgerufen werden können. Der Staat kann nur die giinstigen auBeren Bedingungen setzen, unter denen sich diese von ihm inhaltlich ganz unabhängigen Lebensbetätigungen entwickeln können. Aber auch das physische Leben kann der Staat nicht beherrschen. Er kann Gesundheit, Lebensdauer, Zahl und körperliche Kraft seines Volkes nicht*”

Destaca ainda a relação do Estado com a produção de recursos e a sua incapacidade de, diretamente, produzir bens econômicos, ainda que num Estado socialmente estruturado.

Finalmente, não pode produzir bens econômicos diretamente, nem mesmo em um Estado socialmente construído, mas pode apenas remover obstáculos à atividade econômica e ter um efeito estimulante sobre eles, ou planejar e combinar forças individuais para produção conjunta de maneira socialista. Se o Estado ultrapassar seus limites naturais, ele só pode ter um efeito inibidor ou destrutivo. Os elementos produtivos essenciais de toda a cultura de um povo, portanto, residem predominantemente nos indivíduos e na sociedade não estatal (tradução nossa) (JELLINEK, 1914, p. 251)⁹⁸.

O campo de atuação do Estado, portanto, situa-se na esfera daquilo que pode ser alcançado exclusivamente através da ação humana externamente eficaz. Em sua esfera de atividade só cabem as atividades solidárias da vida humana. Na concepção de Habermas, o Estado é um contraponto à livre iniciativa (mercado), e a mediação entre ambos é promovida por uma sociedade civil cidadã e democrática:

O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses *designs* discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual se cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração (HABERMAS, 1997, p. 99).

Assim, tomando que o Estado é uma construção posterior à vida em sociedade, numa dinâmica que passa, grosso modo, pelo caminho das famílias, clãs, tribos até a cidade, onde este surgiu; que o Direito tenha precedido o Estado, após o surgimento deste, ambos passaram a caminhar juntos; e que, se não foi sempre assim, mesmo numa condição de Estado mínimo, ele foi indutor e garantidor do desenvolvimento e bem-estar geral (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 757); e tomando que haverá de se “contar com a direta relação entre a Constituição e aquilo que se tem chamado realidade constitucional, ou realidade política, econômica, social e cultural que lhe subjaz, a que pretende aplicar-se e de que depende, em maior ou menor medida, o seu modo de vigorar” (MIRANDA, 1997, p. 33), noutras palavras, a Constituição como a reguladora da relação entre Estado e sociedade.

[S]e aceitarmos esses pontos de vista, poderemos afirmar que, independentemente de quaisquer sentimentos que possamos nutrir em relação

unmittelbar hervorbringen, sondern nur durch hygienische Mafiregeln positiv und negativ (durch Abwehr schadlicher Einflisse) fordern”.

⁹⁸ Texto original: “*Endlich kann er auch die wirtschaftlichen Güter nicht direkt erzeugen, auch nicht in einem sozialistisch konstruierten Staate, sondern nur Hemmungen der wirtschaftlichen Tätigkeit hinwegraumen und anspornend auf sie wirken oder in sozialistischer Art die individuellen Kräfte zu gemeinsamer Produktion planmäßig ordnen und zusammenschließen. Überschreitet der Staat diese seine natürlichen Grenzen, so kann er nur hemmend Oder zerstörend wirken. Die wesentlichen produzierenden Elemente der gesamten Kultur eines Volkes liegen daher überwiegend in den Individuen und der nicht-staatlichen Gesellschaft*”.

à "pessoa" do Estado e à presença desse "sujeito" em nossa vida, foi graças à atuação estatal — ora mais agressiva, ora menos intensa — que os direitos sociais, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar o *status* de direitos fundamentais, vale dizer, a condição de direitos oponíveis *erga omnes* — até mesmo contra o Estado, que, ao constitucionalizá-los, dotou as suas normas da injuntividade, por menor que seja, com que esses novos direitos iniciaram a luta pela sua efetivação —, pouco importando, sob esse aspecto, que essa concretização fique a depender da disponibilidade de recursos, sobretudo nos países subdesenvolvidos, nos quais impera a perversa reserva do possível, apesar de, vez por outra, ver-se confrontada por decisões judiciais proferidas em situações extremas (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 758)

Assim, tem-se o Estado como promotor do bem-estar, regulado pela Constituição.

Neste sentido, sem desprezar o processo que levou o Estado do absolutismo ao Estado Democrático de Direito⁹⁹, embora, não dissertando sobre ele, tem-se que a finalidade do Estado deva ser compreendida como a promoção do bem-estar, sob a perspectiva da consciência coletiva de um povo em seu tempo, para a garantia de direitos fundamentais.

4.1.2 Constituição Bem-estarista

Retomando o tema do bem-estar na Constituição, partiremos do seu Preâmbulo. Neste, que funciona como um roteiro para os elementos valorativos, matriciais, axiomáticos, principiológicos do trabalho constituinte, a Constituição estabelece seus marcos, ao se apresentar como “seguradora” do exercício de direitos sociais e individuais, por ela elencados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos: a liberdade,

⁹⁹ A defesa do Estado de Direito tornou-se uma ideia quase consensual e considerada por muitos como um pilar da democracia. Nenhum outro conceito foi acolhido por um espectro político tão amplo, como a noção de Estado de Direito, como Hayek e Habermas. Na perspectiva clássica, o Estado de Direito seria a contraposição ao Estado arbitrário, no qual o estabelecimento de normas fixas, claras e estáveis serviriam como instrumento de proteção à imprevisibilidade de governos autoritários. Assevera que, na segunda metade do Século XVII, após duzentos anos de governos absolutos, as tradições de liberdade haviam sido destruídas. É nesse contexto que surgem os primeiros movimentos na direção de um Estado baseado em leis. Historicamente, na construção de tal conceito, destacam-se as contribuições da Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos. Na Inglaterra, a construção do conceito de Estado de Direito foi marcada por luta pelas liberdades individuais. Inicialmente, como uma luta pelo poder e, a *posteriore*, com o consolidar da luta pelas liberdades individuais, a preservação e o seu aprimoramento se tornaram um ideal neste país, a *Rule of Law*. A contribuição alemã, *Rechtsstaat* influenciada pela filosofia de Kant, descreve o tipo de sistema estatal no qual todo o poder aplicado publicamente é criado pela lei, é obrigado a seus regulamentos e está subjacente a numerosas fragmentações de poder e mecanismos de controle. A contribuição norte-americana está ligada à sua Constituição. O constitucionalismo estadunidense criou o sistema de governo presidencial, o federalismo, o controle difuso de constitucionalidade, mecanismos sofisticados de freios e contrapesos e uma Suprema Corte que protege a Constituição, sendo sua composição uma expressão do sistema de controle entre os poderes separados. No entanto, o Estado de Direito, fundamentado nas premissas de Estado mínimo e garantia de liberdades individuais, não eram suficientes para atender às demandas de infraestrutura, desigualdade e suprimimento de direitos sociais. Em síntese, o sistema de organização política denominado *Welfare State* ou Estado de Bem-estar Social, através do aparato governamental, por meio de políticas públicas redistributivas, de compensação e de regulação do mercado, busca democratizar, suprir e minimizar, na medida do possível, o impacto das discrepâncias causadas pelo mercado. Sobre este tema, cf. (HERINGER, 2022, p. 23-51).

a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Destacando essa qualidade de garantidora dos direitos, que elevam o grau de comprometimento quanto aos direitos fundamentais. “É muito importante notar que o Preâmbulo fala em assegurar o exercício dos direitos, o que tem significação mais concreta do que uma simples declaração dos direitos, sem preocupação com seu exercício” (DALLARI, 2001, p. 268).

O preâmbulo constitucional é como

uma espécie de Constituição da Constituição, funcionando como uma “ponte no tempo”, seja para evocar ou esconjurar o passado, a depender das circunstâncias históricas de cada processo constituinte; seja para falar ao presente, ocasionalmente orientando desejos; seja, enfim, para contemplar tanto o presente quanto o futuro e, com relação a este, ademais, para antecipar, quanto possível, o encontro de um povo com esse almejado porvir (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 28).

Mesmo que se discuta o caráter jurídico ou não-jurídico dos preâmbulos constitucionais¹⁰⁰, e que no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o preâmbulo constitucional não se caracterize como poder normativo¹⁰¹, fato é que seus elementos configuram o norte a ser seguido. Por isso, cada palavra é eivada de significado e ali colocada de forma não aleatória, para conduzir os trabalhos do constituinte, ao escrevê-la, e do intérprete da Constituição, ao analisá-la.

Desta forma, no âmbito daquilo que este trabalho se propõe, destaca-se o termo “bem-estar” já no preâmbulo constitucional, como efeito dos direitos a serem assegurados e como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. O que nos permite afirmar que, desde seus prolegômenos, a Constituição brasileira pode ser considerada bem-estarista em seu escopo.

Mesmo que a expressão “bem-estar” não faça parte dos três primeiros artigos constitucionais, que tratam dos fundamentos constitucionais (art. 1º), da estrutura dos Poderes envolvidos (art. 2º) e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º), seu sentido e força, advindos do preâmbulo, se mostram presentes no texto constitucional, como veremos a seguir.

O art. 3º, inciso IV, deixa claro que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a promoção do “bem de todos”. Além disso, os fundamentos da

¹⁰⁰ Entre os que defendem seu caráter jurídico, com poder paradigmático numa análise de declaração de inconstitucionalidade normativa, tem-se Tupinambá Nascimento (Comentários à Constituição Federal: ordem econômica e financeira : arts. 170 a 192, 1997, p. 134); e no espectro oposto, entendendo que o preâmbulo não pode sobrepujar o texto constitucional ou sequer dele se sentir parte, Canotilho e Vital Moreira (Fundamentos da Constituição, 1991, p. 45).

¹⁰¹ Mesmo diante do entendimento de parte da doutrina, de que o preâmbulo constitucional possua caráter normativo, no julgamento da ADI nº 2.076/AC, relatada pelo Ministro Carlos Velloso, a Corte Suprema decidiu, unanimemente, que o Preâmbulo não pode ser lido como uma norma central da Constituição (BRASIL, 2000).

soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político e os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, são elementos que compõem a ideia de bem-estar tabulado no preâmbulo constitucional.

Nesse sentido, pode-se afirmar que

a Constituição Federal dá ao Estado Brasileiro o modelo republicano, social e democrático de direito, em todas as dimensões materiais e organizacionais. Vinculando a legitimação do Estado a outras obrigações negativas e prestacionais, com obrigações ligadas à soberania popular, ao pluralismo, à cidadania e à participação política democrática (COELHO e NETO, 2021, p. 149).

Já no capítulo que trata da competência da União, no seu art. 23, parágrafo único, a Constituição prevê a fixação de normas para cooperação entre a União, Estados, Distrito Federal e municípios, com vistas ao “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar”. Fundamental para o tema abordado, esse parágrafo da Constituição salienta a competência material, i.é., o dever-poder do Estado para estabelecer o conjunto das ações necessárias à concretização dos comandos e as prerrogativas previstas nas normas constitucionais e infraconstitucionais, para a satisfação do interesse público, p.e., por meio de políticas públicas e regulação de setores econômicos.

O desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem-estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura. O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do subdesenvolvimento, dimensão esta explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado (BERCOVICI, 2004b, p. 158)

Considerando que o desenvolvimento esteja intimamente ligado à promoção do bem-estar, eles não podem ser desatrelados ou dissociados. Na mesma medida que o bem-estar depende do desenvolvimento para se manter, qualquer resultado das ações estatais não poderá ser considerado desenvolvimento, na acepção do termo, se não estiver promovendo o bem-estar. A dissociação desses dois elementos reforça a desigualdade e suprime o bem-estar geral. Bercovici (2004b, p. 164-6) retrata essa condição no Brasil resultante da Revolução de 1930, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório, o qual se tornou “social” sem produzir uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, porém comedido em boa parte das questões sociais.

Contidos nos títulos constitucionais “da ordem econômica e financeira” e “da ordem

social”, os artigos 186, IV e 219, respectivamente, relacionam o instituto da propriedade e o mercado ao bem-estar social, colocando o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores como um dos critérios de adequação da propriedade rural à sua função social e incentivando o mercado interno à promoção do bem-estar como um de seus objetivos. Tal relação do bem-estar à função social da propriedade e a integração do mercado interno como patrimônio nacional evidenciam a

preocupação em construir um Estado de Direito verdadeiramente democrático, no qual, sem preferências expressas ou camufladas, possuem a mesma dignidade constitucional tanto os valores sociais do trabalho quanto os da livre iniciativa, erigidos que foram em fundamentos da República Federativa do Brasil no primeiro artigo da Constituição (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 1408).

Tal evidência privilegia a busca pelo equilíbrio entre desenvolvimento e bem-estar (art. 23, CRFB), já mencionada acima, que são próprios do que se deve esperar das análises de custos e benefícios e das avaliações de impacto regulatório.

Ainda no título da ordem social, os artigos 193 e 231, § 1º, que estabelecem o bem-estar geral como objetivo da ordem social, respectivamente, de forma geral e direcionada aos povos indígenas. O bem-estar enquanto alvo dessa ordem social se mostra o mesmo em ambos os artigos. Porém, no caso do art. 231, § 1º, adequa o sentido de bem-estar, com base no princípio da proteção da identidade (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 1427), à realidade da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas. Também, estabelecendo o bem-estar como critério de determinação dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Por fim, os artigos 225, § 7º; e 230, da Constituição, utilizam-se do termo “bem-estar” num sentido mais genérico que aquele tratado neste trabalho (2.1), não se referindo ao resultado das ações governamentais em relação ao indivíduo e à sociedade. Referem-se à responsabilidade civil e moral que a própria sociedade/indivíduo deve ter em relação aos animais e aos idosos no âmbito da vida particular, familiar e suas instituições privadas.

Uma vez abordados os dispositivos constitucionais que tratam do bem-estar, enquanto um dos seus “valores supremos”, pode-se concluir que estes estão alinhados à compreensão que a ACB tem de bem-estar, enquanto seu principal objetivo. O que permite dizer que, conquanto a ACB não tenha sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, e ainda que possa ser encarada como um estrangeirismo inadequado à realidade brasileira, no quesito da objetividade, pelo menos, a análise dos custos e benefícios está perfeitamente alinhada aos parâmetros e propósitos constitucionais brasileiros.

4.2 O Poder Constituinte e a partição de Poderes

A concepção de que o poder emana do povo é amplamente aceita na política moderna. Sendo que o poder constituinte é aquele que melhor personifica essa faculdade emanada da sociedade.

De uma perspectiva relacional, o poder constituinte pertence ao povo, mas isso não significa que a autoridade política esteja localizada no povo (enquanto multidão) como sustentam os adeptos do princípio da soberania popular. O poder constituinte expressa uma igualdade virtual dos cidadãos. Isso é gerado *inter homines* (estabelecendo o princípio da unidade), mas funda uma associação real dividida em governantes e governados em uma relação de dominação (estabelecendo o princípio da hierarquia). Funda uma racionalidade constitucional (ou normatividade), mas a associação evolui apenas por meio da ação (ou decisão). Essa tensão entre a soberania (a vontade geral) e o soberano (o agente com autoridade para fazer cumprir uma decisão em nome da vontade geral) garante que o poder constituinte não seja entendido meramente como poder (no sentido de força). Envolve uma dialética do direito — do direito político (*droit politique*) — que busca constantemente irritar a forma institucionalizada de autoridade constituída (tradução nossa) (LOUGHLIN, 2012, p. 23)¹⁰².

Para Loughlin, o poder constituinte não é a vontade de um sujeito constituinte (o príncipe ou o povo), mas, expressa uma relação de direito. “O conceito de poder constituinte é uma expressão do direito político, do *droit politique* ou do *jus politicum*; que expressa algo aberto, uma dimensão provisória, dinâmica e evolutiva do ordenamento constitucional (tradução nossa)” (LOUGHLIN, 2012, p. 2)¹⁰³.

Ainda em seus princípios fundamentais, a Constituição da República adotou a tripartição de poderes (art. 2º), o Executivo, Legislativo e Judiciário, num modelo clássico monstesquiano, em tese, “independentes e harmônicos entre si”.

O poder emanado do povo, o poder constituinte, torna-se objeto de inúmeras disputas entre os poderes do Estado, cujo cerne se encontra na autonomia e legitimidade para criar leis, na capacidade de estabelecer normas gerais de aplicação futura. O que está em jogo é a capacidade de criar regras e estabelecer preceitos que regerão o andamento e direção para onde

¹⁰² Texto original: “*From a relational perspective, constituent power vests in the people, but this does not mean that political authority is located in the people (qua the multitude) as adherents to the principle of popular sovereignty maintain. Constituent power expresses a virtual equality of citizens. This is generated inter homines (establishing the principle of unity) but it founds an actual association divided into rulers and ruled in a relation of domination (establishing the principle of hierarchy). It founds a constitutional rationality (or normativity), but the association evolves only through action (or decision). This tension between sovereignty (the general will) and the sovereign (the agent with authority to enforce a decision in the name of the general will) ensures that the constituent power is not to be understood merely as power (in the sense of force). It involves a dialectic of right – of political right (droit politique) - that seeks constantly to irritate the institutionalized form of constituted authority*”.

¹⁰³ Texto original: “*The concept of constituent power is an expression of political right, of droit politique or jus politicum; it expresses the open, provisional, dynamic, evolutionary dimension to constitutional ordering*”.

caminha a sociedade. Quando ocorre a interferência de um poder sobre o outro, ou algum deles exorbita suas funções, em regra, tal se dá na forma de regras gerais ou específicas editadas por um dos poderes, conforme o caso.

O estabelecimento de agências reguladoras vinculadas ao Poder Executivo, p.e., permite a este Poder a capacidade de instituir regras que servirão de base para o funcionamento de determinado setor da sociedade. À medida que essas regras são questionadas junto ao Poder Judiciário, se este, ao invés de decidir e definir se elas são válidas ou não, com base no ordenamento vigente, determina o cumprimento de novas regras ao setor especificado, ambos, poderes Executivo e Judiciário, estão exorbitando suas funções para assumir o poder dos poderes, que é legislar.

4.2.1 Legislação e legitimidade.

Loughlin (2012, p. 2) apresenta o conceito do poder constituinte por meio da emanção de três tipos de pensamento jurídico: o normativismo, o decisionismo e o relacionalismo.

Sob o termo normativismo entende o poder constituinte, com vertentes legais do pensamento positivista e antipositivista, modelado pela autonomia do ordenamento jurídico.

O poder constituinte é um conceito político, mas também é um conceito de direito público. [...] O normativismo pressupõe um Estado já existente com uma estrutura de autoridade reconhecida e aceita. É, portanto, uma expressão peculiarmente emaciada do pensamento constitucional. Em sua variante positivista, postula ou a existência de um soberano com autoridade para ter seus comandos reconhecidos como lei ou então um conceito de direito puramente como um sistema de normas autorizado por uma norma fundadora cuja autoridade é pressuposta como uma condição de pensamento legal. Em sua variante antipositivista, esse tipo de pensamento jurídico centra-se na evolução moral da legalidade como prática social, mas evita dizer qualquer coisa sobre as condições políticas sob as quais a autoridade constitucional é estabelecida (tradução nossa) (LOUGHLIN, 2012, p. 8 e 10)¹⁰⁴.

Já o decisionismo, segundo o mesmo autor, é o resultado da lei como vontade. Tem como expoente mais proeminente no pensamento constitucional, Carl Schmitt, que trata o poder constituinte como uma expressão substituta da vontade do soberano. Nessa vertente, entende-se que uma constituição moderna, embora possa ser estabelecida, é por si só incapaz de garantir

¹⁰⁴ Texto original: “*Constituent power is a political concept, but it is also a public law concept. [...] Normativism assumes an already-existing state with a recognized and accepted structure of authority. It is therefore a peculiarly emaciated expression of constitutional thought. In its positivist variant it posits either the existence of a sovereign with the authority to have its commands recognized as law or else a concept of law purely as a system of norms authorized by a founding norm whose authority is pre-supposed as a condition of legal thinking. In its anti-positivist variant, this type of legal thought focuses on the moral evolution of legality as a social practice but it avoids saying anything about the political conditions under which constitutional authority is established*”.

os termos de sua própria existência e, por isso, precisa ser legitimada por uma vontade soberana, o poder constituinte.

Por fim, a última vertente de pensamento jurídico, o relacionalismo, rejeita os demais, por entender que o poder constituinte não é uma categoria redundante e a noção de que este poder repousa em qualquer *locus* particular (seja o do príncipe ou do povo) é equivocada.

O poder constituinte não é a vontade de um sujeito constituinte: ele expressa uma relação de direito. Nesse sentido, o relacionalismo tem afinidades com o conceito medieval de “Lei fundamental”, embora com a transição para a modernidade esse conceito seja transformado na “lei” que sustenta o domínio político autônomo (tradução nossa) (LOUGHLIN, 2012, p. 2)¹⁰⁵.

Portanto, o poder constituinte é um conceito relacional que reflete o jogo de forças no domínio político. Decorre dessa percepção, que o poder de legitimamente estabelecer leis é a representação máxima do poder emanado da sociedade. Dessa forma, é que Montesquieu concebia que o poder de legislar tinha que estar separado dos poderes de executar e julgar.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois, o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

A demonstração prática desse pensamento de Montesquieu se manifesta de forma efetiva na federação norte-americana. Nas palavras de Jellinek, embora fosse efetiva a ideia norte-americana de separação dos poderes, como parte do sistema constitucional, esse poder original e indivisível pertencia ao povo, que o delegaria a órgãos representativos.

A unidade original de poderes teria que ser mostrada como uma razão para exercer o direito de emendar a Constituição. As constituições de todos os Estados posteriores, embora aceitem até certo ponto o princípio da separação dos poderes [...] reconhecem expressamente a unidade do Estado, por meio de uma fórmula que só pode ser compreendida se for considerada do ponto de vista da evolução da doutrina da soberania (tradução nossa) (JELLINEK, 1914, p. 501)¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Texto original: “*Constituent power is not the will of a constituent subject: it expresses a relationship of right. In this respect, relationalism has affinities with the medieval concept of ‘fundamental law’, although with the transition to modernity that concept is transformed into the ‘law’ that sustains the autonomous political domain*”.

¹⁰⁶ Texto original: “*In der Ausübung des Rechtes der Verfassungsänderung zeige sich stets die ursprüngliche Einheit der Gewalten. Die späteren Verfassungen in alien Staaten, obwohl sie alle in gewissem Umfange das Prinzip der Gewaltenteilung akzeptieren, [...] als ausdrückliche Anerkennung der Staatseinheit in einer Formel bedeutet, die nur aus der Entwicklung der Souveranitätslehre heraus zu begreifen ist*”.

Para os detentores do poder constituinte norte-americano, talvez tenha parecido natural, que a divisão de poderes se daria pelo simples estabelecimento de instituições dedicadas ao exercício de cada uma das funções apresentadas pelo pensamento montesquieuano: o poder executivo, na figura do presidente e seu corpo de governo; o poder legislativo nas casas legislativas do congresso bicameral; e o poder judiciário, na figura da Suprema Corte e dos demais tribunais.

Porém, as coisas se mostraram bem mais complexas do que se podia pensar. E o poder de legislar — que no Brasil tem seu controle pelos demais poderes, seja pelo poder de veto do presidente da república, p.e., seja pelo controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Supremo Tribunal Federal — se tornou parte integrante da atividade executiva e judiciária, nos diversos departamentos e instâncias de poder. E é, exatamente, essa capacidade legislativa, sem o devido controle dos demais poderes, existente nos mais diversos setores da Administração Pública, e em especial, para os fins do presente trabalho, no judiciário, que se torna excessivamente perigosa para a liberdade e democracia.

Segundo Groppali, a interação entre os poderes, suas inúmeras correlações e implicações se davam

não mais mecanicamente, no sentido de uma rígida separação de órgãos com funções individuadas, mas, de um lado, como especificação de órgãos e atribuições de funções expressas em formas diferentes (lei, decreto, sentença) e, de outro lado, como coordenação de órgãos distintos na unidade do Estado, a qual encontrava sua expressão no poder político exercido pelo governo com a maior liberdade de apreciação e atividade (GROPPALI, 1968, p. 190).

O controle de constitucionalidade da atividade legislativa e a adjudicação constitucional tornaram-se um dos principais elementos de estabilidade do Estado Democrático de Direito¹⁰⁷. E Kelsen procura solucionar a equação do controle da atividade legislativa através da regulação por meio de normas superiores de forma política, através de órgão institucionalmente separado e especializado para regular a legislação ordinária. No seu entendimento, esse tribunal deveria ser colocado fora da estrutura das instituições governamentais existentes, bem como deveria ser independente do judiciário.

Importante destacar que, a elevação dos direitos humanos à condição de direitos

¹⁰⁷ Existem três sistemas de controle de constitucionalidade: o controle político, através do qual a verificação da inconstitucionalidade é efetuada por um órgão de natureza política; o controle jurisdicional, no qual o próprio Poder Judiciário, mediante prerrogativa concedida constitucionalmente, tem poder para verificar a (in)constitucionalidade de lei e de outros atos da Administração Pública que contrariem os dispositivos e princípios constitucionais, de duas formas: o controle difuso, através do qual qualquer juiz é competente para declarar a inconstitucionalidade das leis, sem, contudo, julgar a lei em si, mas apenas julgando o caso concreto e o controle concentrado, por meio de um Tribunal constitucional que averigua a validade constitucional ou não de determinada lei (*erga omnes*); e o controle misto que, como já expresso no nome, segundo previsão constitucional, a atividade legislativa é submetida ao controle político e jurisdicional, tanto difuso quanto concentrado (SILVA, 2002, p. 49).

fundamentais constitucionais torna todas as questões que envolvam o indivíduo em suas relações sociais ou com o Estado uma matéria constitucional. Por conseguinte, objeto de deliberação da corte constitucional. O que deveria ser debate político, se torna debate jurídico e há uma alocação de poder do legislativo para o judiciário. Nas palavras de Ferejohn,

A teoria democrática clássica associa a política às atividades do legislativo e a lei ao funcionamento do Poder Judiciário. A política é natural para o funcionamento da legislatura e ali é inevitável e legítima. Na verdade, a contestação política é entendida como necessária para concretizar os valores democráticos fundamentais. A legislatura faz leis obrigatórias para todos; cada indivíduo, portanto, tem um interesse em decidir quem deve sentar-se na legislatura. Todos têm o direito de monitorar os debates legislativos, de ter contribuições e influência oportuna em suas decisões e de exigir que seus membros se apresentem diante de nós para prestar contas do que fizeram nas eleições (tradução nossa) (FEREJOHN, 2002, p. 49)¹⁰⁸.

A ideia é, exatamente, que a política seja contenciosa e haja o direito de organizar partidos e facções para eleger, monitorar, criticar, opor-se e de outra forma influenciar os legisladores.

Nesse sentido, espera-se que a política legislativa seja contenciosa, partidária e ideológica. Certamente, o espaço político para criticar e contestar o poder pode ser abusado de maneiras que ameaçam o funcionamento da própria democracia. [...] Na melhor das hipóteses, a política de facção e partido pode ser regulamentada ou administrada para limitar os abusos prováveis. A forma mais satisfatória de regulação depende do processo eleitoral para corrigir a patologia política. Claro, se a autorregulação democrática falhar, existem salvaguardas constitucionais impostas por tribunais que podem ser empregadas para limitar a legislação abusiva (tradução nossa) (FEREJOHN, 2002, p. 50)¹⁰⁹.

Não é o que se espera dos tribunais e dos magistrados. A aplicação da lei, que é tarefa precípua dos tribunais não deve se basear em questões políticas e de vontade popular. O contencioso no ambiente judiciário, como se espera, deve se pautar em questões técnicas quanto aos devidos princípios jurídicos e constitucionais a serem aplicados para a resolução das lides.

O dever dos juízes e oficiais jurídicos é fornecer tribunais justos e imparciais, perante os quais as partes em conflito podem resolver suas disputas sob as normas legais pré-existentes aceitas. Este modelo vê os tribunais como locais

¹⁰⁸ Texto original: “*Classical democratic theory associates politics with the activities of the legislature, and law with the operation of the judicial branch. Politics is natural to the operation of the legislature and is both unavoidable and legitimate there. Indeed, political contestation is understood as necessary to realize core democratic values. The legislature makes laws that are binding on all; each individual, therefore, has a stake in deciding who should sit in the legislature. All are entitled to monitor legislative debates, to have timely input and influence on their decisions, and to demand that its members stand before us to account for what they have done in elections*”.

¹⁰⁹ Texto original: “*In this sense, lawmaking politics is expected to be contentious, partisan, and ideological. To be sure, the political space to criticize and contest power can be abused in ways that threaten the operation of democracy itself. [...] At best, the politics of faction and party can be regulated or managed to limit the likely abuses. The most satisfactory form of regulation relies on the electoral process to correct political pathology. Of course, if democratic self-regulation fails, there are court-enforced constitutional safeguards that may be employed to limit abusive lawmaking*”.

onde determinadas disputas são resolvidas, não como locais onde regulamentos gerais e prospectivos são formulados (tradução nossa) (FEREJOHN, 2002, p. 50)¹¹⁰.

Logo, o controle popular e eleitoral que sofre o legislativo em suas decisões, que são eminentemente políticas, não afeta ao judiciário e, em especial, a corte superior, o que, por consequência, permite ao magistrado da corte constitucional uma liberdade até mesmo maior que a do legislador, mesmo se comparado ao legislador constituinte, razão pela qual as preocupações apontadas por Tocqueville e Montesquieu se tornam severamente pertinentes.

Para Kelsen, contudo,

O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não para de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais. A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui (KELSEN, 2003, p. 126).

Embora, em princípio, Kelsen (2003, p. 153) entendesse que o tribunal constitucional se envolveria de forma negativa com a legislação, i.e., derrubando decretos ou estatutos conflitantes com os preceitos constitucionais, ele reconhece que esse tribunal especializado estaria necessariamente exercendo poderes legislativos de algum tipo.

4.2.2 Métodos estruturais de controle da atividade legislativa

Ferejohn (2002, p. 49) salienta que, no controle do poder de legislar, seja no Legislativo, Executivo ou Judiciário, os Estados modernos dependem mais dos chamados métodos estruturais de controle, que podem ser divididos em três modelos, a seguir:

O primeiro modelo é o republicano, que visa controlar a atividade legislativa do poder legislativo, cujo controle está ligado ao fato de que o legislador está vinculado a seus eleitores e a estes deve prestar contas de suas ações legislativas. Seu enfoque é político e eleitoral.

O segundo modelo é o procedimentalista indireto, que visa o controle das atividades legislativas do poder Executivo. Nele a formulação de regras administrativas é controlada pela dependência da agência do Legislativo para financiamento e autoridade, pela dependência da agência do Executivo para pessoal e direção, e por requisitos procedimentais na formulação de

¹¹⁰ Texto original: “*The duty of judges and legal officers is to provide fair and unbiased tribunals before which conflicting parties can settle their disputes under pre-existing accepted legal norms. This model sees courts as places where particular disputes are settled, not as places where general and prospective regulations are formulated*”.

regras. Assim, a legislação administrativa é controlada indiretamente pelo fato de os administradores serem responsáveis perante os governantes eleitos.

E o terceiro modelo, que visa o controle da legislação judicial, através da imposição de limites à jurisdição dos tribunais. Em tese, a legislação judicial é limitada em seu alcance através da limitação jurisdicional e de precedentes, o que, no Brasil, pelo menos, se mostra eficaz no que concerne aos tribunais federais e estaduais, mas tem demonstrado pouca eficácia, conforme declaração do Min. Dias Toffoli, no período em que atuou como presidente do STF: “isso é um fracasso das instituições brasileiras. Aí tudo cai nos nossos ombros, aí tudo cai nas nossas responsabilidades e aí, para o bem ou para o mal, nós somos responsabilizados. Se formos analisar, temos que diminuir nossa Constituição” (WETERMAN, 2019).

Independentemente do método estrutural de controle a ser adotado, importante destacar a relevância do poder de legislar, regular ou determinar políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, pois, este poder é o mais próximo daquele poder constituinte emanado do povo.

4.3 Estado Democrático De Direito e os fundamentos constitucionais de promoção do bem-estar

O poder constituinte, em sua relevância, é convergido e direcionado na Constituição da República através dos seus valores fundamentais. Considerando que, tão importante quanto responder “para que serve a Constituição”, mister é que se defina “a quem serve a Constituição”, essa convergência conduz aos princípios fundamentais elencados no art. 1º, que, em certa medida, são ressignificados pelos valores expostos no preâmbulo constitucional. Nesse contexto, os conceitos de soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana (aos quais daremos maior atenção para os fins deste trabalho), além dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, se mostram intimamente ligados ao desenvolvimento da concepção de Estado Democrático de Direito, como fundamentos para a promoção de seus valores supremos, dos quais o bem-estar é aquele que, no nosso entender, engloba ou dá sentido aos demais: direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Considerando que sua construção e concretização se dão concomitantemente ao ordenamento teórico e jurídico que culmina no Estado Democrático de Direito, à medida que esses valores vão gradativamente tornando parte do escopo jurídico-político-social do Estado instituído.

4.3.1 Soberania popular

O Estado Democrático de Direito não pode ser visto apenas como o resultado da soma direta das ideias de Estado democrático e Estado de direito. O Estado não se configura pela simples união formal dos conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Um novo conceito, composto pelos elementos derivados destes, porém, incorporando um componente revolucionário e transformador do *status quo*. Razão pela qual a afirmação constitucional, já no seu primeiro artigo, de que a República Federativa do Brasil se constitui um Estado Democrático de Direito se mostra extremamente relevante, para proclamar e fundar o Estado, desde sua organização, como tal (SILVA, 1988, p. 21).

Nesse processo de refundação revolucionária do Estado brasileiro, a soberania é apresentada como uma das bases sobre as quais o Estado Democrático de Direito brasileiro se fundamenta. O parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República faz crer que essa soberania se define como soberania popular, uma vez que esta é a fonte do poder. Segundo Barretto

Enquanto a cidadania liberal reduzia-se a definir uma situação jurídico-política que estabelecia direitos e deveres do indivíduo face ao Estado, a cidadania do estado democrático de direito surge como a expressão constitucional de um ato da soberania popular; não da soberania de uma assembleia constituinte, mas de um corpo constituinte nascido da vontade popular e, por essa razão, a Constituição brasileira coloca como o primeiro fundamento do Estado a soberania popular; não é, portanto, o Estado que constitui a República, mas esta que se constitui em Estado, pois o constituinte traz para a assembleia constituinte toda uma carga de valores e princípios, amadurecidos pela sociedade (BARRETTO, 1996, p. 20).

Traz consigo a perspectiva de que o processo democrático é constituído por um corpo popular, o “povo”, cujo poder se encontra nele mesmo, sendo usado para ele próprio. Noutras palavras, “no Estado Democrático de Direito a soberania do povo funda-se na soberania do Estado, enquanto a soberania do Estado, por seu turno, na soberania do povo” (NEVES, 2005, p. 423).

Entretanto, pode ser considerado um equívoco interpretar a doutrina contemporânea da soberania popular como democracia ou formas democráticas de governo. Não se pode desprezar que os ideais de soberania popular difundidos pelas Revoluções Inglesa, Americana e Francesa tenham promovido um quadro mais igualitário da ordem política.

A doutrina da soberania popular popularizada pelas Revoluções Inglesa, Americana e Francesa definitivamente promove um quadro mais igualitário da ordem política, ao negar que qualquer indivíduo ou grupo possa reivindicar a autoridade política como um direito de propriedade, como algo que eles podem dispor como eles escolhem. E pode facilmente se tornar o ponto de partida para justificativas para formas mais democráticas de governo, à medida que se estende o consentimento desde o estabelecimento e responsabilização da autoridade estatal até a eleição de titulares de cargos e a

aprovação de políticas específicas. Mas essa nova doutrina da soberania popular investe a autoridade final em uma comunidade imaginada, todos os habitantes de um território imaginados como um corpo coletivo, e não em qualquer maioria de carne e osso institucionalmente definida. Como resultado, introduz uma distinção entre o que poderíamos chamar de “os dois corpos do povo”. Ao lado de uma imagem das pessoas que efetivamente participam das instituições políticas, constrói outra imagem das pessoas como uma comunidade pré-política que estabelece essas instituições, com a palavra final sobre sua legitimidade. É esta última comunidade, não a maioria dos cidadãos, que é soberana nesta nova doutrina. Pois, como declara o artigo 3º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação. Tampouco qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos pode ter direito a qualquer autoridade que não seja expressamente derivada dela” (tradução nossa) (YACK, 2001, p. 518-9)¹¹¹.

Da doutrina moderna da soberania popular, portanto, deriva-se a perspectiva de que a soberania pode ser observada como soberania das pessoas e/ou soberania estatal. É a visão do Estado como povo. Essa deveria ser uma identificação óbvia, o Estado ser idêntico às pessoas que o formam. Embora, ainda que em termos teóricos isso pareça evidente e reconhecida nas mais antigas teorias do Estado, no sentido prático, essa relação entre Estado e povo dá mostras de intangibilidade. Teoricamente, a soberania popular é a fonte do poder e de sua distribuição, determinando as funções do poder do Estado, virtualmente, nele já contidas (JELLINEK, 1914, p. 144).

Assim, a proximidade que um Estado possui do Estado Democrático de Direito está diretamente relacionada ao quanto a autoridade de sua soberania vem do povo. Vincula-se à efetiva participação dos seus cidadãos ou não no processo político decisório.

[O] princípio da soberania popular compendia as regras básicas de governo e de organização estrutural do ordenamento jurídico, sendo, ao mesmo passo, fonte de todo o poder que legitima a autoridade e se exerce nos limites consensuais do contrato social. Encarna o princípio do governo democrático e soberano, cujo sujeito e destinatário na concretude do sistema é o cidadão (BONAVIDES, 2001, p. 10,11).

Este princípio de soberania popular se relaciona com a fonte do poder constituinte. A

¹¹¹ Texto original: “*The doctrine of popular sovereignty popularized by the English, American, and French Revolutions definitely promotes a more egalitarian picture of political order, since it denies that any individual or group can claim political authority as a proprietary right, as something that they can dispose of as they choose. And it can easily become the starting point for justifications for more democratic forms of government, as one extends consent from the establishment and accountability of state authority to the election of officeholders and the approval of particular policies. But this new doctrine of popular sovereignty invests final authority in an imagined community, all of a territory’s inhabitants imagined as a collective body, rather than in any institutionally defined flesh and blood majority. As a result, it introduces a distinction between what we might call ‘the people’s two bodies.’ Alongside an image of the people who actually participate in political institutions, it constructs another image of the people as a prepolitical community that establishes these institutions and has the final say on their legitimacy. It is the latter community, not the majority of citizens, that is sovereign in this new doctrine. For as Article 3 of the French Declaration of the Rights of Man and Citizen declares, ‘The principle of all sovereignty resides essentially in the nation. Nor can any individual, or group of individuals, be entitled to any authority which is not expressly derived from it’*”.

ideia subjacente dessa relação é o pensamento contemporâneo de que soberania é um conceito eminentemente popular (LOUGHLIN, 2012, p. 11). O poder constituinte funciona praticamente como um poder que atua em substituição ao conceito de soberania popular. O povo, soberano, dotado de poder constituinte, elabora a legislação que regerá a si, por meio de uma constituição.

A soberania popular, como original e tradicionalmente compreendida, de forma simples, era tida como o governo do povo, exercido pela autoridade política de muitos ou da maioria, de modo representativo, em contraposição ao monarca ou déspota. A visão contemporânea, contrariamente, considera que nenhuma pessoa ou pessoas (sejam muitas ou poucas) devam dar a palavra final quanto a autoridade do Estado. Essa nova percepção de soberania popular substitui o governo popular direto, ou a soberania representativa, pela chamada “soberania constituinte” do povo, indiretamente. Na doutrina tradicional, o poder constituinte é ilimitado e permanece sempre com o povo, compreendido como o “corpo de habitantes” legais de um território. Na contemporânea, o poder governamental ou constituído, limita-se aos poderes delegados pelo povo aos governantes, por meio da constituição, sejam eles quem forem (YACK, 2001, p. 520).

Embora conceitualmente, a Constituição da República, desde seu preâmbulo, tenha como um de seus pilares a soberania como uma fonte de autoridade popular, que determina os ditames do Estado brasileiro, seu exercício, enquanto soberania popular, é definido ou restringido, em termos práticos, em regra, a três elementos de participação popular: o exercício do voto, o exercício legislativo evocado na iniciativa popular e o exercício jurisdicional por meio das ações populares.

Entretanto, no que concerne à Constituição brasileira, a expressão “soberania popular”, no texto constitucional, só está vinculada ao exercício do voto (art. 14). Os demais espaços de participação cidadã ainda estão por serem conquistados no processo de fortalecimento do poder popular, por meio da garantia de direitos e proteções aos cidadãos, de forma individual e coletiva. No caso da participação popular na produção de leis e decisão quanto a políticas públicas, ainda existem muitos embaraços à sua efetivação.

A participação popular, trazida pela Constituição Federal por meio de mecanismos como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, não se têm mostrado efetivos no propósito de consolidar a soberania popular pluralista e justificar a expressão constitucional de que “todo o poder emana do povo”. Especialmente se considerarmos a exigência discursiva — de debate e crítica — que marca o paradigma do Estado Democrático de Direito. No caso da iniciativa popular, no âmbito federal, não houve uma lei sequer que tenha vencido todos os obstáculos impostos pela legislação e burocracia legislativa capazes de justificar a iniciativa popular como sendo um elemento de avanço na promoção da democracia pluralista no País. Isto mostra que as exigências formais para a apresentação do projeto de lei de iniciativa popular estão em

desconformidade com a Constituição, porque restritivas do exercício daquele direito fundamental de participação política (HERINGER, SILVEIRA e COELHO, 2020, p. 213).

Bonavides entende o fundamento da soberania popular como “a carta de navegação da cidadania rumo às conquistas democráticas, tanto para esta como para as futuras gerações” (BONAVIDES, 2001, p. 11), sendo aquela da qual se origina o princípio da soberania nacional. Na perspectiva de Jellinek,

Teoricamente, porém, a doutrina da soberania popular em que se baseiam as visões democráticas permite que a separação de poderes tenha efeito apenas como um princípio subordinado. Quando os americanos, que pela primeira vez proclamaram a estrita divisão de poderes como princípio constitucional, começaram a trabalhar para estabelecer suas constituições nos estados-membros e na União, era evidente para eles que todos os poderes pertenciam originalmente ao povo e eram apenas investidos neles, por meio da constituição, nos órgãos especiais de representação. O próprio povo aparece nos preâmbulos das constituições americanas como o ponto de partida unificado de todos os poderes. Os poderes individuais, limitados, são “concedidos” ou “investidos”, portanto, transferidos para os órgãos designados pela constituição, para que, conforme a teoria oficial, o povo tenha todos os poderes reunidos e possa dispor deles repetidamente por meio de mudanças constitucionais (tradução nossa) (JELLINEK, 1914, p. 500)¹¹².

Nos mesmos moldes, tem-se, p.e., a Constituição de Portugal, cujo art. 2º expressa claramente, inclusive, utilizando a expressão “soberania popular”:

Art. 2º - A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa (PORTUGAL, 1974).

É a partir dessa percepção de soberania popular, cujo poder é delegado à Constituição como diretriz instituidora do Estado Democrático de Direito, que se concebe o fundamento da soberania, expresso na Constituição. Os valores preambulares do Estado democrático vislumbrados na Constituição da República, em especial, no que tange nossa temática, o bem-estar, são visceralmente dependentes da soberania popular. Noutras palavras, não existirá bem-estar sem soberania popular.

¹¹² Texto original: “*Theoretisch wirkt aber die den demokratischen Anschauungen zugrunde liegende Lehre von der Volkssouveranetat dahin, die Gewaltenteilung doch nur als untergeordnetes Prinzip wirken zu lassen. Als die Amerikaner, die zuerst die strikte Gealtenteilung als Konstitutionsprinzip verkiindigen, daran gehen, ihre Verfassungen in Gliedstaat und Union festzustellen, da ist es ihnen selbstverstandlich, daB alle Gewalten urspriinglich dem Volke zustehen und von diesem auf dem Wege der Verfassung erst besonderen Organen zur Repräsentation zugeteilt werden. Als einheitlicher Ausgangspunkt aller Gewalten erscheint in den Praambeln der amerikanischen Verfassungen das Volk selbst. Die einzelnen, Strang limitierten Gewalten sind ‘granted’ oder ‘vested’, daher ubertragen an die verfassungsmaBig bezeichneten Organe, so daB nach der offiziellen Theorie das Volk alle Gewalten in sich vereinigt und auf dem Wege der Verfassungsänderung iiber sie stets von neuem disponieren kann*”.

4.3.2 Cidadania

Na mesma medida que desenvolvimento e bem-estar não podem ser desvinculados um do outro, para a concretização do Estado democrático de Direito, o Estado de Direito e o Estado de Bem-estar Social também devem caminhar juntos. Os fundamentos a serem garantidos pelo Estado de Direito, que por este não podem ser violados, e que devem ser tidos como indispensáveis, embora não únicos, são a liberdade e o direito da propriedade. Sem prescindir destes, o Estado de Bem-estar Social, por meio do controle dos efeitos nocivos do mercado, no que tange aos desdobramentos da desigualdade econômica, política e social, impõe ao Estado a obrigação de promover a igualdade de condições e direitos aos seus cidadãos.

A cidadania contemporânea, que se espera, portanto, vai além da participação política conquistada a partir do direito ao voto ou à obtenção de direitos sociais garantidos constitucionalmente. Ela é uma cidadania participativa. A transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito não se situa num evento específico, mas, numa releitura do conceito de cidadania, que no conceito de Marshall, ao contrário de desagregar, como se dá no conceito de classe social, agrega pela busca da igualdade e se estabelece numa perspectiva tríplice: trata-se de uma cidadania civil, política e social.

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual. [...] Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. [...] O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões prevaletentes na sociedade (MARSHALL, 1967, p. 64).

O autor (MARSHALL, 1967, p. 76) salienta que o *status* de cidadão pressupõe a efetiva e integral participação na vida comunitária, através do exercício de direitos e obrigações relativas à coletividade.

Para Barretto, o núcleo de legitimação constitucional está centrado no conceito de cidadania. Ao contrário dos estados autoritários, nos quais a sociedade se fundamenta na vontade daqueles que comandam a estrutura estatal, e dos estados liberais, os quais motivam a sociedade num conjunto de direitos e liberdades garantidos constitucionalmente que regulam as relações individuais e coletivas, o Estado Democrático de Direito,

é consequência, e não fonte, de uma determinada concepção do homem e da sociedade. Do homem considerado como ente moral, dotado, portanto, de direitos naturais, que inspiram e regulam o funcionamento da sociedade política; e, também, de uma concepção da sociedade que procura estabelecer

um ponto de equilíbrio entre os diferentes interesses e valores encontrados na sociedade (BARRETTO, 1996, p. 22).

Neste ponto, vale retomar o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República, que faz o elo legitimador do Estado Democrático de Direito. O poder emanado do povo permite responder “a quem serve” ou, pelo menos, a quem deveria servir a Constituição. Embora o papel que o povo exerce no processo da administração estatal tem sido tratado de forma demasiado idealista (MÜLLER, 2003, p. 59).

Quando o termo “povo” aparece em textos de normas, sobretudo em documentos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), deve ser levado a sério como conceito jurídico e ser interpretado *lege artis*. Na tradição histórica e (jus-)política [(*rechts-*)*politischen*] do emprego do conceito, o termo ‘povo’ não se reveste de traços inocentes, neutros, objetivos, mas decididamente seletivos (MÜLLER, 2003, p. 86).

Sob essa ótica, o “povo” que efetivamente participa das decisões estatais está sempre restrito a um ou alguns grupos específicos da sociedade mobilizada. Essa seleção ocorre por diversos fatores, mas, a despeito deles, sempre havendo uma forma de restrição, seja social, ideológica ou até mesmo de gênero (livres e escravos, direita e esquerda, homens e mulheres, burgueses e trabalhadores). Na prática, por mais que se utilize do termo “povo” ou o ligue ao conceito de “cidadania”, a participação popular ainda carece de maior alcance no processo deliberativo das políticas públicas.

É o que Neves chama de “cidadania inexistente”, na qual o uso do termo “cidadania”, seja no texto constitucional, seja na retórica política, não passa de discurso simbólico para escamotear a existência de uma “sub” e “sobre” cidadania.

Em certa medida, o discurso simbólico da cidadania serve para encobrir o fato de que os problemas estruturais da subintegração e sobreintegração na sociedade, ou seja, as situações de subcidadania e sobrecidadania, estão indissociavelmente vinculados às posições e relações dos respectivos agentes políticos. O alibi simbólico do “discurso cidadão” transfere para um outro os obstáculos à cidadania e dificulta, de certa maneira, o desenvolvimento de uma autocrítica efetiva de indivíduos e grupos a respeito de suas posições nas relações de sobrecidadania e subcidadania. Nessa perspectiva, o *topos* simbólico e ideológico “cidadania” pode servir mais à manutenção do *status quo* do que à integração jurídica generalizada e igualitária na sociedade, isto é, atuar contra a própria realização da cidadania (NEVES, 1994, p. 267-8).

O processo de transformação, proposto pela Constituição da República, encontrará sucesso, tanto quanto menor for esse processo seletivo e retórico, ao qual se referem Müller e Neves, respectivamente, e mais ampla for a participação dos mais diversos setores da sociedade. A proposta de nossa Constituição, desde seu preâmbulo até seus últimos dispositivos, é dar voz ao cidadão. Para a cidadania ser exercida, portanto, fazem-se necessárias as garantias

democráticas nas relações políticas. Sendo imperioso que, para o exercício dessas garantias, sejam criados os espaços públicos de interação e participação ativa do cidadão.

O modelo democrático prioriza o indivíduo, cuja autonomia é garantida pelos direitos fundamentais, os quais são pré-existentes à concepção social dos homens. A cidadania se concebe como

a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos. Como portadores de direitos subjetivos, os cidadãos poderão contar com a defesa do Estado desde que defendam os próprios interesses nos limites impostos pelas leis — e isso se refere igualmente à defesa contra intervenções estatais que excedam ressalva interventiva prevista em lei. [...] Direitos políticos têm a mesma estrutura: eles oferecem aos cidadãos a possibilidade de conferir validação a seus interesses particulares, de maneira que esses possam ser agregados a outros interesses privados (por meio de votações, formação de corporações parlamentares e composições de governos) e afinal transformados em uma vontade política que exerça influência sobre a administração. Dessa maneira, os cidadãos, como membros do Estado, podem controlar se o poder estatal está sendo exercido em favor do interesse dos cidadãos na própria sociedade (HABERMAS, 2002, p. 271).

Conquanto as pretensões de Habermas sejam um tanto dissociadas da realidade prática, a legitimação da Constituição e do próprio Estado Democrático de Direito encontra-se vinculada à participação popular efetiva, sem a “desjuridificação” da cidadania. Isso pressupõe o exercício de uma cidadania ativa na transformação da realidade, através da qual, a autonomia privada (direitos humanos) e a autonomia pública (soberania popular), declaradas no texto constitucional, não sejam rejeitadas mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição (NEVES, 1994, p. 265). Trata-se de uma democracia participativa e protagonista, um modelo que exige ações pedagógicas orientadas à pessoa como um todo.

Evidentemente, a simples declaração dos direitos fundamentais na Constituição não significa a conquista e realização da cidadania. É imprescindível a força normativa da Constituição, ou seja, a sua integração ao vivenciar e agir dos cidadãos e agentes públicos, na forma de direitos e deveres recíprocos. A cidadania exige, portanto, a concretização das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais. Ausente tal concretização, permanece o texto, sem o seu significado normativo generalizado (NEVES, 1994, p. 260).

Contudo, as transformações ocorridas a partir da década de 1970, que culminaram num novo paradigma de cidadania, do Estado de Bem-estar Social, caracterizado pela luta por direitos sociais, para o Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo anseio do gozo desses direitos sociais (MARSHALL, 1967, p. 84), levaram a uma nova percepção do cidadão em relação ao Estado, distinta daquela necessária à construção de um paradigma de cidadania que cumpra esse papel integrador e nivelador da participação popular. Com o Estado

gradativamente agigantado e detentor de enorme orçamento oriundo de impostos cada vez maiores, na maioria dos países, gerou enorme pressão da sociedade para que este passasse a oferecer a contrapartida de serviços cada vez mais amplos e eficientes. Criou-se a figura do cidadão-cliente do Estado.

A Reforma Administrativa ocorrida no Brasil, em 1995, adotou essa noção de cidadão-cliente, pagador de impostos e desejoso da compensação oferecida pelo Estado. Um consumidor individual dos serviços prestados pelo Estado. Tal paradigma, embora tenha trazido para o plano da Administração Pública a perspectiva de Estado eficiente, põe em risco a própria natureza do Estado Democrático, que busca a prestação dos serviços estatais aos pagadores e não pagadores de impostos, aos “clientes” e aos “não-clientes”, porém, cidadãos com iguais direitos e necessidades.

O risco envolvido nessa percepção, que deu origem ao anseio por eficiência no âmbito estatal, está, na percepção do cidadão, não como protagonista e destinatário das ações prestacionais do Estado, mas, apenas como usuário de um serviço pelo qual pagou. Tal visão enfraquece a percepção de cidadania na medida que o cidadão-cliente não participa da política pública que pretensamente preencherá suas necessidades. No entanto, a cidadania pressupõe a participação do indivíduo-cidadão como um ator social que possui voz ativa na própria criação da estratégia pública de distribuição das oportunidades e dos benefícios coletivos. Apesar de todas essas dificuldades levantadas quanto ao entendimento do papel do cidadão, essa visão de cidadão-cliente ainda se encontra presente em muitos setores relacionados à Administração Pública. Assim, a cidadania envolve a prerrogativa do exercício dos direitos políticos. O princípio da igualdade encontra-se implícito no conceito de cidadania. Segundo José Murilo de Carvalho,

O exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e o voto, não gera automaticamente o gozo de outros, como a segurança e o emprego. O exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população. Dito de outra maneira: a problemas sociais. Isto quer dizer que a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem as outras. Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível (CARVALHO, 2002, p. 8-9).

Desta forma, a Constituição da República apresenta um conceito de cidadania que é ativa e voltada para os direitos fundamentais, que possui íntima relação com a legitimação do poder estatal. O cidadão não deve ser encarado, tão somente, como um legitimador do Estado e nem, tampouco, apenas como um cliente deste, mas, deve ocupar os espaços necessários ao exercício do poder político como base para decisões acerca dos problemas da sociedade na qual

se insere.

4.3.3 Dignidade da Pessoa Humana

Uma noção básica sobre dignidade humana remonta aos tempos antigos, em especial, desde os gregos e a posterior influência das religiões judaica e cristã. A influência kantiana, no campo filosófico, foi significativa na elaboração teórica do conceito de pessoa humana, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores a toda e qualquer ordenação estatal (COMPARATO, 2003, p. 19).

Porém, as expressões “dignidade da pessoa humana” ou “dignidade humana” adquiriram significância jurídica e valor basilar aceito em, praticamente, todos os países do mundo. Mesmo que em alguns deles, o Estado ou determinados grupos da sociedade possam, em dado contexto, desprezar sua relevância, a essência de seus valores são motivo de anseio e ideal para esses povos.

A Carta das Nações Unidas inseriu o princípio da dignidade humana, com significado preambular, e trouxe o tema para o centro do debate político-jurídico-social:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (NAÇÕES UNIDAS, 1945, p. 3)

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, posteriormente, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, a dignidade é tratada no texto como um princípio norteador de toda declaração, sendo apresentada como a primeira das considerações que a fundamentam: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 1).

Também, os principais tratados internacionais passaram a expressar a importância à dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirma em seu artigo 13 que “a educação deve ser direcionada ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao sentido de sua dignidade” (BRASIL, 1992); ou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e

Políticos, que prevê no artigo 10: "[todas] as pessoas privadas de sua liberdade serão tratadas com humanidade e com respeito à dignidade inerente à pessoa humana" (BRASIL, 1992). Além de referências à dignidade humana estarem presentes em várias resoluções e declarações de organismos internacionais.

As Constituições também passaram a adotar a dignidade da pessoa humana como princípio geral. É o caso da Constituição alemã, de 1949:

Artigo 1

[Dignidade da pessoa humana — Direitos humanos — Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário (DEUTSCHER BUNDESTAG, 1949).

E da portuguesa, que em seu primeiro artigo já a apresenta como base da República soberana de Portugal: “Artigo 1.º República Portuguesa. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (PORTUGAL, 1974).

Entretanto, até onde se pode verificar, não há uma definição expressa para ‘dignidade da pessoa humana’ em nenhum desses documentos, tratados ou constituições. Sendo que seu significado pode ser melhor tangenciado no sentido negativo, enumerando-se aquilo que fere a dignidade humana (p.e., os casos de discriminação de qualquer natureza, exposição à violência e fome e à escravidão), sendo esta conceituada indiretamente, quase intuitiva. Etimologicamente, o latim *dignitas* pode ser traduzido por “valor”, o que permite inferir que a “dignidade” seja o “valor intrínseco” ou “valor inerente” de algo. No caso, o valor intrínseco, inerente ao ser humano.

Para Comparato,

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem *dignidade* e não um *preço*, como as coisas (2003, p. 33).

A dignidade da pessoa é singularmente em cada indivíduo. Conquanto cada ser humano

possua um caráter único e insubstituível, seja portador de valor próprio, tal afirmação é promotora da dignidade e não permite o argumento de que uns possuam mais ou menos valor intrínseco ou dignidade do que os demais.

A dignidade da pessoa humana foi um dos elementos jurídicos mais importantes e inovadores do Direito Internacional do Século XX. Embora não haja um conceito explícito, as Nações Unidas, tanto através da Carta das Nações Unidas quanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, trouxeram para o debate jurídico e político o valor da vida humana. Elas não são apenas os primeiros documentos na história das declarações de direitos que se referem à dignidade humana como fundamento dos direitos humanos, mas, como a Declaração Universal, ela desenvolve um conceito de dignidade que constitui a universalidade da própria Declaração (SPIEGELBERG, 1971, p. 40). Noutras palavras, todo conteúdo da Declaração Universal pode ser visto como dando significado ao conceito de dignidade da pessoa humana, tanto pelo seu histórico, que a coloca com um valor de proteção dos direitos humanos, quanto pela sua função fundadora ou sua função de constituir e legitimar esses direitos humanos.

Na Constituição brasileira, a colocação da dignidade humana como um princípio fundamental traz a mesma conotação de significância em relação à garantia, promoção e manutenção dos direitos humanos. Os direitos fundamentais relativos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, do artigo 5º se tornam invioláveis porque são eles que tornam a vida humana intrinsecamente digna.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, um princípio que precede e deve caminhar junto ao princípio do bem-estar geral. Pois, sem o mínimo de garantia à dignidade humana, não faz sentido lutar por seu bem-estar, ao passo que, a garantia de um mínimo de dignidade é o primeiro passo para a busca do bem-estar do indivíduo e da sociedade.

E, conquanto, seja um dever pessoal e coletivo observar a dignidade do semelhante, esse é um dever precípua do Estado. Os direitos fundamentais erguem uma ordem orientada para o valor que limita a autoridade pública e garante a independência, a autodeterminação e a dignidade do homem na sociedade. Os princípios mais elevados desta ordem de valores estão protegidos contra a mudança constitucional, por meio de suas cláusulas pétreas.

A invocação da dignidade da pessoa humana na Constituição, antes de qualquer propósito, visa preservar o cidadão das ações estatais que possam violar sua dignidade. Não apenas em relação àqueles casos nos quais a afronta à dignidade humana é patente e se tornam objeto de comoção da opinião pública e da comunidade internacional, mas, visa igualmente, aquelas situações em que os interesses individuais de privacidade e liberdade são ameaçados por intrusões aparentemente inócuas do Estado ou de outros atores privados. É nesse contexto

de cuidar tanto das grandes afrontas quanto das pequenas, porém, constantes agressões à dignidade humana, que o princípio constitucional promove a tutela dos direitos do cidadão e atribui à noção de dignidade humana seu máximo valor.

4.4 Os fundamentos da Constituição e a ACB

Uma vez observados os valores supremos da Constituição em relação aos seus princípios fundamentais, cabe, agora, avaliar a sua relação com a Análise Custo-benefício e sua possível adequação ou não ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, uma ferramenta capaz de -- tecnicamente, sem, contudo, perder o foco na dignidade da pessoa humana -- avaliar a relevância e impacto das diversas propostas para as políticas públicas e regulação, oriundas dos mais variados grupos de interesse, que se manifestam na esfera pública, torna-se particularmente interessante para trazer equilíbrio ao espectro que vai do populismo ao tecnicismo puro e simples, nas decisões institucionais.

4.4.1 A ACB e os valores da Constituição

Já vimos que, entre os valores constitucionais, o bem-estar se destaca como uma de suas principais características; que a Constituição da República é bem-estarista em sua essência. Também, pudemos analisar que as ferramentas de avaliação de impacto e análises de custos e benefícios podem e devem ser direcionadas para a busca do bem-estar.

Segundo a teoria da Análise Econômica do Direito, desenvolvida por Coase, através da qual os conceitos econômicos de externalidades demonstram a natureza recíproca da atribuição de responsabilidade civil, debatendo a questão da responsabilidade por danos causados a terceiros no contexto de desenvolvimento de atividades econômicas.

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é comumente pensada como aquela em que A inflige dano a B e o que deve ser decidido é: como devemos restringir A? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o dano a B causaria danos a A. A verdadeira questão que deve ser decidida é: deve-se permitir que A prejudique B ou que B possa prejudicar A? O problema é evitar os danos mais graves (tradução nossa) (COASE, 1960, p. 2)¹¹³.

Exemplifica, considerando o problema gerado numa situação, na qual o gado invade e

¹¹³ Texto original: “*The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm*”.

destrói a plantação numa propriedade vizinha. Adotando a noção de que é inevitável o dano causado pelo gado à plantação na propriedade vizinha, o aumento da oferta de carne somente será obtido mediante o decréscimo da oferta de produtos agrícolas. A real escolha a ser feita é clara: carne ou messe. A resposta só pode ser obtida de maneira adequada se for conhecido o valor daquilo que é obtido e o valor daquilo que se abre mão para obtê-lo.

Dessa forma, demonstra que a elaboração de leis pelo legislador, de normas pelos órgãos reguladores, as decisões jurídicas e as escolhas das políticas públicas feitas pelos administradores, sem uma análise coerente que envolvam os benefícios e os danos, podem gerar implicações não previstas, que, ao invés de promoverem o bem-estar do destinatário da própria regra, na realidade, podem piorar a condição geral do público alvo aos quais se destinam essas normas e da população em geral.

A norma jurídica passa a ser avaliada não apenas por seu propósito, mas, pelos impactos gerados por este ordenamento jurídico na distribuição de direitos e responsabilizações (benefícios e custos). É a convergência dos conceitos de eficácia da norma jurídica, do Direito, com as noções de escassez e de eficiência, das Ciências Econômicas.

Temer aborda o sentido da aplicabilidade da norma jurídica mostrando que ela pode possuir eficácia jurídica e eficácia social, ou apenas eficácia jurídica.

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia da normatividade anterior. É eficaz juridicamente, embora não tenha sido aplicada concretamente (TEMER, 2008, p. 25).

Em termos de bem-estar, um valor da Constituição, uma norma, decisão jurídica ou política pública só será eficaz se além de eficácia jurídica e social, ela possuir eficácia econômica, no sentido de produzir bem-estar ou evitar, eficientemente, a perda de bem-estar aos cidadãos por essa norma impactados. Considerando que os recursos da Administração Pública são escassos e as demandas são inesgotáveis, a decisão acerca de uma política pública ou normatização com base na eficiência da mesma não fere, portanto, o Estado Democrático de Direito, pelo contrário, o fortalece, na medida que os recursos são alocados de forma responsável, evitando-se, p.e., as decisões populistas ou restritivas de gastos públicos, meramente, voltadas à contenção de custos.

Coase (1960, p. 43) ainda alerta para a crença falaciosa e anedotista de que “qualquer medida capaz de remover a deficiência é, necessariamente, desejável”, que, no seu entender,

são causadas pelo tratamento diferenciado que é dado aos produtos privados e sociais, em termos de análise técnica, que levam à priorização de medidas que são capazes de produzir mais danos do que reduzi-los, em detrimento de medidas que são corretivas e capazes de gerar bem-estar, mas, que por seu caráter por vezes amargo, são deixadas de lado. O uso de custo de oportunidade e os resultados obtidos, comum às análises econômicas de mercado, podem ser apropriadamente utilizadas para os arranjos sociais.

Ainda, salienta que os críticos dessa equiparação, na verdade, partem de uma comparação entre um estado de *laissez faire* e um tipo de mundo ideal imaginário. Ou seja, tal abordagem tira o foco da situação real para uma condição intangível, tornando a verificação das alternativas a serem analisadas obscura.

Uma abordagem melhor parece ser começar nossa análise com uma situação que se aproxime daquela que realmente existe, examinar os efeitos de uma mudança de política proposta e tentar decidir se a nova situação seria, no total, melhor ou pior do que a original. Desta forma, as conclusões para a política teriam alguma relevância para a situação real (tradução nossa) (COASE, 1960, p. 43)¹¹⁴.

Logo, a ACB se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito na medida que permite a verificação do menor dano que uma decisão do administrador público, do legislador ou do magistrado terá sobre os socialmente envolvidos com ela e sobre a sociedade em geral, salvaguardando os valores constitucionais, em especial, os valores do bem-estar e do desenvolvimento, também que a mesma não exclui nenhum viés político, permitindo que os mais variados matizes ideológicos encontrem nela limitadores e benefícios capazes de fortalecer os objetivos politicamente traçados que visem o incremento do bem-estar e o fortalecimento da cidadania.

4.4.2 A ACB em relação aos fundamentos constitucionais

Os fundamentos constitucionais de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, do pluralismo político, igualmente, não colidem com uma exigência da aplicação da ACB pela Administração Pública. Ao contrário, a ACB permite que o cidadão conheça os reais parâmetros que levam à determinação de uma decisão e a própria obtenção desses parâmetros, por meio de pesquisas de campo, dão voz ao cidadão na arena do jogo democrático, porém, não apenas com base em suposições, mas, em análise

¹¹⁴ Texto original: “*better approach would seem to be to start our analysis with a situation approximating that which actually exists, to examine the effects of a proposed policy change and to attempt to decide whether the new situation would be, in total, better or worse than the original one. In this way, conclusions for policy would have some relevance to the actual situation*”.

científica.

Quanto ao fundamento da soberania, considerando a noção de que, no Estado Democrático de Direito, a soberania popular e estatal se fundem e se apoiam mutuamente (NEVES, 1994, p. 423), as técnicas das avaliações de impacto regulatório e das análises de custos e benefícios podem ser vistas como uma forma de retorno do administrador público ao povo.

Decisões que poderiam ser tomadas por parâmetros meramente político-partidários ou programáticos, por percepções pessoais daquele que possui o poder de escolha, ou ainda por pressões de grupos econômicos e forças políticas externas à administração, são trazidas de volta para o campo da pesquisa, da análise de impactos e preferências, do sentido de bem-estar para a população em geral, dando voz, novamente, a população.

Mais que isso, permitem ao próprio povo observar e compreender as motivações que levaram à tomada de decisão quanto a uma norma legislativa ou regulatória ou a uma decisão judicial. Permite também, que o cidadão, detentor do poder constituinte, em essência, compare de forma objetiva, as diversas alternativas às decisões tomadas, mesmo em relação à decisão de não tomar nenhuma medida, em determinados casos, baseados em dados tangíveis.

Ainda que a adoção das práticas de ACB possam ser encaradas como uma forma de pressão internacional, em especial, pelo empenho que a OCDE faz quanto à sua aplicação, dois aspectos são importantes destacar: a) primeiro, que se trata de uma ferramenta de avaliação e não uma política de Estado; b) a sua aplicação diz respeito à realidade local e não deve se basear em contextos internacionalizados.

A própria OCDE recomenda que as análises sejam feitas com base em dados obtidos no contexto local. Apenas em casos específicos de decisões cujos impactos interfiram em mais de uma sociedade (p.e., o caso já citado, da construção da Usina de Itaipu traria impactos sobre pelo menos dois países, Brasil e Paraguai) é que se recomenda que a avaliação ultrapasse as fronteiras nacionais. Os dados de disposição em pagar e disposição em aceitar uma compensação (WTP e WTA) devem ser

[...] somados entre os indivíduos conforme a regra de agregação que define "sociedade" como a soma de todos os indivíduos. Não existem regras rígidas e rápidas para definir os limites geográficos da soma dos indivíduos. Tipicamente, os estudos ACB trabalham com fronteiras nacionais, de modo que "sociedade" é equiparada à soma de todos os indivíduos em um estado-nação. Mas haverá casos em que os limites precisam ser definidos de forma mais ampla (tradução nossa) (PEARCE, ATKINSON e MOURATO, 2006, p.

43)¹¹⁵.

Assim, o uso dessas ferramentas, além de não ferir a soberania nacional e nem a soberania popular, atualiza o país em relação ao restante do mundo, quanto às práticas que permitam a ampliação de suas relações, “tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (art. 23, parágrafo único, da CRFB).

Essa é a análise que se faz também em relação aos fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Considerando que a cidadania contemporânea se mostra participativa, não restrita ao voto ou representatividade parlamentar, sem prejuízo de outros mecanismos que permitam essa participação cidadã, a ACB se mostra um instrumento aberto e flexível a esse envolvimento popular.

A comunicação intersubjetiva, formada por associações livres, não estatais e não econômicas, promovem e integram o debate público da sociedade organizada. “A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam e transmitem, a seguir, para a esfera pública política” (HABERMAS, 1997, p. 99).

A sociedade se faz representar não apenas pelas instituições político-partidárias tradicionais, também pela própria mobilização popular comunitária, para fazer valer seus interesses e reivindicações.

O Ministério da Economia, em 2021, elaborou o Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura (BRASIL, 2021), cujos parâmetros são similares às orientações para outros setores, além da infraestrutura. Em complemento a esses modelos, os Manuais Setoriais apresentam em detalhes as recomendações específicas de apresentação de resultados de ACB no contexto dos respectivos setores.

Além de apresentar as diretrizes, conceitos e metodologia recomendada para a elaboração de análises de custo-benefício de projetos de investimento em infraestrutura, destaca-se a preocupação com a padronização da apresentação dos resultados, visando garantir a qualidade da informação gerada, exigindo-se, inclusive, que os tais relatórios incluam a equipe responsável pela elaboração da ACB, e os representantes de cada setor envolvido com o projeto. Orientações específicas são encontradas em cada arquivo.

O ponto-chave é a facilitação do acesso ao cidadão para acompanhar todo procedimento,

¹¹⁵ Texto original: “*are summed across individuals in accordance with the aggregation rule which defines ‘society’ as the sum of all individuals. There are no hard and fast rules for defining the geographical boundaries of the sum of individuals. Typically, CBA studies work with national boundaries so that ‘society’ is equated with the sum of all individuals in a nation state. But there will be cases where the boundaries need to be set more widely.*”

desde a identificação de uma questão a ser resolvida até os resultados das respectivas análises. Decerto, à medida que os cidadãos se envolvem no debate político e no processo decisório, tomando posição quanto às questões que requerem uma decisão estatal, esse movimento diminui o espaço dos poderes estatais, equilibrando a relação entre Estado e cidadão.

Essa integração entre Estado e cidadão converge para o outro dos princípios fundamentais da Constituição da República, por nós observado, quanto à sua relação com a ACB, a dignidade da pessoa humana. O procedimento de inclusão do cidadão no processo decisório, não só pela possibilidade do acompanhamento das motivações que levam à escolha de uma determinada alternativa, em detrimento das demais, em face da necessidade de resolução de uma demanda social, mas, por meio da manifestação da sua vontade e de suas prioridades, daquilo que lhe proporciona bem-estar, é um procedimento de valorização do ser humano.

4.4.3 A ACB em relação aos poderes constituídos no Estado Democrático de Direito

A apreciação quanto à adequação da Análise Custo-benefício aos princípios fundamentais da Constituição passa pela separação dos poderes determinada em seu art. 2º. Dois aspectos precisam ser verificados, se a aplicação da ACB interfere na independência e harmonia entre os poderes. E para tal verificação ser conduzida, dois temas precisam ser debatidos: a possibilidade de aplicação da ACB nos três poderes e a possibilidade de controle dos três poderes quanto à aplicação ou ausência da ACB pelos poderes.

Quanto ao primeiro tema, a aplicação da ACB no âmbito dos três poderes, vincula-se à resposta a outra questão: se o princípio da eficiência, acrescido ao art. 37, da CRFB, se aplica ao poder Executivo, apenas, ou se ele é requerido dos demais poderes, e, em caso afirmativo, qual a abrangência dessa exigência. Entretanto, esse é um tema que será tratado no próximo capítulo (5). Por hora, basta a compreensão de que se trata de uma questão importante que diz respeito à adequação ou não da ACB aos princípios fundamentais da Constituição.

Com relação ao segundo tema, a possibilidade de controle constitucional em relação à ACB, o primeiro aspecto a ser abordado é o da discricionariedade. Vimos no tópico 3.6, que há o deslocamento do poder discricionário, da autoridade política eleita para o corpo técnico responsável pela avaliação dos impactos regulatórios, em certo grau, apenas. Entretanto, a questão da discricionariedade não para aí. Conforme alerta Sunstein (1981, p. 1267-8), a observação de critérios como a análise de custos e benefícios ou qualquer outro padrão de comparação entre possibilidades regulatórias, ou de políticas públicas, não só subtrai do ator

político um certo grau de discricionariedade e o transfere aos burocratas, como também diminui a possibilidade de atuação discricionária, seja pelo político, seja pelo corpo técnico. Pois, seja qual for a decisão a ser tomada, ela será fundamentada no resultado de uma determinada análise, que não seja apenas a vontade política de alguém ou de determinado grupo de interesse. Noutras palavras, com a adoção das avaliações de impacto regulatório e análises de custo-benefício, a primeira vítima é a discricionariedade.

Isso impacta diretamente no aumento da capacidade de controle que os poderes podem exercer sobre os demais, em especial, aumentando o poder de controle do Judiciário. O que, em tese, pode melindrar a relação de independência e harmonia entre eles.

Contudo, vale lembrar que a ferramenta não é responsável pelo uso que se faz dela. Sunstein (1981, p. 1267) destaca que, antes mesmo da edição da OE nº 12.291, que abriu caminho para o que ele mesmo chamou de “Revolução Custo-benefício”, o Judiciário norte-americano já estava tomando medidas no sentido de limitar o poder discricionário dos agentes reguladores, reduzindo, assim, a abrangência e rigor de determinadas normas editadas pelas agências reguladoras.

As últimas duas décadas foram um período de extraordinária criatividade por parte do judiciário federal no controle do exercício da autoridade reguladora pelas agências administrativas. Os tribunais desenvolveram uma ampla gama de técnicas para fiscalizar o exercício do poder discricionário desses órgãos públicos, técnicas que são invocadas tanto por beneficiários de programas regulatórios quanto por membros de classes reguladas. Ao desenvolver e aplicar essas técnicas, os tribunais têm procurado atingir uma variedade de objetivos, mas nos últimos anos tornou-se cada vez mais claro que a revisão judicial pode desempenhar a função crítica de proteção contra intrusões regulatórias dispendiosas no mercado privado. Em vários contextos, os tribunais examinaram cuidadosamente a ação dos entes públicos para garantir que os gastos sejam dedicados a um problema significativo ou que os custos da regulamentação não excedam seus benefícios (tradução nossa) (SUNSTEIN, 1981, p. 1267)¹¹⁶.

Assim, fica evidente que a ferramenta não aumenta nem diminui as tensões existentes entre os poderes da República, podendo, no máximo, servir de pretexto a tais ingerências.

Importante destacar que a interferência pode tanto ser no sentido de restringir o poder discricionário dos agentes públicos imbuídos da responsabilidade para legislar (no sentido mais

¹¹⁶ Texto original: “*The last two decades have been a period of extraordinary creativity on the part of the federal judiciary in controlling the exercise of regulatory authority by administrative agencies. The courts have developed a broad range of techniques for overseeing the exercise of agency discretion, techniques that have been invoked both by beneficiaries of regulatory programs and by members of regulated classes. In developing and applying these techniques, the courts have sought to achieve a variety of goals, but in recent years it has become increasingly clear that judicial review may perform the critical function of safeguarding against costly regulatory intrusions into the private marketplace. In a variety of contexts, the courts have carefully scrutinized agency action in order to ensure that the expenditures will be devoted to a significant problem or that the costs of regulation will not exceed its benefits*”.

amplo, de regular, escolher políticas públicas ou tomar decisões judiciais), quanto no sentido de ampliar as implicações dessas decisões ou exigir a adoção de determinadas medidas mais restritivas ainda por parte dessas autoridades.

Uma vez abordados os aspectos que envolvem a ACB e sua relação com os princípios fundamentais da Constituição brasileira, fica evidente que a mesma está plenamente alinhada aos valores supremos da constituição, em especial, aos valores do bem-estar e desenvolvimento; não entra em conflito com os fundamentos constitucionais da soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana; bem como, adequa-se à estrutura estatal, desenhada em três poderes independentes e harmônicos entre si.

4.5 Os objetivos da Constituição e a ACB

Já foi salientado que, entre os objetivos constitucionais expressos no artigo terceiro da Constituição da República, encontra-se o inciso IV, que se refere diretamente à questão do bem-estar, como um dos objetivos expressos da nação brasileira.

Entretanto, a relação que a ACB possui com os objetivos constitucionais não se limita à questão da promoção do bem-estar como resultado de uma gestão pública eficiente. Os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais, expressos nos demais incisos, estão intimamente ligados à qualificação da gestão dos recursos escassos do Estado.

4.5.1 ACB e distribuição de renda no contexto da Constituição da República

No tópico 2.5 foi abordada a questão da justiça distributiva no âmbito da aplicação da ACB no processo decisório de políticas públicas, regulação e opções legislativas. Entretanto, a retomada desse tema é necessária, aqui, uma vez que envolve um dos objetivos constitucionais mais sensíveis, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Importante notar que, nos primórdios, a aplicação da ACB não vislumbrava esse objetivo, uma vez que, na sua forma tradicional, a ACB interpretava a maximização de bem-estar unicamente pela maximização da renda nacional.

A forma analítica mais usual desse critério é dada pela diferença entre benefícios e custos de um projeto. Define-se como viáveis aqueles projetos para os quais essas diferenças se apresentam maiores que zero. Assim, os projetos que reduzem a renda nacional são sempre recusados, desprezando-se

outras implicações que possam ter sobre o bem-estar social. Conforme se esclarecerá adiante, num objetivo de maximização do bem-estar, composto de duas dimensões (eficiência e equidade), as variações no bem-estar e na renda nacional podem ter sinais opostos (MOTTA, 1974, p. 412).

Caso fosse esse o modelo de aplicação da ACB atual, claramente, ela estaria em conflito com um dos objetivos constitucionais, o que por si já seria suficiente para descartar sua adoção no âmbito da Administração Pública brasileira. Contudo, conforme já salientado, a aplicação da ACB, atualmente, prevê questões que vão além da distribuição de renda. Ela abrange aspectos da distribuição de renda que incluem justiça intergeracional, numa clara demonstração de que, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, regionais e, até mesmo, intergeracionais, fazem parte do escopo de parâmetros que compõem a ACB, o que a coloca em linha com tais objetivos constitucionais.

O suposto *trade-off*¹⁷ existente entre eficiência e equidade não se confirmou com a prática. Na realidade, Coutinho salienta que

Ainda que as relações de causalidade entre a diminuição das desigualdades e o crescimento (bem como a causalidade em sentido oposto) não estejam comprovadamente demonstradas, há estudos econômicos consistentes em curso, com constante aprimoramento metodológico. Algumas conclusões desses estudos, ainda que não absolutamente consistentes entre si, apontam com cada vez mais clareza para a superação da ideia de que o crescimento leva à desigualdade. Além disso, há indícios cada vez mais fortes de que a desigualdade atrapalha o crescimento (COUTINHO, 2005, p. 143-4)

O foco atual da ACB quanto ao aumento no bem-estar humano (utilidade) está intimamente ligado ao bem-estar social, tanto na definição dos benefícios quanto dos custos. Para se qualificar em termos de custo-benefício, os benefícios sociais de um projeto ou política pública devem exceder seus custos sociais. Tal relação esvazia a alegação de incompatibilidade entre eficiência e equidade.

Sunstein (2018, p. 61) argumenta que o uso de um VSL unitário, p.e., no qual os pobres recebem mais do que estão dispostos a pagar, pode resultar em uma forma implícita de redistribuição de renda, uma vez que os benefícios para os pobres receberiam um peso maior do que o justificado por seu VSL e os benefícios para os ricos seriam subestimados. O argumento não funciona em todos os casos, mas, o uso de um VSL uniforme ajuda a garantir que os pobres se beneficiem da redistribuição na forma de proteção contra riscos de mortalidade.

¹⁷ Publicação de Arthur Okun, *Equity and Efficiency: The Big Trade-off*, salientou o conflito entre eficiência econômica e equidade, concluindo que os esforços estatais para promover equidade necessariamente resultariam em diminuição da renda total e uso menos eficiente dos recursos (COUTINHO, 2005, p. 142).

4.5.2 ACB e o objetivo de uma sociedade solidária

Outro objetivo fundamental delineado pela Constituição da República é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). A expressão que melhor condensa esses adjetivos à sociedade almejados pelo constituinte é a construção de uma sociedade cidadã, na qual cada indivíduo/cidadão busca ser, ao mesmo tempo, livre, justo e solidário.

Uma participação democrática que se impõe passo a passo cria com o status da cidadania uma nova dimensão da solidariedade mediada juridicamente; ao mesmo tempo, ela revela para o Estado uma fonte secularizada de legitimação [...] É só com a transição ao Estado democrático de direito que deixa de prevalecer esse caráter de concessão que se faz ao indivíduo, de que ele possa integrar uma organização, para então prevalecer a condição de membro integrante do Estado conquistada agora (ao menos pela anuência implícita) por cidadãos participantes do exercício da autoridade política (HABERMAS, 2002, p. 128-9)

Os objetivos fundamentais expressos na Constituição da República estão, sem exceção, ligados ao Princípio da solidariedade. Embora o termo “solidário” se encontre apenas no inciso I do referido artigo, enquanto princípio, ele compreende e envolve os demais na base da responsabilidade recíproca entre os cidadãos.

O termo solidariedade evoca o sentido de coesão e adesão entre os sujeitos sociais em torno de um fim comum, por meio do compartilhamento de responsabilidades. Como propósito, a solidariedade visa integrar as diversas instâncias sociais (particulares e estatais) na concretização dos valores e objetivos constitucionalmente assegurados (ARAÚJO, 2018, p. 136).

A compreensão de desenvolvimento, centrado nas pessoas e nos valores cidadania e solidariedade (nos termos do objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária), é determinante para definir o ponto de chegada do desenvolvimento que se pretende. O desenvolvimento pretendido pela sociedade brasileira é aquele cujos benefícios sejam solidariamente partilhados entre todos os cidadãos, com vistas a atingir um padrão de bem-estar e justiça sociais da forma mais abrangente possível (ARAÚJO, 2018, p. 139).

A solidariedade é, portanto, o elo cidadão entre os demais princípios que permitem uma construção social voltada para o ser humano enquanto ser livre e da sociedade enquanto justa e equânime.

Um instrumento de análise que proporcione a justa distribuição de responsabilidades e benefícios aos cidadãos, não apenas de um determinado período estanque, mas, ao longo do tempo, é um instrumento potencialmente capaz de alcançar tais objetivos constitucionais. Logo, quanto ao aspecto de uma sociedade solidária, a aplicação dos princípios da ACB se mostra pertinentes com os valores e objetivos constitucionais.

5 DEVE O ESTADO SER EFICIENTE?

Em sentido amplo, a ideia de eficiência traz consigo o desejo de que “as coisas” funcionem da melhor forma possível, em todos os âmbitos da vida humana. Entretanto, o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas e a adaptação cultural trazidos pelas possibilidades decorrentes dessas mudanças trouxeram consigo também a percepção de que, para ser eficiente, é preciso ser imediato. Contudo, nem sempre aquilo que é feito de forma mais rápida é realizado de forma mais eficiente.

A eficiência pressupõe, além de agilidade, p.e., valores como a economicidade, eficácia, efetividade e qualidade dos serviços prestados ou produtos oferecidos. Eficiência, portanto, é a qualidade daquilo ou de quem realiza de maneira correta as suas funções, alcançando seus objetivos da forma mais proveitosa possível.

Se esses valores são necessários na vida e no trabalho do indivíduo enquanto parte da sociedade, não seria injusto ou desproporcional desejar que, de igual modo, o Estado apresente características que transmitam a ideia de um Estado eficiente.

5.1 Patrimonialismo, clientelismo, Estado brasileiro e a busca da eficiência

Como já abordado no tópico 3.4, a cultura anedotista e intuitiva do brasileiro está intimamente ligada a tomadas de decisão e à adoção de procedimentos que conduzem ao rumo oposto à eficiência. Porém, não apenas isso, mas, a própria constituição da Administração Pública, para a qual a forma/rito, em regra, se sobrepõe ao conteúdo/objetivo (VIEIRA, COSTA e BARBOSA, 1981), também se torna um obstáculo à busca da eficiência enquanto propósito.

5.1.1 Do patrimonialismo até a burocratização da Administração Pública brasileira

Até a década de 1930, o país experimentou uma forma de Administração Pública marcada pelo patrimonialismo e sua expressão mais tropical, o coronelismo¹¹⁸. A própria experiência da colonização estabeleceu um Estado no qual não há distinção entre o público e o

¹¹⁸ O Coronelismo é considerado um fenômeno tipicamente brasileiro que nasceu concomitantemente ao federalismo republicano. O enfraquecimento do poder imperial deu oportunidade ao surgimento deste fato político novo que marcou a política no interior do Brasil, no século XIX e boa parte do XX. Para Leal, o Coronelismo desponta como “resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não é, pois, mera sobrevivência do poder privado, cuja hipertrofia constituiu fenômeno típico de nossa história colonial. É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa” (2012, p. 23).

privado. Distinção essa que não foi encontrada mesmo no Brasil republicano.

O patrimonialismo que ditou o ritmo de funcionamento do Estado brasileiro, na maior parte da sua história republicana, teve no mandonismo¹¹⁹ (fenômeno que inclui o coronelismo) uma de suas mais fortes expressões, que ainda ecoam em diversos setores da vida estatal brasileira. Seu caráter personalista é um fenômeno extremamente atual, se fazendo presente em cada período da República brasileira.

O clientelismo é o termo usado para descrever uma relação de troca política, envolvendo determinados elementos tais como emprego, isenções, vantagens fiscais e pessoais em troca de apoio político e, especialmente, do voto. Ele é a faceta política do patrimonialismo. Uma herança da sociedade hierarquizada e que se fundamenta na indistinção entre o público e o privado, peculiares ao patrimonialismo.

As trocas políticas, vão além dos favores pessoais, mas envolvem elementos de autoridade e os benefícios oriundos delas. Tais trocas, por sua vez, se caracterizam por serem assimétricas — aquilo que o político tem a oferecer é sempre bem menor do que as vantagens que está buscando através do voto que compra — e envolvem o elemento patrimonialista na relação entre público e privado.

A assimetria é, portanto, um fator endógeno à troca política e por conseguinte a toda organização social. O clientelismo será caracterizado como um tipo de troca política assimétrica, marcado por uma série de especificidades que precisam ser observadas, se quisermos encontrar uma definição satisfatória de clientelismo, ainda que necessariamente elástica. [...] Supondo que toda organização conserva em seu interior algum nível de hierarquia, e sendo organização e hierarquia elementos constitutivos de qualquer formação social, assim como a assimetria seu corolário, o clientelismo deixa de ser um fenômeno residual, típico de sociedades ditas atrasadas. Toda a sociedade precisa organizar a distribuição do poder político-patrimonial. A propriedade, seja ela privada ou pública, por ser principalmente excludente, precisa organizar-se em forma de poder patrimonial excludente, segundo um modelo hierárquico qualquer, e é aí que proliferam as potencialidades do clientelismo, ou seja, da relação *patronus*-cliente (D'ÁVILA FILHO, 2003, p. 389-90)

O patrimonialismo e o clientelismo foram características históricas da Administração Pública brasileira, que geraram inúmeros problemas no funcionamento do Estado, como a falta de meritocracia, o nepotismo e a ineficiência na prestação de serviços públicos.

Somente com a burocratização da Administração Pública, que ocorreu a partir da década de 1930, foi possível um avanço na profissionalização do funcionalismo público, que

¹¹⁹ Embora não se trata de um sistema político específico e historicamente datável, trata-se de um modo ou característica da política brasileira, existente desde o período colonial, no qual um indivíduo, por razões que vão desde o controle de algum recurso estratégico, tal como a posse da terra ou influência política, exerce domínio pessoal e arbitrário sobre a população, manipulando ou impedindo que ela exerça seu direito político (CARVALHO, 1997, p. 231).

possibilitou a construção de uma estrutura organizacional mais eficiente. A gestão estatal passou a sofrer influência dos conceitos weberianos, que trouxeram o modelo burocrático de Estado. Weber, definiu burocracia como uma forma de organização racional-legal cujo objetivo é alcançar a eficiência e a eficácia em suas atividades. Pode ser entendida como a estruturação formal da organização/administração, que permite coordenar as atividades humanas para a realização de objetivos comuns no longo prazo. Tal conceito emerge da concepção weberiana de autoridade legal, que envolve sua origem, legitimidade, estrutura, funcionamento, eficácia, destinação e consequências.

Burocracia designa, em Weber, um quadro de funcionários que, organizados dentro de uma forma específica e submetidos a normas de conduta também específicas e determinadas, exercem autoridade legal (OLIVEIRA, 1970, p. 47).

Segundo Weber, a burocracia é uma forma de organização que se caracteriza pela divisão do trabalho, hierarquia de autoridade, regras e regulamentos impessoais, especialização dos funcionários e uma ênfase na eficiência e eficácia.

A experiência tende universalmente a mostrar que o tipo puramente burocrático de organização administrativa — isto é, a variedade monocrática da burocracia — é, de um ponto de vista puramente técnico, capaz de atingir o mais alto grau de eficiência e é, neste sentido, formalmente o meio mais racional conhecido de exercer controle imperativo sobre os seres humanos. É superior a qualquer outra forma em precisão, estabilidade, rigor de disciplina e confiabilidade. Possibilita, assim, um grau particularmente alto de calculabilidade dos resultados para os dirigentes da organização e para aqueles que atuam em relação a ela. É finalmente superior tanto em eficiência intensiva quanto no escopo de suas operações, e é formalmente capaz de ser aplicado a todos os tipos de tarefas administrativas (WEBER, 1947, p. 337).

Diferentemente da percepção popular de burocracia como modelo de morosidade e ineficiência, as características da burocracia, em sua acepção weberiana, permitiriam eliminar pressões clientelistas da cultura patrimonialista e seria capaz de lidar com tarefas complexas de maneira eficiente e sistemática, sendo a formalização das regras e procedimentos escritos essencial para garantir a uniformidade e consistência nas decisões e ações da organização.

Embora não se possa descrever como um fenômeno singularmente brasileiro, pode-se dizer que, no Brasil, o modelo de estrutura burocrática foi capitulado pela cultura patrimonialista. Neste sentido, “o formalismo corresponde ao grau de discrepância entre o prescritivo e o descritivo, entre o poder formal e o poder efetivo, entre a impressão que nos é dada pela Constituição, pelas leis e regulamentos, organogramas e estatísticas, e os fatos e práticas reais do governo e da sociedade” (RIGGS, 1964, p. 123).

Em muitos sentidos, o modelo burocrático diminuiu os efeitos do patrimonialismo e do clientelismo. Entretanto, sob a influência da estrutura patrimonialista, herdada de Portugal, a

burocracia brasileira sucumbiu e manifestava-se de modo expressivo na forma de “invenção” de dificuldades para “vender” facilidades. A incapacidade de separar o público do privado (condição essencial à constituição da organização burocrático-administrativa), que promoveu o clientelismo, através da qual os grupos oligárquicos se consubstanciaram por meio de laços familiares, compadrio e partidário, deixou as elites governantes despreparadas e incapazes de atender às demandas de estruturação e modernização do país, sendo aparelhada apenas para manter a velha ordem agrária e patrimonial (OLIVEIRA, 1970, p. 62).

O processo de burocratização da Administração Pública não foi suficiente para extinguir o clientelismo. Bresser Pereira assim a descreve:

A Administração Pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto o pressuposto de eficiência no qual se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que a administração burocrática não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, autorreferida, e pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 10-11).

Ao invés de trazer eficiência e agilidade à ação do Estado, a burocratização avolumou a máquina administrativa, aumentando os processos e obstáculos à efetiva ação estatal. Mesmo no ainda recente processo de transição democrática, no qual se verifica a presença do pluripartidarismo característico do presidencialismo de coalizão, percebe-se a intensificação das disputas *inter* e *intra* partidárias que só fazem fortalecer o clientelismo.

Não seria um equívoco conceitual afirmar que ao se tratar de coronelismo e clientelismo, aborda-se aspectos específicos de um mesmo comportamento personalista e patrimonialista, no sentido amplo do conceito. Ambos, seja no ambiente interiorano ou na atmosfera urbana, envolvem a figura de um “manda-chuva”, detentor dos meios de produção, seja o “coronel”, o “doutor” ou o “patrão”, que não consegue, ou não faz questão de tentar distinguir as fronteiras entre o público e o privado, a distinção entre o interesse particular e o interesse comunitário (HERINGER e SILVA, 2017, p. 99).

Porém, desde a Revolução Industrial promovida a partir da década de 1930, houve uma inquietação na sociedade quanto à eficiência no Estado. Tal inquietação se deu pela comparação decorrente da agilização dos processos de produção e do crescente imediatismo da sociedade moderna, na qual tudo deveria ser produzido rápido e o resultado passou a ser valorizado como prioridade. O que se viu até então, é que todo movimento de estruturação do Estado brasileiro seguiu no sentido oposto à busca pela modernização e eficiência.

Abrucio (1997, p. 9) aponta que essa inquietação foi um fenômeno mundial e que se deu por quatro fatores socioeconômicos que contribuíram fortemente para a derrocada do modelo

de Estado burocrático: a) a crise econômica mundial, decorrente das duas crises do petróleo, de 1973 e retomada ainda com mais força em 1979, que resultaram numa longa recessão na década de 1980; b) a crise fiscal enfrentada pela maioria dos Estados, oriunda da incapacidade de financiar seus déficits; c) a ingovernabilidade trazida pelo aumento das diversas demandas do Estado social frente a falta de recursos; e, por fim, d) a globalização.

No Brasil, o paradigma de governança passou a vislumbrar outras possibilidades a partir da Reforma Administrativa proposta por Bresser Pereira, na década de 1990, quando os conceitos de eficiência estatal passaram a, efetivamente, fazer parte do debate público e cenário político. Entretanto, essa mudança de perspectiva não se deu sem forte resistência cultural, política e social.

5.1.2 A Reforma Administrativa de Bresser Pereira

O debate da eficiência estatal não se dissocia do debate quanto ao tipo cidadania que se busca. A redução do conceito de cidadão ao conceito de cliente traz consigo o risco de vincular os serviços prestados pelo Estado ao pagador de impostos. Isso quebra a própria essência dos direitos sociais, que visam dar igualdade de oportunidades e de amparo àqueles que pagam ou não impostos.

Desse modo, o cidadão não é tido como protagonista e destinatário das ações prestacionais do Estado, mas, apenas como usuário de um serviço pelo qual pagou. Essa concepção enfraquece a percepção de cidadania na medida que o cidadão-cliente não participa da política pública que pretensamente preencherá suas necessidades.

A cidadania pressupõe a participação do indivíduo-cidadão como um ator social que possui voz ativa na própria criação da estratégia pública de distribuição das oportunidades e dos benefícios coletivos. O Estado não poderá ser considerado eficiente se não for capaz de promover a efetiva participação dos cidadãos no processo decisório e executório das políticas por ele promovidas.

A despeito disso, como fruto do processo de transição entre o patrimonialismo e a burocratização, a mudança de relação entre o cidadão e o Estado, agora gigante e detentor de um enorme orçamento oriundo de altos impostos, gerou pressão, não só no Brasil, mas, na maioria dos países, pela contrapartida estatal mediante serviços mais amplos e eficientes.

Bresser Pereira, o ministro responsável pela Reforma, através do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, descreve esse processo de transição como consequência de dois fenômenos, a crise do Estado da década de 1980 e a globalização:

A atual reforma está apoiada na proposta de Administração Pública gerencial, como uma resposta à grande crise do Estado dos anos 80 e à globalização da economia — dois fenômenos que estão impondo, em todo o mundo, a redefinição das funções do Estado e da sua burocracia. A crise do Estado implicou na necessidade de reformá-lo e reconstruí-lo; a globalização tornou imperativa a tarefa de redefinir suas funções (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 7).

A Reforma Administrativa, iniciada em 1995, foi uma das tentativas mais significativas de reformar a estrutura do Estado brasileiro. Prenunciava que seu principal objetivo seria a modernização da Administração Pública, para torná-la mais eficiente e eficaz. No entanto, a implementação da reforma encontrou vários obstáculos, incluindo a resistência política e cultural de uma tradição patrimonialista ainda presente no país.

Mais do que uma mudança de paradigma no modelo de gestão estatal, estava em jogo uma mudança no paradigma de Estado, a transição entre o Estado social e o Estado neoliberal, que trouxeram, por isso, forte resistência à Reforma Administrativa.

Grosso modo, a redefinição do papel do Estado na economia e a tentativa de reduzir os gastos públicos na área social — tarefa esta nem sempre bem sucedida — foram as duas saídas mais comuns à crise das dimensões econômica e social do antigo tipo de Estado. Para responder ao esgotamento do modelo burocrático weberiano, foram introduzidos, em larga escala, padrões gerenciais na Administração Pública, inicialmente e com mais vigor em alguns países do mundo anglo-saxão (Grã-Bretanha, Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia), e depois, gradualmente, na Europa continental e Canadá (ABRUCIO, 1997, p. 6).

Bresser Pereira adotou a ideia de cidadão-cliente, o cidadão como detentor de direitos estreitamente vinculado ao pagamento de impostos. Mesmo sob o paradigma do Estado Social, mas, sobretudo, a partir da década de 1970, a predominância da economia no conjunto das relações sociais impingiu sobre o conceito de cidadania a assimilação do cidadão, especialmente, o pagador de impostos, detentor dos direitos, como sendo o cidadão-cliente, um consumidor individual dos serviços prestados pelo Estado.

Em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, Bresser Pereira deixou claro que “vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços” e afirmou que:

A Administração Pública gerencial inspira-se na de empresas, mas não pode ser confundida com esta última. Enquanto a receita das empresas depende dos pagamentos que os clientes fazem livremente na compra de seus produtos e serviços, a receita do Estado deriva de impostos, ou seja, de contribuições obrigatórias, sem contrapartida direta (RODRIGUES, 1995).

Como resultado desse processo iniciado em 1995, três anos depois, foi aprovada a Emenda Constitucional (EC) nº 19, em 1998, que promoveu a chamada Reforma Administrativa, alterando o art. 37, dando nova redação ao seu *caput*, incluindo o princípio da eficiência aos princípios da Administração Pública.

Para superar os efeitos da cultura patrimonialista, a Reforma Administrativa de Bresser Pereira propôs uma série de medidas, incluindo a redução do tamanho do Estado, a criação de uma carreira de servidores públicos mais profissional e a implementação de uma gestão mais eficiente e eficaz. No entanto, a tradição patrimonialista ainda presente no país, por meio de resistência política e cultural, limitou a implementação da reforma.

A resistência política à Reforma Administrativa de Bresser Pereira foi motivada por uma série de fatores, incluindo o medo da perda de poder político e a falta de vontade política para implementar reformas impopulares. Além disso, a resistência cultural à reforma foi motivada por uma visão estereotipada da burocracia como corrupta e ineficiente.

A busca por um Estado que consiga responder às crescentes demandas da sociedade, às pressões interna e, agora, externas, em decorrência do processo de globalização, levaram ao Estado gerencial, do ponto de vista administrativo, tendo a eficiência como um novo valor a ser observado de forma prioritária. É nesse contexto que a análise dos custos e benefícios das políticas públicas se mostra uma prática relevante para a Administração Pública e a ACB, uma ferramenta importante a ser observada e capaz de atender a essa demanda.

Como já verificado no capítulo anterior, considerando que a ACB se adequa ao Estado Democrático de Direito, aos valores supremos do bem-estar e do desenvolvimento, aos fundamentos e princípios constitucionais da soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana; e aos objetivos constitucionais de construção uma sociedade livre, justa e solidária, com a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos, duas questões se tornam objeto de debate acerca do tema: se a Constituição Federal, com a Reforma Administrativa promovida pela EC nº 19/1998, contempla a aplicação da ACB, no âmbito de toda Administração Pública? E, se essa aplicação se estende a todos os poderes, no que concerne às suas funções precípua e não apenas administrativas?

Entretanto, para responder a esses dois pontos, é necessário abordar o tema da eficiência enquanto princípio constitucional da Administração Pública e as implicações de sua inclusão no texto constitucional, por meio da referida EC nº 19/1998, analisando a teoria dos princípios administrativos e sua relação com os demais princípios.

5.2 Princípios constitucionais da Administração Pública

Para uma melhor compreensão do princípio da eficiência, objeto de análise do presente trabalho, será brevemente analisada a teoria dos princípios jurídicos e da Administração

Pública. Iniciando pela compreensão conceitual e natureza do princípio jurídico. Mello conceitua princípio jurídico como a base sobre a qual se constrói um sistema jurídico.

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2010, p. 53).

Sob esse prisma, são componentes estruturantes de regimes jurídicos, conferindo identidade ao sistema normativo. São premissas centrais no Direito, implícitas ou explícitas, que vinculam a compreensão das previsões legais por sua própria abrangência.

Cunha (2013, p. 8), oferece uma gama de significados para o termo “princípio” entre os quais destaco “começo” e “termo final de toda regressão”; “proposição que basta para suportar a verdade do juízo”; “fator de existência, organização e funcionamento do sistema que se irradia da sua estrutura para seus elementos, relações e funções”; “fonte ou finalidade de uma instituição, aquilo que corresponde à sua natureza, essência ou espírito”; e a “orientação fundamental do comportamento”.

Todos os significados abordados por Cunha para o termo “princípio” trazem consigo a ideia de direcionamento ou parâmetros a serem seguidos para a instituição cumprir os propósitos para os quais a mesma foi constituída. No caso dos princípios constitucionais da Administração Pública, podem ser tomados como os parâmetros sem os quais a Administração Pública não cumpriria o papel constitucional para o qual foi estabelecida.

Bonavides, já estreitando o entendimento conceitual para o campo dos princípios constitucionais, os apresenta como os elementos “sem os quais não há hermenêutica constitucional, nem Estado de Direito, nem legítima separação de poderes, nem controle de constitucionalidade” (2001, p. 8).

Porém, ao abordar esse tema é importante que se faça uma distinção conceitual entre regras e princípios, e seja salientada a natureza normativa destes.

5.2.1 Regras, princípios e força normativa

Em geral, os termos “regra” e “princípio” são frequentemente usados de forma intercambiável, porém possuem significados distintos. Uma regra é uma instrução específica que deve ser seguida. Ela geralmente se aplica a uma situação particular e pode ter exceções. Um princípio, por outro lado, é uma ideia geral que orienta a tomada de decisões e ações. Ele pode ser usado para justificar uma variedade de escolhas, mas não fornece uma instrução

específica sobre o que fazer em uma situação específica.

Na teoria do Direito a discussão quanto à diferença entre regras e princípios diz respeito ao reconhecimento da juridicidade e do caráter normativo dado aos princípios, que é algo recente, sendo antes tratados como meros preceitos de natureza moral ou política, porém, distintos das normas jurídicas. A resistência quanto à juridicidade dos princípios estava diretamente relacionada ao entendimento de que os princípios não poderiam ser enquadrados como preceitos específicos e precisos de aplicação imediata. O que não traduz a realidade acerca dos mesmos. Essa insistência em apontar os princípios constitucionais

como sinônimos dos princípios gerais do Direito, bem como a indeterminação do conceito dos princípios — e de seu papel — têm contribuído para o enfraquecimento da autonomia do Direito e para a profusão desenfreada de “princípios” que permite que qualquer decisão jurídica possa ser “correta” (constitucionalmente adequada ou, melhor dizendo, em consonância com a Constituição), já que estaria justificada por um “princípio” (IBIRUTE JR e XAVIER, 2021, p. 1284).

Entretanto, ainda que atualmente haja uma certa pacificação quanto à natureza normativa dos princípios, igualmente, existe alguma dificuldade em estabelecer a qual tipo de norma jurídica se encaixa. Há uma gama considerável de critérios utilizados para estabelecer uma distinção entre princípios e regras, enquanto normas jurídicas, não havendo consenso taxonômico, inclusive, para determinar se se tratam de duas espécies de normas jurídicas, ou se os princípios e as regras se tratam de gêneros distintos de normas jurídicas; ou, ainda, se no caso concreto uma mesma espécie de norma jurídica é abordada de formas distintas.

Considerando que o propósito do presente trabalho seja analisar e estabelecer o grau de efetivação de um princípio administrativo constitucional específico, o princípio da eficiência, essa se torna uma discussão relevante.

Segundo Ávila, “a atribuição do qualificativo *princípios* ou *regras* a determinadas espécies normativas depende, antes de tudo, de conexões axiológicas que não estão prontas antes do processo de interpretação que as desvela” (2018, p. 47). Ele considera que tal designação é construída a partir da interpretação dos dispositivos.

Dworkin (2001) e Alexy (2008), cada um a seu modo, defendem a juridicidade dos princípios e consideram haver uma acentuada distinção entre tais elementos normativos, os princípios e as regras.

Para Dworkin (2002), a partir da análise do caso concreto no qual um juiz tenha que julgar numa situação para a qual não há uma regra aplicável ou a regra existente não seja suficiente para albergar todas as nuances do caso a ser decidido, ainda assim ele terá que decidir de forma discricionária a partir da aplicação do que entende ser os princípios jurídicos nos quais

o Direito se fundamenta.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Para distinguir entre princípios e regras, Dworkin (2001, p. 6-7), numa crítica ao positivismo, também se vale da distinção que alguns juristas fazem quanto à concepção do que ele chamou de “um ideal político distinto e importante”, o Estado de Direito. A primeira é a concepção “centrada no texto legal”, através da qual, tanto o Estado quanto o cidadão devem agir segundo regras públicas, desde que elas façam parte do conjunto normativo preestabelecido. A segunda, é a concepção “centrada nos direitos”. Nela, o Estado de Direito “é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais” (DWORKIN, 2001, p. 7), estabelecidas por diretrizes ou princípios que fundamentam as regras a serem aplicadas ao caso concreto.

Alexy (2008), ampliando o entendimento de Dworkin, considera que os princípios e regras são duas espécies do gênero “norma”, por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização definidos e aplicados em níveis variados, de acordo as possibilidades fáticas e normativas.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 91).

Os princípios são mandamentos de otimização, cuja satisfação pode se dar em graus variados, em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. “O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, 2008, p. 90).

A abordagem de Alexy amplia o entendimento da distinção entre regras e princípios, não apenas pelo fato de que as regras devam ser aplicadas da forma tudo-ou-nada e os princípios não. Dois fatores são apresentados: a) a diferença quanto à colisão, que no caso dos princípios, apenas limitam a sua aplicação normativa, em contraposição à colisão das regras, as quais, em caso de colisão, serão declaradas válidas ou inválidas; e b) a diferença quanto à obrigação que instituem, sendo que as regras estabelecem obrigações diretas e absolutas, enquanto os princípios estabelecem obrigações *prima facie* (ÁVILA, 2018, p. 58-9).

Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro

das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por motivos antagônicos. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo estabelecido pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2008, p. 103-4).

A definição conceitual de princípios e regras não apenas distingue ambas enquanto espécies distintas do gênero norma jurídica, como qualifica os princípios em termos de juridicidade. Tal verificação permite afirmar a validade normativa dos princípios. E embora os princípios e regras, quanto à natureza, sejam normas jurídicas, os princípios possuem um peso maior que as regras e as fundamenta.

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados "princípios formais". Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios - o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras — é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie* (ALEXY, 2008, p. 105).

Portanto, a efetividade do princípio da eficiência — cuja juridicidade é incontestável tanto do ponto de vista teórico quanto normativo (vez que encontra lugar na Constituição da República) — se dará pelo estabelecimento e aplicação de normas que lhe guardem relação. “Importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescrevem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional — os princípios jurídicos” (ÁVILA, 2018, p. 43).

5.2.2 Administração Pública e princípios administrativos na *common law* e *civil law*

O artigo 37 da Constituição da República, ao tratar da Administração Pública, o faz empregando o conceito de função e sujeito à expressão. Ambas as acepções são tratadas pela doutrina e devem ser adequadamente interpretadas.

Para o presente propósito, a expressão *Administração Pública*, propriamente dita, não se refere a um órgão administrativo ou uma instituição estatal específica (conceito subjetivo), mas às funções do Estado (conceito objetivo) que envolvem a legislação, administração e

jurisdição, considerando que a Administração Pública (agente ou órgão) é quem exerce a função. Tipicamente, no Brasil, a função administrativa está mais vinculada ao Poder Executivo, embora os demais poderes também a desempenhem de forma extraordinária.

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário (MELLO, 2010, p. 36).

A noção de Administração Pública enquanto função deriva do conceito da teoria geral do Direito, na qual aquele que é investido de uma função é igualmente investido de certos poderes que lhe permitam exercer a função e alcançar os objetivos para os quais foi investido, produzindo determinado efeito jurídico. Tal investidura possui caráter não apenas administrativo, mas, social, na promoção da cidadania.

Os elementos que unificam essas diferentes figuras jurídicas, permitindo reduzi-las a um conceito unitário, são essencialmente: a titularidade do poder de ação que é inerente ao sujeito agente, a qual é diferenciar o titular de uma função da figura do representante, e mais ainda a estranheza do interesse objeto da própria ação, bem como a atitude particular desse interesse, a configuração especial que o mesmo assume, ao vir a assumir uma importância que não é apenas individual, mas também social (tradução nossa) (FALZONE, 1953, p. 23)¹²⁰.

Uma vez tratada a natureza e conceituação dos princípios jurídicos e abordada a noção de Administração Pública, veremos como eles se relacionam. Inicialmente, considerando que a aplicação da ACB às decisões estatais sofre forte influência de sua utilização na Administração Pública norte-americana (embora seu emprego já seja considerável na Europa e nos demais países ligados à OCDE), essa abordagem se dará pela contraposição da forma como a *common law* e a *civil law* lidam com o direito público.

Essa distinção se torna importante, inclusive, à compreensão da abrangência da aplicação da ACB nos diversos setores e instâncias da Administração Pública norte-americana e a repercussão disso na gestão das políticas públicas.

Primeiramente, na *common law*, a distinção entre direito público e privado não é tão clara e nem tão relevante como na *civil law*, considerando que em sua maior parte, nos EUA, as agências administrativas são sujeitas aos mesmos preceitos legais que cidadãos ou entidades privadas.

¹²⁰ Texto original: “*Gli elementi che unificano queste diverse figure giuridiche, permettendo di ridurle ad un concetto unitario, sono essenzialmente: la titolarità del potere di azione che è insito nel soggetto agente, che è quello di differenziare il titolare di una funzione dalla figura di la rappresentatività, e ancor più l'estraneità dell'interesse oggetto dell'azione stessa, nonché l'atteggiamento particolare di questo interesse, la configurazione speciale che esso assume, quando viene ad assumere una rilevanza non solo individuale, ma anche sociale*”.

A divisão do Direito material¹²¹ em Público e Privado, embora comum, não apresenta a mesma utilidade que a divisão do Direito em material e processual¹²². Como a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou, “Muitas vezes é conveniente descrever as causas como invocando direitos públicos ou privados, e essa cômoda classificação é sem dúvida válida para algumas finalidades. Geralmente, porém, a significação geral e a consequência jurídica de cada termo dependerão de seu contexto e da natureza dos interesses para cuja definição é empregado”. Como não há um sistema judiciário especial para tratamento de matéria de direito público, raramente surge uma ocasião em que a distinção apresenta importância prática. Diz-se que o direito público abrange os direitos aplicados por meio do processo administrativo, enquanto o direito privado se preocupa com aqueles deixados à execução da iniciativa privada por meio dos tribunais. Isso, no entanto, dá apenas uma bússola estreita ao direito público. Até mesmo o direito constitucional, por exemplo, faz parte do cotidiano dos tribunais ordinários na resolução de litígios entre particulares. Talvez o advogado tenda a pensar no direito público, se é que pensa na distinção, no sentido clássico de um ramo do direito dedicado ao funcionamento do governo e ao ajuste das relações entre os indivíduos e o governo, enquanto o direito privado se ocupa com os direitos dos indivíduos entre si. Naturalmente, mesmo essa definição é difícil de aplicar ao crescente número de situações em que o Estado intervém ou se envolve nas relações entre particulares (tradução nossa) (FARNSWORTH, 2010, p. 106-7)¹²³.

Também pode-se afirmar que, na cultura jurídica norte-americana, o Direito Administrativo se relaciona com o estudo das normas que dispõem sobre a estrutura e o funcionamento das agências governamentais (*executive agencies* ou *administrative agencies*) e sobre os agentes públicos (*officials*).

Apesar do número relativamente pequeno de casos que levam a processos administrativos formais, e de um número bem menor, que é submetido a revisão judicial, o controle judicial das ações administrativas é uma das questões de maior relevância do Direito Administrativo norte-americano.

Como nenhum sistema especial de tribunais lida com questões administrativas, a revisão judicial é realizada dentro da estrutura criada para litígios convencionais nos tribunais comuns. A maioria dos estatutos

¹²¹ *Substance law.*

¹²² *Procedure law.*

¹²³ Texto original: “*The Division of substantive law into public and private law is, while not uncommon, of more questionable utility than the division of law into substance and procedure. As the Supreme Court of the United States has said, ‘It is often convenient to describe particular claims as invoking public or private rights, and this handy classification is doubtless valid for some purposes. But usually, the real significance and legal consequence of each term will depend upon its context and the nature of the interests it is invoked to distinguish.’ Because there is no special system of courts to handle public law matters, there is rarely an occasion when the distinction is of practical importance in the United States. It has been suggested that public law encompasses those rights that are enforced through the administrative process, while private law is concerned with those that are left to enforcement on private initiative through the law courts.” This, however, gives but a narrow compass to public law. Even constitutional law, for example, is part of the everyday work of the ordinary courts in resolving suits between private parties. Perhaps the lawyer tends to think of public law, if he or she thinks of the distinction at all, in the classic sense of a branch of law devoted to the functioning of government and the adjustment of relations between individuals and the government, while private law is occupied with the rights of individuals among themselves. Of course, even this distinction is difficult to apply to the increasing number of situations where the state intervenes or becomes involved in relations between private individuals”.*

regulatórios federais autoriza especificamente a revisão de ações específicas da agência encarregada de sua administração (tradução nossa) (FARNSWORTH, 2010, p. 171)¹²⁴.

No caso da *civil law* essa distinção não é apenas teórica, mas, prática. Enquanto no Direito norte-americano, o termo “Direito Administrativo” é mais comumente relacionado à ideia de contencioso administrativo, notadamente sob o aspecto das regulamentações e dos processos administrativos. No Brasil, cujo Direito se fundamenta na *civil law*, essa expressão aponta para as questões da Administração Pública, em geral, com grande abertura temática.

Enquanto no Brasil, os princípios do Direito Administrativo são elencados na própria Constituição, em especial, no seu art. 37, a Constituição norte-americana sequer trata do tema da Administração Pública. Os princípios administrativos são elencados no *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946. Um amplo estatuto aplicável às agências administrativas. Além disso, a jurisprudência, especialmente, as decisões da Suprema Corte, das decisões das Cortes Federais Regionais de Recursos e das Cortes Distritais, ajudaram a moldar e implementar os postulados do Direito Administrativo nos EUA (MESSITTE, 2015, p. 62).

É também importante ressaltar que muitos dos princípios aplicáveis à Administração Pública no Brasil — como os princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, eficiência e racionalidade — são conceitos que encontram eco no Direito norte-americano seja na Constituição (como o direito ao Devido Processo Legal ou ao igual tratamento perante a lei), seja na jurisprudência (MESSITTE, 2015, p. 63).

Outra diferença importante quanto ao Direito Administrativo brasileiro e norte-americano consiste no fato de que a Constituição dos Estados Unidos confere autoridade ao Congresso para criar as leis que entender adequadas para o cumprimento das funções administrativas (art. I, seção 8): “Elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos, ou aos seus Departamentos e funcionários” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2022). O Congresso pode delegar para agências administrativas, dentro de certos limites, poderes para estabelecer e impor regras, bem como para resolver disputas, além do estabelecimento de seus próprios estatutos, com uma liberdade consideravelmente maior do que no modelo administrativo brasileiro.

As agências desfrutam das funções de regulamentação, imposição e decisão, em uma espécie de concentração das três funções essenciais do Estado. No modelo norte-americano, elas possuem as funções legislativas, decisórias e, até mesmo, adjudicatórias. No Brasil, tais

¹²⁴ Texto original: “*Because no special system of courts handles administrative matters, judicial review is carried out within the framework created for conventional litigation in the regular courts. Most federal regulatory statutes specifically authorize review of particular actions of the agency charged with their administration*”.

funções são limitadas pelo poder regulamentar, secundário, permitido sob limites rígidos, como no artigo 84, VI, da Constituição brasileira.

Sob o prisma da APA, deve haver uma notificação pública acerca de qualquer proposta de regulamentação antes mesmo que as agências ingressem com o processo de criação de tal regra, devendo tal notificação ser publicada no Registro Federal — publicação oficial similar ao Diário Oficial, no Brasil. A partir daí, pessoas interessadas têm a oportunidade de participar no processo de criação das normas, incluindo a possibilidade de apresentar dados, relatórios ou até mesmo fazer sustentações orais, em certos casos. É uma forma de democratizar e permitir a participação popular no processo de normatização e regulamentação, conhecida por “notificar e discutir”.

O conceito de “notificar e discutir” existente em nosso Direito Administrativo tem “muito em comum com os requerimentos para consultas públicas no processo administrativo brasileiro. A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 3, institucionaliza o conceito de participação pública em decisões administrativas. Isso originou as consultas e as audiências públicas. Com certeza, há diferenças entre Brasil e EUA no que diz respeito às maneiras específicas em que o público participa nos processos administrativos nos dois países, mas nós certamente compartilhamos dos mesmos objetivos de democratizar a burocracia governamental (MESSITTE, 2015, p. 63).

A eficiência, p.e., princípio preconizado no *caput* do art. 37, da Constituição brasileira, mostra-se presente na Administração Pública norte-americana, sendo referido no *U.S. Code*, no parágrafo que trata da Informação pública; regras, opiniões, ordens, registros e procedimentos da agência — 5 *U.S. Code* § 552 (j) (2) (A): “ter responsabilidade em toda a agência pelo cumprimento eficiente e apropriado desta seção” e (k) (5) (A) (i): “Desenvolver recomendações para aumentar a conformidade e a eficiência nesta seção”. A responsabilidade de promover uma governança eficiente está presente em todas as *agencies* estatais dos Estados Unidos.

Independentemente das fontes, se constitucional, legislação infraconstitucional ou jurisprudência, seja na *common law* ou *civil law*, o fato é que o Direito Administrativo se fundamenta em princípios jurídicos que norteiam a conduta administrativa do Estado e visa, como objetivo último, a promoção dos valores preambulares da Constituição¹²⁵, em especial, o bem-estar da sociedade. Neste sentido, a verificação quanto à efetivação de um princípio constitucional e a promoção de mecanismos que contribuam para a implementação ou aumento da abrangência dessa efetivação se torna uma análise fundamental à própria efetivação da

¹²⁵ Um dos valores contidos, tanto no preâmbulo da Constituição do Brasil, quanto dos Estados Unidos é o bem-estar: “Nós, o povo dos Estados Unidos, para formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade doméstica, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral e garantir as bênçãos da liberdade para nós e nossa posteridade, ordenamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2022).

cidadania enquanto *status* desejado e padrão a ser estabelecido a uma sociedade.

5.2.3 Os princípios da Administração Pública

A Constituição da República de 1988, quando de sua promulgação, consagrou quatro princípios concernentes à Administração Pública, de forma explícita¹²⁶, no seu artigo 37, a saber: os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Princípios estes estreitamente relacionados à promoção dos objetivos e princípios constitucionais, em especial, a promoção da cidadania, à medida que direitos sociais e garantias eram estabelecidos por meio de políticas públicas conduzidas pelo Estado. O que, além de outras razões, deu a esta Constituição a alcunha de “constituição cidadã”. Passados dez anos de sua promulgação, em 1998, é que foi acrescido o quinto elemento, por meio de emenda constitucional, o princípio da eficiência, objeto do presente trabalho (não nos deteremos mais profundamente na análise dos demais princípios administrativos que aqui serão abordados, salvo, se necessário à análise e compreensão do princípio da eficiência).

Em linhas gerais, esses princípios são diretrizes que norteiam a conduta estatal, direcionando a atuação da Administração Pública; conduzindo a elaboração das leis, normas administrativas e políticas públicas; e condicionando a validade dos atos administrativos.

Embora os princípios sejam dotados de certo grau de vagueza, no sentido de que permitem uma ampla enunciação, capaz de albergar grandes linhas de valores aos quais deve orientar o ordenamento jurídico e a conduta administrativa, isso, contudo, não indica generalidade ou imprecisão, por serem dotados de um significado determinado e possibilidade de concretização por meio da aplicação de seus valores nucleares ao fato concreto.

Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (impredictibilidade dos princípios); permitem, sim, projeções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade objetiva dos princípios (CANOTILHO, 2003, p. 191).

Portanto, estes princípios devem ser seguidos com precisão pelos agentes públicos, sendo que a não observância destes resulta em prática de ato inválido e o expõe à responsabilidade disciplinar civil ou criminal, a depender do caso, o agente público envolvido ou responsável pelo ato administrativo em questão. Logo, os princípios administrativos não são

¹²⁶ Outros princípios relacionados à Administração Pública podem ser implicitamente deduzidos da Constituição da República, como, p.e., o princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual pressupõe que o agente público não pode dispor do interesse público para beneficiar a si próprio ou a terceiros.

meras sugestões ou direcionamentos abstratos, mas, parâmetros relativamente estritos a serem observados.

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada (MELLO, 2010, p. 98).

Os princípios administrativos são, antes de tudo, o conjunto de mandamentos de otimização dos valores e fundamentos constitucionais sobre os quais o Estado Democrático de Direito brasileiro se ergue.

Diversas são as formas de categorizá-los, sendo a divisão entre explícitos e implícitos a mais comum. Entretanto, uma classificação mais ampla pode nos ser útil, considerando três categorias de princípios da Administração Pública: a) os princípios do Estado de Direito; b) os princípios expressos; e c) os princípios derivados dos direitos fundamentais. Sendo que vários dos princípios administrativos se enquadram em mais de uma categoria.

Quanto aos princípios do Estado de Direito, Ferreira Filho assim assevera: “O estado de direito, analisado pelo prisma estritamente jurídico, se desdobra em três princípios. O de legalidade, o de igualdade e o de judiciedade” (1984, p. 28). Também encontram guarita nessa categoria, princípios como o republicano e a supremacia do interesse público. São os princípios que caracterizam o Estado enquanto Estado de Direito.

Já os princípios expressos podem ser divididos em constitucionais e infraconstitucionais, sendo que dentre os constitucionais, tem-se novamente a presença do princípio da legalidade, já abordado como pilar do Estado de Direito. E os infraconstitucionais, que são decorrentes diretamente de lei, como no caso do art. 2º da Lei nº 9.874/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Nele são elencados diversos princípios administrativos, repetindo os constitucionais e acrescentando outros tais como a finalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Não menos importantes, têm-se os princípios administrativos que derivam diretamente dos direitos fundamentais, que elevam o Estado de Direito à condição de Estado Democrático de Direito, a partir da noção de que todos os poderes estatais têm como propósito e finalidade a plena satisfação dos direitos fundamentais.

Num Estado de Direito, os direitos fundamentais operam como limite da ação estatal, como garantia dos fundamentos do ordenamento jurídico, em particular dos institutos essenciais do ordenamento jurídico privado; obrigam a proteger os conteúdos que garantem mediante procedimentos adequados

(HESSE, 2009, p. 37).

Do ponto de vista da presente análise, importante é destacar que os direitos fundamentais pressupõem e exigem procedimentos adequados à sua garantia e concreção.

Como exemplo de princípio administrativo decorrente dos direitos fundamentais tem-se a isonomia (art. 5º, *caput* da CRFB), através do qual a Administração Pública, sem fugir à observância da regra da generalidade (para casos iguais), deve considerar a diversidade de condições e circunstâncias para alcançar o bem-estar comum (FERREIRA FILHO, 1984, p. 33).

Para além da simples classificação didática, esta forma de elencar os princípios da Administração Pública reforça a sua relação com o Estado de Direito, a Constituição da República e, em especial, os direitos fundamentais, basilares do Estado Democrático de Direito e o seu caráter normativo e promotor da cidadania.

Por sua força constitucional, tomemos como base, os princípios administrativos do art. 37 da CRFB. Tem-se ali a percepção dos elementos basilares sobre os quais se estrutura toda Administração Pública: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Acrescido a essa condição basilar, verifica-se a imprescindibilidade da efetivação, a juridicidade e o caráter vinculante dos princípios da Administração Pública, evidenciados pelos diversos dispositivos legais que tornam passíveis de sanções o desatendimento desses princípios normativos, como a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) ou, ainda, a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), por meio das quais qualquer cidadão pode pleitear a anulação de atos da administração que sejam atentatórios a esses preceitos.

A Lei da Improbidade Administrativa, no seu art. 11, deixa explícito que “atentar contra os princípios da Administração Pública”, por ação ou omissão, constitui “improbidade administrativa”. E a Lei Anticorrupção, no seu art. 5º, considera “atos lesivos à Administração Pública”, aqueles praticados “contra princípios da Administração Pública”.

Assim, a efetivação dos princípios administrativos adquire uma condição não apenas de ideal do Estado Democrático de Direito, mas, de compromisso legal, dever, cuja inobservância é passível de sanções previstas em lei. Efetivar o cumprimento dos princípios da Administração Pública é efetivar os valores supremos da Constituição, assegurar as garantias fundamentais e fortalecer os valores da cidadania.

5.3 Princípio da Eficiência

Do que estamos tratando quando falamos de eficiência da Administração Pública?

Para isso é preciso que, primeiramente, se defina o que é uma sociedade, se não ideal, ao menos “bem ordenada”. Rawls, entende que uma sociedade bem ordenada é aquela que não é “apenas projetada para promover o bem de seus membros, quando é efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça (tradução nossa)” (1999, p. 5)¹²⁷. Duas são as condições que ele estabelece para tal, que nessa sociedade: a) todos aceitem e saibam que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça; e b) as instituições sociais básicas geralmente satisfaçam e sejam geralmente conhecidas por satisfazer esses princípios. Nessas condições, mesmo que os indivíduos possam fazer exigências excessivas uns aos outros, eles reconhecem um ponto de vista comum a partir do qual suas reivindicações poderão ser julgadas.

Por “bem ordenada” tome-se a concepção de “eficiente”. Desse modo, uma organização social eficiente se torna um dos pré-requisitos para uma comunidade humana aceitável. Partindo desse axioma, pode-se dizer que quanto mais eficiente for a organização da comunidade, mais efetiva será a satisfação dos interesses coletivos. A partir desse ponto,

pode-se também argumentar corretamente que o problema da juridicização de eficiência consiste em verificar como essa suposição é fundamentada. Trata-se de identificar através de quais instrumentos juridicamente relevantes o funcionamento da Administração Pública é feito para interagir positivamente pela lei com as condições e com as necessidades contingentes e mutáveis que se relacionam concreta e dinamicamente com a realidade atual em sua dimensão política predominante (tradução nossa) (URSI, 2016, p. 445)¹²⁸.

Portanto, falar de eficiência na Administração Pública, sob esse prisma, é basicamente falar dos mecanismos jurídicos e elementos procedimentais que permitam que uma sociedade busque maximizar o bem-estar de modo justo. “Eficiência é a adequação a um objetivo, a capacidade potencial de atingir um objetivo. É percebida como uma contribuição para a consecução de um objetivo (tradução nossa)” (URSI, 2016, p. 447)¹²⁹ e não apenas no sentido econômico da relação entre recursos e resultados. Entretanto, a concepção em voga há décadas está mais ligada à essa noção de produtividade, administração gerencial e prestação de serviços voltada para resultados.

Neste sentido,

¹²⁷ Texto original: “*designed to advance the good of its members but when it is also effectively regulated by a public conception of justice*”.

¹²⁸ Texto original: “*Può altresì sostenere correttamente che il problema della giuridificazione dell’efficienza consiste nel verificare come tale presupposto si sostanzia. Si tratta di individuare mediante quali strumenti giuridicamente rilevanti il funzionamento della pubblica amministrazione sia fatto positivamente interagire dal diritto con le condizioni e con le esigenze contingenti e mutevoli che sono concretamente e dinamicamente correlate alla realtà effettuale nella sua prevalente dimensione politica*”.

¹²⁹ Texto original: “*L’efficienza è l’adeguatezza ad un fine, la capacità potenziale di raggiungere un obiettivo. Essa è percepita come contributo al raggiungimento di uno obiettivo*”.

o referido princípio da eficiência consiste, essencialmente, em impor ao administrador o princípio da boa administração, isto é, que atue com racionalidade, dentro de uma relação de custo e benefício, cuidando-se de um imperativo de otimização do serviço público, impondo-se ao agente público que atinja ao resultado ótimo possível, com o menor custo possível, seja de pessoal, seja financeiro, seja de tempo (ANIBAL, OLIVEIRA e SILVEIRA, 2017, p. 231).

Estabelecer o sentido no qual se espera que o Estado seja eficiente é fundamental para a efetivação do referido princípio administrativo. Especialmente, porque “eficiência” é um termo polissêmico, aplicável em diversas áreas do conhecimento humano, cada qual com seu contexto e utilidade.

Sua adequação à teoria jurídica parte das noções oriundas da Economia e sua aplicação ao comportamento humano em sociedade, trazendo o conceito de eficiência produtiva, alocativa e dinâmica. Por eficiência produtiva, a economia entende o produzir mais com menos. Já a eficiência alocativa se volta para a utilidade extraída do produto resultante do processo produtivo, a satisfação que produz. E por eficiência dinâmica se compreende a medida de quão bem empregados são os recursos para satisfazer as preferências atuais e futuras (GICO JR, 2020). Vale notar que, na conceituação de eficiência no âmbito das ciências jurídicas, todos esses aspectos, produtivo, alocativo e dinâmico, encontram ressonância.

No debate decorrente do Plano Bresser, talvez, a falta de uma definição clara quanto ao que se refere o princípio da eficiência, introduzido pela EC nº 19/1998, tenha sido um dos motivos da forte resistência à sua inclusão no texto constitucional, à época.

Mesmo com a inclusão do termo “eficiência” no elenco dos princípios da Administração Pública, no texto constitucional, há os que defendam que isso em nada acrescentou ao rol desses princípios, enquanto outros, entendem que, embora tenha sido elevado ao patamar de um princípio constitucional, o princípio da eficiência traz apenas o sentido de que “a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se à lentidão, a descaso, à negligência, à omissão — características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções” (MEDAUAR, 2018, p. 127). Funcionando quase e tão somente como um alerta àqueles maus funcionários que tratam a coisa pública como algo de ninguém.

Adverta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração” (MELLO, 2010, p. 122)

Percebe-se que, tanto pelo lado dos idealizadores da Reforma Administrativa (5.1.2), quanto pelo lado daqueles que se lhe opunham, pelo menos no primeiro momento, o debate foi limitado ao conceito de eficiência (quase uma ideia de celeridade) em contraposição à morosidade resolutiva do Estado burocrático. E para alguns, tratava-se de acrescentar uma palavra que não alteraria o conteúdo e o resultado esperado do dispositivo constitucional.

O exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados na lei. [...] Por entender assim, combati desde o primeiro momento a introdução dessa alteração na cabeça do art. 37 durante o processo de discussão da proposta de emenda constitucional n. 173 no Congresso Nacional, sustentando entre outros argumentos que a proposta do relator na Câmara dos Deputados era desnecessária e redundante (MODESTO, 2000, p. 111).

Ou seja, nem mesmo a noção de que a inclusão do princípio da eficiência no corpo dos princípios constitucionais da Administração Pública tenha vinculado alguma obrigação ao administrador que já não estivesse implícita é consenso entre os doutrinadores. Ainda há muita controvérsia quanto ao significado de “eficiência” adotado pelo legislador constituinte e até que ponto vai a interseção deste nas linguagens do Direito e da Economia.

Contudo, não se tratava apenas de acrescentar ao corpo da Constituição um elemento vazio de significado, mas, a mobilização da sociedade por meio do direcionamento estatal à busca de resultados melhores em respeito ao cidadão.

O valor da eficiência do Estado de bem-estar revela-se, portanto, não tanto no fato de que o Estado acrescenta aos fins pré-existentes um novo fim (adicional como tal), o da eficiência, mas na necessidade de usar todos os esforços próprios e da comunidade, a fim de alcançar os melhores e mais convenientes resultados para a própria comunidade. O Estado existe e deve atuar coordenando todos os esforços e utilizando todos os recursos para a melhor obtenção de resultados efetivos (tradução nossa) (URSI, 2016, p. 450-1)¹³⁰.

Assim, o esforço doutrinário, a partir da aprovação da referida Emenda, consistiu ou deveria consistir não apenas na análise da motivação, viabilidade ou uma predominância ideológica, mas, na busca do impacto que essa inclusão trouxe ao ordenamento jurídico.

5.3.1 Eficiência como postulado

Um dos aspectos abordados pela doutrina é que a eficiência não seria um princípio da

¹³⁰ Texto original: “*Il valore dell’efficienza dello Stato sociale si rivela, quindi, non tanto nel fatto che lo stato aggiunga ai fini preesistenti, un nuovo fine (come tale aggiuntivo), quello dell’efficienza, bensì nella necessità di utilizzare tutti i propri sforzi, e quelli della comunità, allo scopo di raggiungere i risultati migliori e più convenienti alla comunità medesima. Lo Stato esiste e deve operare coordinando tutti gli sforzi ed utilizzando tutte le risorse verso il miglior conseguimento di risultati effettivi*”.

Administração Pública, mas, um sobreprincípio, um postulado geral. A ideia é que a eficiência seria uma conjunção dos demais princípios, como a legalidade, a moralidade, a celeridade, a eficácia, a economicidade, entre outros. A efetivação desses princípios resultaria no sobreprincípio da eficiência.

Para Ávila, a eficiência não pressupõe a realização de fins, mas, a estruturação da administração para obter esse fim. Pois, eficiência

é implicação da própria atribuição de fins à Administração Pública. Com efeito, a administração, de acordo com o ordenamento jurídico, deve promover a realização de vários fins. Quando a administração emprega um meio que, embora adequado à realização de um fim, não serve para atingi-lo minimamente em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, o fim não é promovido satisfatoriamente. A instituição de fins a serem promovidos pela administração impede que ela escolha meios que não os promova de modo satisfatório. Essa exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à administração é o próprio dever de eficiência administrativa (ÁVILA, 2005, p. 23).

Desta forma, a eficiência não seria sequer identificada como um princípio da Administração Pública, mas, um postulado anterior que abrange todos os princípios. Embora, destoe da maioria, a teoria de Ávila não elimina a exigência da eficiência, apenas a apresenta como uma pressuposição lógica da própria finalidade da Administração Pública. Porém, não há como negar, diminuindo-lhe o caráter normativo, sua juridicidade.

5.3.2 Eficiência enquanto princípio

Sem desprezar o debate conceitual quanto às diferenças entre regras e princípios e, por opção, adotando o sentido de que princípios são normas jurídicas, que estabelecem um fim a ser atingido e remetem aos fundamentos constitucionais, em especial, a cidadania (art. 1º da CRFB) e o objetivo constitucional do art. 3º, IV da CRFB: “promover o bem de todos”.

Deste modo, uma definição que bem traduz e justifica a inclusão do princípio da eficiência como a atribuição imposta à Administração Pública e aos seus agentes é que o

[...] princípio da eficiência é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social (MORAES, 2006, p. 22).

Visando aprofundar no conceito do princípio constitucional da eficiência para relacioná-lo aos demais princípios da Administração Pública, retomamos o conceito de eficiência econômica, que por si só já envolve uma medida abrangente de benefícios públicos, composta

pelos lucros das empresas, o bem-estar dos consumidores e os salários dos trabalhadores. Maximizar a medida abrangente (eficiência) significa maximizar seus componentes (lucros, bem-estar de consumidores e trabalhadores). É a máxima popular teorizada de que “um negócio é bom, quando é bom para todas as partes”. Pois, um bom sistema jurídico mantém alinhados a lucratividade dos negócios e o bem-estar das pessoas, de modo que até mesmo a busca pelo lucro também beneficia o público (COOTER e ULEN, 2011, p. 4).

Paralelamente, no que diz respeito à Administração Pública, a eficiência envolve uma medida abrangente, composta pela melhor alocação dos escassos recursos públicos, para proporcionar o bem-estar dos beneficiários das políticas públicas e dos financiadores (o critério Kaldor-Hicks). Logo, o sistema jurídico que vise a eficiência estatal mantém alinhados o gasto racional dos recursos públicos e o bem-estar da população, de modo que a busca pelo melhor custo-benefício na alocação desses recursos escassos, ao contrário da primeira impressão de que seja algo antidemocrático, antissocial ou antiambiental, deva ser benéfico ao cidadão e à sociedade.

Tal perspectiva se alinha aos fundamentos da Constituição Federal e aproxima o princípio da eficiência dos demais princípios constitucionais e infraconstitucionais da Administração Pública, em especial, o da legalidade. Embora haja a possibilidade de conflito entre esses princípios, eles não são excludentes. Sendo que, em relação ao princípio da legalidade é que se deva ter maior atenção.

Tomando-se a eficiência como o princípio da “boa administração”¹³¹, a legalidade toma proporções significativas. Segundo Aragão (2004, p. 2), o princípio da eficiência induz a uma nova lógica quanto ao princípio da legalidade, na qual a legalidade meramente formal e abstrata é sobreposta por uma legalidade finalística e material, visando a obtenção das finalidades constitucionais e legais por meio de resultados práticos.

O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, caput, CRF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater (ARAGÃO, 2004, p. 3-4).

Essa sobreposição é evidenciada na observação de Monceri, em termos da transição entre o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito:

E, portanto, no que diz respeito ao perfil que aqui nos interessa, mostra-se uma diferenciação em relação ao resultado exigido da administração numa

¹³¹ No lugar de acrescentar o termo “eficiência”, no art. 37, da CRFB, a PEC 173/1995 que deu origem à EC nº 19/1998 apresentava a expressão “qualidade do serviço prestado”, que ao final foi substituído.

evolução na qual a conquista do estado liberal remonta à necessidade da administração estar sujeita ao cumprimento do princípio da legalidade formal próprio do advento do Estado de Direito; enquanto, posteriormente, a crescente atribuição de tarefas proativas à administração, ligadas à satisfação dos direitos dos cidadãos, reduz o problema da necessidade persistente de travar o poder da administração, para exigir, em vez disso, de forma mais decisiva, que esta alcance resultados mensuráveis em termos de eficiência dos resultados esperados, resultando na necessidade de maiores controles, como os atribuídos ao Tribunal de Contas (tradução nossa) (MONCERI, 2021, p. 261)¹³².

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, a legalidade obsta a validade jurídica qualquer ato oposto aos fundamentos e direitos constitucionais, e aos demais princípios democráticos da impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e segurança jurídica.

Entretanto, apesar da extrema importância que detém no âmbito das garantias do processo e do princípio democrático, o princípio da legalidade também pode se tornar um obstáculo à administração dos resultados eficientes. Monceri (2021, p. 275) aponta duas razões. Primeiramente, porque a abstração necessária da norma não alcança todos os aspectos da realidade, ao passo que a ação administrativa tem natureza eminentemente concreta. Dessa forma, para tornar os atos da administração mais eficientes significaria necessariamente agir de forma oposta à estrita observância do princípio da legalidade. A segunda razão encontra-se no fato de que, mesmo quando as prescrições oferecidas pela lei são suficientemente precisas, elas podem não ser satisfatórias para a obtenção do resultado. Noutras palavras, é improvável que a prescrição regulatória venha a exigir um resultado plenamente satisfatório na ausência de “maior” colaboração do administrador, em decorrência de diligência mediana.

Ou seja, numa situação, a norma pode se tornar um obstáculo por não abarcar todas as nuances da realidade. Noutra, por não ser suficientemente eficaz em exigir a ação do administrador. Tomemos como exemplo a garantia do direito constitucional à saúde. É evidente que, mesmo o Brasil tendo uma das legislações de proteção à saúde mais interessantes do mundo e um sistema público de saúde bastante abrangente, a legislação não abarca todas as possibilidades quando trazidas ao caso concreto daquele cidadão que necessita, p.e., de um tratamento ainda não reconhecido no país. A ausência de uma cobertura legal pode impedir determinada ação da Administração Pública, por mais que as análises de custos e benefícios

¹³² Texto original: “E, dunque, rispetto al profilo che qui interessa, una differenziazione in ordine al risultato richiesto all’amministrazione si mostra in un’evoluzione in cui la conquista dello Stato liberale può essere ricondotta alla necessità che l’amministrazione venga sottoposta al rispetto del principio di legalità formale proprio dell’avvento dello Stato di diritto; mentre, successivamente, la crescente attribuzione di compiti proattivi all’amministrazione, connessi al soddisfacimento dei diritti dei cittadini, ridimensiona il problema della pur persistente necessità di arginare il potere dell’amministrazione, per richiedere invece, con maggior decisione, che questa consegua risultati misurabili in termini di efficienza dei risultati attesi, determinando la necessità di maggiori controlli, come quelli attribuiti alla Corte dei conti”.

evidenciem que esse seria o melhor resultado em termos de eficiência estatal e bem-estar dos cidadãos. Por outro lado, mesmo que haja uma vasta legislação acerca do tema e de vasta evidência da eficiência de determinadas políticas públicas, comprovadas pela ACB, em alguns casos, o administrador não se vê “obrigado” a implementá-las. Isso, sem abordar a questão dos recursos escassos em face da garantia de direitos.

Monceri (2021, p. 289) utiliza a expressão “direitos fundamentais financeiramente condicionados”. A multiplicidade de direitos vinculados à concepção de Estado de bem-estar social exige recursos ainda não gerados. Garanti-los no presente significa delegar às gerações futuras a responsabilidade de financiar o acesso da atual geração a esses direitos fundamentais por meio do endividamento público, transferindo a cobertura dos mesmos. O que pode ultrapassar os limites da própria legalidade e economicidade e ferir a própria concepção de eficiência com base na ACB.

Entretanto, se entendermos o princípio da eficiência, não apenas em termos de eficiência econômica, mas, como a maximização do bem-estar social, é necessário que a gestão pública esteja comprometida em alcançar esse objetivo. Para isso, é preciso adotar medidas que visem à eficiência na prestação de serviços públicos e na implementação de políticas públicas, tais como:

1. Identificação das necessidades sociais. É preciso que os órgãos públicos identifiquem as necessidades sociais e priorizem a alocação de recursos para a realização de ações que visem à melhoria do bem-estar da população.
2. Planejamento eficiente. É importante haver um planejamento eficiente das ações a serem realizadas, considerando as prioridades identificadas e os recursos disponíveis.
3. Utilização adequada dos recursos. É fundamental que os recursos públicos sejam utilizados de forma adequada e eficiente, evitando desperdícios e promovendo a melhor e mais justa distribuição possível.
4. Avaliação de resultados. É preciso que haja uma avaliação constante dos resultados obtidos pelas ações realizadas, de forma a identificar pontos de melhoria e corrigir eventuais problemas. Esse processo de avaliação deve abranger não apenas o agente público concursado, mas, os comissionados e eleitos devem apresentar resultados satisfatórios em termos de eficiência.
5. Participação social. A participação da sociedade na gestão pública é importante para garantir que as políticas públicas atendam às necessidades e demandas da população, contribuindo para a maximização do bem-estar social, em todas as etapas do processo de implantação das políticas públicas.

6. Transparência e *accountability*. A transparência na gestão pública e a prestação de contas à sociedade são fundamentais para garantir a efetividade do princípio da eficiência, permitindo que a população acompanhe e avalie o desempenho dos gestores públicos na busca pelo bem-estar social.

Desafios como a falta de recursos financeiros e humanos adequados para a implementação de políticas públicas eficientes; falta de profissionais qualificados; de equipamentos necessários para a realização de suas atividades de modo eficiente, farão parte da realidade do gestor público. Entretanto, o ponto mais importante é a necessidade de uma cultura de comprometimento com a eficiência por parte dos gestores públicos e dos servidores em geral. É preciso que haja engajamento em busca de resultados concretos e que haja um senso de responsabilidade e comprometimento com a eficiência na gestão pública.

Por fim, é importante destacar a necessidade de mecanismos de controle e avaliação da eficiência na gestão pública. É necessária a existência de indicadores de desempenho claros e objetivos, que permitam medir o grau de eficiência das políticas públicas e, assim, identificar pontos de melhoria e promover ajustes necessários para melhorar a gestão pública.

5.4 A ACB e o Princípio da Eficiência

Considerando a eficiência como o princípio da Administração Pública que exige a melhor aplicação dos recursos escassos do Estado, considerando as diversas alternativas para que eles sejam justamente distribuídos entre os membros da sociedade, de forma a maximizar os benefícios líquidos em face dos custos, em termos de bem-estar social, poderemos afirmar que a ACB está em plena harmonia com o texto constitucional e que a mesma representa, pelo menos até o momento, a melhor expressão do constituinte quando introduziu entre os princípios constitucionais da Administração Pública, o princípio da eficiência, por meio da reforma administrativa de 1998.

Logo, com base no princípio da eficiência, fica evidente que a ACB tem seu lugar no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, como um dos melhores instrumentos de efetivação de um princípio constitucional. A aplicação da ACB como instrumento decorrente do princípio da eficiência, portanto, promove a efetividade do próprio princípio, respeitando sua juridicidade e sem sobreposição ou colisão com os demais princípios, na prática da Administração Pública no âmbito dos três Poderes, nas suas esferas federal, estadual e municipal.

Passadas mais de duas décadas, a aplicação da ACB em relação à construção das normas e das políticas públicas ainda é vista com bastante desconfiança e resistência, nos corredores da

Administração Pública.

Neste ponto podemos retomar a primeira questão apresentada no início do capítulo (5.1.2), se a Constituição Federal, com a Reforma Administrativa promovida pela EC nº 19/1998, contempla a aplicação da ACB, no âmbito da Administração Pública. Para tal, será verificada a possibilidade de convergência entre os conceitos e a prática de ambas.

5.4.1 Convergindo conceitos: Administração Pública, eficiência e ACB

Aqui, novamente, os conceitos de Microeconomia se aplicam (2.2). A noção de que os recursos públicos são escassos levam à necessidade de se fazer escolhas. As escolhas levam ao *trade-off*, os quais são “sacrifícios” compreendidos na noção de que, para se alcançar determinado benefício, tem-se que renunciar a outro. Esses sacrifícios levam à ideia de que os indivíduos farão escolhas que atendam ao máximo seus interesses pessoais. Esse é o conceito de maximização racional. Dessa maximização racional das escolhas advém o conceito de eficiência. Considerando que a economia seja o estudo de como os indivíduos e sociedade fazem suas escolhas e *trade-offs*, na distribuição de seus recursos escassos entre os membros da sociedade, eficiência pode ser traduzida como a maximização dos recursos e do bem-estar de forma a minimizar os custos sociais (COOTER e ULEN, 2011, p. 13-5).

Assim, eficiência pode ser traduzida de três formas, ao menos. A primeira, básica, traz a ideia de eficiência como a otimização da relação entre investimento e benefício (a eficiência *output* e *input*), sem, contudo, considerar a distribuição na alocação dos recursos. A segunda forma de aceção do termo eficiência é a chamada “melhora” ou “critério de Pareto”, no qual os recursos são distribuídos de forma a melhorar a situação de A sem piorar a situação de B. Assim, o ápice da eficiência de Pareto é aquela situação na qual já não seja possível melhorar a situação de ninguém sem que para isso a situação de outrem piore, o ótimo de Pareto. Considerando a situação na qual todos os recursos estivessem nas mãos de apenas um indivíduo, pelo critério de Pareto, estaríamos no ponto de máxima eficiência, o que eticamente deve ser considerado inaceitável, pois, para melhorar a situação de qualquer outro indivíduo, a situação desse primeiro teria que ser “piorada”.

Para superar esse entrave da eficiência de Pareto tem-se a terceira noção de eficiência, o critério de Kaldor-Hicks. Para a tomada de decisão quanto à alocação e distribuição dos recursos escassos, o critério exige a compensação aos perdedores pelos ganhadores. Sem tal compensação não deve haver mudança. Do ponto de vista teórico, implica que toda mudança deveria ser por consentimento unânime, o que é impraticável. Contudo, abre a possibilidade de

tomadas de decisão nas quais os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem, desde que exista a possibilidade dos ganhadores, em princípio, compensarem os perdedores e ainda ter um excedente para si.

Para uma potencial melhoria de Pareto, a compensação não precisa ser feita, mas deve ser possível em princípio. Em essência, esta é a técnica de Análise Custo-benefício. Na Análise Custo-benefício, um projeto é realizado quando seus benefícios excedem seus custos, o que implica que os ganhadores podem compensar os perdedores. A Análise Custo-benefício tenta considerar os custos e benefícios privados e sociais da ação que está sendo contemplada. Existem problemas teóricos e empíricos com esse padrão, mas ele é indispensável para a economia do bem-estar aplicada (tradução nossa) (COOTER e ULEN, 2011, p. 42)¹³³.

A segunda questão, apresentada no início do capítulo (5.1.2), quanto à aplicação da ACB no âmbito dos três Poderes e suas diversas esferas, será abordada de forma mais dedicada no próximo capítulo. Por hora, vale destacar que também não há consenso sequer se o princípio da eficiência se aplique aos demais poderes de forma ampla, havendo um forte entendimento de que tal princípio, no caso do Legislativo e Judiciário, se restrinja à administração do próprio orçamento, nos termos do art. 74, da CRFB, sem, contudo, atingir a sua função precípua (MARTINEZ, 2009, p. 41-2).

Na prática, mesmo que haja o entendimento de que tal princípio deva ser observado pelos três Poderes, em todas as suas funções, isso está longe da realidade. Ainda que se possa ver a aplicação da ACB em alguns setores da Administração Pública, no poder Executivo, nas suas diversas esferas, em especial, nas agências reguladoras, a própria indefinição conceitual acerca da eficiência e seu espectro de aplicação remete à percepção de que, passadas mais de duas décadas desde a Reforma Administrativa, a efetivação do princípio da eficiência, no sentido de maximização do bem-estar (o que contempla a aplicação da ACB), não se tornou realidade nas decisões da Administração Pública, no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas esferas federal, estadual ou municipal.

Ainda não há consenso acerca de qual dessas noções de eficiência (ou nenhuma delas) foi contemplada pelo legislador constituinte. A opção da Administração Pública pela adoção do conceito de eficiência no sentido Kaldor-Hicks e, conseqüentemente, a adoção da ACB na definição de políticas públicas e normatização, ainda que passível de críticas, traria consigo a

¹³³ Texto original: “*For a potential Pareto improvement, compensation does not actually have to be made, but it must be possible in principle. In essence, this is the technique of cost-benefit analysis. In cost-benefit analysis, a project is undertaken when its benefits exceed its costs, which implies that the gainers could compensate the losers. Cost-benefit analysis tries to take into account both the private and social costs and benefits of the action being contemplated. There are both theoretical and empirical problems with this standard, but it is indispensable to applied welfare economics*”.

noção de que recursos públicos sendo alocados de forma racional e eficiente são poupados. E se esses recursos são poupados, eles podem ser alocados em outras políticas públicas, o que, em tese, reforça o sentido de bem-estar, justiça distributiva, democracia e cidadania. Essa abordagem será o tema do próximo capítulo.

6 CIDADANIA E EFICIÊNCIA: EFETIVAÇÃO POR MEIO DA APLICAÇÃO DA ACB NA ESFERA PÚBLICA

O processo de reforma administrativa que o setor público experimentou na maioria dos países, em especial, aqueles vinculados ou influenciados pela OCDE, trouxe consigo um dilema entre eficiência e cidadania. Durante décadas, no que diz respeito à Administração Pública, esses dois conceitos têm sido considerados quase que excludentes. E a opção por um ou por outro, quase que invariavelmente, está relacionada com a opção ideológica a qual determinado grupo político defende ou é decorrente do contexto político e econômico no qual o país esteja inserido.

Nesse ponto, após trilharmos pelos conceitos de Análise Custo-benefício e princípio da eficiência e verificarmos a relação de compatibilidade entre a ACB e a Constituição, destacando o bem-estar como seu valor supremo na concreção da cidadania, que legitima o próprio texto constitucional, estamos prontos para buscar a resposta às questões que dão motivo ao presente trabalho:

É possível conciliar a promoção da eficiência e da cidadania, na Administração Pública? A efetivação do princípio da eficiência pode se dar sem prescindir do princípio da cidadania? A Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e promoção da cidadania?

A tese a partir de agora defendida, visando responder a estes três questionamentos, é que:

A Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e concreção da cidadania na Administração Pública, à medida que possibilita a verificação das melhores escolhas na alocação dos escassos recursos públicos, de modo a maximizar o bem-estar geral, expresso no equilíbrio entre controle fiscal e a promoção da justiça distributiva.

Em outras palavras, o objetivo é concretizar o princípio da eficiência por meio de mecanismos norteados pela cidadania, evidenciando a harmonia e compatibilidade entre a ACB e a participação dos cidadãos.

Para substanciar tal assertiva, tendo como pano de fundo o que já foi tratado até esse ponto, trabalharemos a questão da consequência de cada decisão tomada pelo gestor público; verificaremos em que termos eficiência e cidadania se tocam; e como a ACB pode ser o facilitador dessa conciliação, no âmbito dos poderes do Estado Democrático de Direito

brasileiro.

6.1 Eficiência à luz da interpretação consequencialista e a Análise Econômica do Direito

Começando pelo tratamento das consequências das decisões tomadas no âmbito da Administração Pública, nunca é demais lembrar que estamos nos referindo a decisões que envolvem alocação de recursos escassos. Recursos esses que devem ser alocados para promover os valores constitucionais que garantam a cidadania.

Tomando que a eficiência está para a Economia no mesmo grau de relevância que a justiça está para o Direito. Seja sobre a ótica da eficiência, que procura promover a maximização da riqueza; ou sob o manto da justiça, que procura alcançar a justiça distributiva; independentemente da motivação do gestor público ao decidir como alocar os recursos públicos, é importante que o mesmo tenha em mente quais as consequências, ou resultados que serão alcançados.

A discricionariedade não anula a relevância das consequências dos atos administrativos, das escolhas legislativas e das decisões judiciais. O agente pode até se eximir de responsabilidades quanto às consequências, em decorrência de seu poder discricionário, no entanto, no caso de resultados ruins, tal isenção não apaga as consequências e nem resolve os problemas oriundos de decisões imprudentes.

Os limites legais do poder discricionário na burocracia administrativa — no entender de Hayek, mais importante do que a separação dos poderes de Locke — é a “pequena fenda pela qual, com o tempo, a liberdade de todos pode esvaír-se (tradução nossa)” (HAYEK, 2011, p. 320)¹³⁴.

Vieira assevera que para Hayek,

a intervenção estatal na economia e o crescente poder discricionário dos burocratas de estabelecer e buscar objetivos sociais ameaçam a eficiência econômica; como consequência das transformações nas funções do Estado, houve um processo de declínio da condição do Direito como instrumento substantivo na proteção da liberdade. A noção de que o Estado não tem apenas a obrigação de tratar os cidadãos de maneira igual perante a lei, mas também o dever de assegurar a justiça substantiva foi acompanhada pelo argumento, proposto por novos teóricos jurídicos, de que o conceito tradicional de Estado de Direito se tornou incompatível com a nova realidade. Diferentes teorias jurídicas como o positivismo, o realismo jurídico ou a jurisprudência de interesses construíram uma versão formal do Direito, liberando o Estado das inerentes limitações impostas por uma concepção substantiva (VIEIRA, 2007,

¹³⁴ Texto original: “*the little gap at which in time every man's liberty may go out*”.

p. 187).

Um Estado ou gestores públicos que não sejam responsabilizados pelos resultados de suas decisões, mesmo que sob o mote de promoção da justiça social, pode levar ao enfraquecimento da própria democracia e deterioração dos valores da cidadania.

Porém, no lado oposto dessa equação,

A estratégia da eficiência, se levada às últimas conseqüências, pode petrificar a ação do gerente público, tal como mostramos no item anterior. O caso do Orçamento público é paradigmático. O estrito enfoque no controle orçamentário dificulta a adaptação a alterações que impliquem um redirecionamento do gasto público. No limite, a ótica da eficiência acredita que há uma solução racional única para os problemas orçamentários (ABRUCIO, 1997, p. 20).

Um Estado cuja única preocupação seja o resultado econômico de suas ações, de igual modo é antidemocrático e arruína os alicerces da cidadania.

A questão central, portanto, não está apenas relacionada ao crescente poder discricionário dos agentes públicos em estabelecer e buscar objetivos sociais ou na busca pela maximização da riqueza como uma panaceia capaz de resolver os demais problemas, mas, na falta de previsão e verificação das implicações que tais medidas possam proporcionar.

Ilustrativamente, tomemos um indivíduo responsável por manter financeiramente a si e a mais quatro dependentes, que possua apenas uma determinada quantia de recursos que permitiria a sua manutenção e desses dependentes por determinado período. Consideremos que esses recursos sejam suficientes para que ele possa suprir suas necessidades imediatas num período menor e ainda monte um negócio através do qual teria a possibilidade de estender sua capacidade de manutenção desse grupo por um longo período. Consideremos também que, diante das opções disponíveis e dos recursos limitados, em vez de investir em um certo negócio que lhe proporcione renda, sem prejuízo da manutenção imediata dos seus, ele opta por investir praticamente todos os seus ativos em um empreendimento mais lucrativo que a tornará rica a longo prazo. No entanto, essa decisão também acarretará redução imediata de sua capacidade de prover a manutenção e os cuidados necessários para seus familiares, o que poderá resultar na perda de vidas de alguns deles devido à falta desses cuidados. Não há dúvidas de que esse segundo investimento irá maximizar sua a riqueza e lhe proporcionará um certo “bem-estar” apesar das perdas ocorridas. Doutro modo, consideremos que esse indivíduo, ao invés de investir seus recursos escassos em algo que lhe permitisse uma renda duradoura, tentando distribuir de forma equânime os recursos que possui, os divide igualmente entre ele e seus dependentes. Conquanto equânime, a justa distribuição dos recursos limitou a possibilidade de investimento e, com isso, reduziu drasticamente o tempo no qual cada indivíduo envolvido pôde

ser mantido. Desse modo, seja numa ou noutra forma de escolha, a falta de análise quanto às consequências permitiu uma medida desastrosa, mesmo que a mesma tenha atendido ao argumento do bem-estar ou da justiça distributiva.

Logo, o suposto impasse entre Economia e Direito, eficiência e justiça, deve buscar sua solução naquilo que ambas as ciências têm de melhor a oferecer, de modo que objetivos e valores democráticos sejam alcançados.

Sunstein, entretanto, adverte para imprescindibilidade do Direito em face das avaliações econômicas. Ressalta que

algumas pessoas parecem pensar que é possível avaliar o Direito apenas com base nas consequências — que uma investigação aberta sobre as consequências é uma maneira viável de avaliar as regras jurídicas. Mas isso não é realmente possível. Os efeitos de qualquer norma jurídica podem ser descritos de infinitas maneiras. Qualquer caracterização particular ou contabilização das consequências não se baseará em alguma especificação dos fatos brutos; em vez disso, será mediada por um conjunto de normas (muitas vezes tácitas) que determinam como descrever ou conceber as consequências. Parte da função expressiva do Direito consiste na identificação de quais consequências contam e como devem ser descritas. Como qualquer concepção de consequências é interpretativa e, portanto, de caráter avaliativo, o consequencialismo simples não é um projeto viável para o Direito (tradução nossa) (SUNSTEIN, 1993, p. 821)¹³⁵.

Nesse ponto, teorias consequencialistas que dialoguem nos dois campos científicos, Economia e Direito, se tornam úteis. Como já brevemente abordado (2.2), a interpretação consequencialista (utilitarista) que se aplica com frequência ao Direito e à Análise Econômica do Direito é uma leitura dos pressupostos do Direito sob o enfoque da Economia. O consequencialismo enfatiza que a moralidade de uma ação deve ser julgada pelos seus resultados ou consequências. Por outro lado, a AED defende que as decisões jurídicas não podem desprezar os efeitos econômicos que as mesmas produzem. Embora sejam abordagens distintas para avaliar questões éticas e jurídicas, ambas buscam analisar as consequências práticas das decisões jurídicas, permitindo uma abordagem que promova a eficiência e a maximização do bem-estar social.

¹³⁵ Texto original: “Some people seem to think that it is possible to assess law solely on the basis of consequences - that an open-ended inquiry into consequences is a feasible way of evaluating legal rules. But this is not actually possible. The effects of any legal rule can be described in an infinite number of ways. Any particular characterization or accounting of consequences will rest not on some specification of the brute facts; instead it will be mediated by a set of (often tacit) norms determining how to describe or conceive of consequences. Part of the expressive function of law consists in the identification of what consequences count and how they should be described. Because any conception of consequences is interpretive and thus evaluative in character, simple consequentialism is not a feasible project for law”.

Ao adotarmos os conceitos fundamentais dessas correntes teóricas e os aplicarmos não apenas no contexto das decisões judiciais, mas também ampliando nossas análises para abranger a implementação de resoluções pela Administração Pública, percebemos que há uma semelhança. Assim como a abordagem consequencialista parte do princípio de que as determinações legais devem ser embasadas em suas implicações práticas, e não meramente em princípios abstratos ou valores éticos, a mesma perspectiva é aplicável à AED. Da mesma forma que o Direito é interpretado de maneira a maximizar os ganhos sociais enquanto minimiza os custos e impactos negativos, as escolhas feitas pela Administração Pública também devem anteciper os desdobramentos e resultados práticos. Isso implica em evitar escolhas baseadas em preferências pessoais, narrativas isoladas, visões ideológicas ou que beneficiem apenas grupos específicos, priorizando, em vez disso, a otimização dos benefícios sociais por meio de uma alocação racional e eficaz dos recursos estatais. Nossa análise se concentrará nos pressupostos fundamentais da AED.

A AED pode ser definida como uma abordagem interdisciplinar que utiliza conceitos e métodos da Economia para analisar problemas jurídicos. Em outras palavras, a AED visa entender como o Direito e a Economia se interrelacionam e como essas disciplinas podem se beneficiar mutuamente.

Essa disciplina, em suas mais variadas vertentes, busca aplicar os princípios da Economia à análise jurídica, para avaliar os benefícios e os custos envolvidos em cada decisão jurídica. Dessa forma, tem em vista encontrar soluções jurídicas mais eficientes, que maximizem os benefícios sociais e minimizem os custos. Deslocando tal análise do campo das decisões jurídicas e as aplicando ao campo das decisões administrativas do Estado, igualmente, podemos verificar que suas observações tendem a ser validadas em ambos os campos de decisão, jurídico e administrativo.

A Análise Econômica do Direito procura principalmente explicar como as pessoas se comportam em resposta às regras e instituições legais. Este projeto central de Análise Econômica do Direito complementa a teoria jurídica tradicional com sua ênfase na natureza do Direito e suas reivindicações normativas (tradução nossa) (KORNHAUSER, 2022)¹³⁶.

Ambas as visões, AED e teoria jurídica tradicional, aplicam-se no âmbito do Direito público, especialmente no que se refere à atuação do Estado na prestação de serviços públicos e na regulação de setores econômicos. Há uma variedade de correntes e métodos interpretativos que defendem a importância das consequências no processo de tomada de decisões jurídicas,

¹³⁶ Texto original: “*Economic analysis of law seeks primarily to explain how people behave in response to legal rules and institutions. This core project of economic analysis of law complements traditional legal theory with its emphasis on the nature of law and its normative claims*”.

havendo quase que invariavelmente sempre mais de uma interpretação plausível. Assim como Porto *et al.*, este estudo advoga por um tipo de “sincretismo metodológico” (2019) no qual, sem abraçar integralmente às proposições de uma única corrente de pensamento ou teoria, mas sim a incorporação de diversas abordagens que compartilhem o princípio fundamental de valorizar os resultados práticos na aplicação do Direito. O objetivo é buscar os resultados mais favoráveis considerando os objetivos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o princípio constitucional da eficiência assume especial importância, pois visa garantir que as atividades do Estado sejam exercidas com eficácia e efetividade, conceitos que encontram significado nas ciências jurídicas e econômicas, garantindo a melhor alocação de recursos e a maximização dos resultados para a sociedade.

Tentativas de atribuir maior racionalidade e procedimentalização aos processos decisórios da Administração Pública não constituem, contudo, um fim em si mesmo. A pretensão é alcançar bons níveis de governança regulatória dentro de uma instituição, o que pressupõe a atribuição de legitimidade ao processo por meio de procedimentos participativos, além de uma ênfase no planejamento e na busca de medidas que efetivem a política esperada, bem como uma correta prestação de contas como reforço e racionalidade do controle, social e institucional, por parte dos reguladores (PORTO, GAROUPA e GUERRA, 2019, p. 174).

Nesse sentido, a interpretação consequencialista e a AED podem contribuir para o fortalecimento e interpretação do princípio da eficiência administrativa ao proporcionar uma avaliação mais rigorosa e objetiva dos resultados das políticas públicas e das decisões administrativas, visando maximizar o bem-estar coletivo e promover uma distribuição justa dos recursos públicos.

Considerando que a AED é uma abordagem que se utiliza dos princípios e ferramentas da economia para analisar e entender as questões jurídicas e suas implicações na sociedade, uma de suas principais contribuições está na interpretação e aplicação do princípio da eficiência administrativa, fundamental para o funcionamento adequado das instituições públicas e privadas. Outro aspecto relevante, é que a AED parte do ponto de vista que as instituições públicas estão inseridas no sistema econômico e que suas normas, julgamentos e decisões refletem no processo econômico (MACKAAY, 2000, p. 65).

Essa teoria experimentou mudanças conceituais significativas ao longo do tempo, que levaram a um amadurecimento conceitual. E uma das principais contribuições a esse processo foram as críticas que sofreu.

Dworkin (2011), p.e., observou que as abordagens consequencialista e da AED enfatizam a importância de avaliar as consequências das ações e decisões administrativas, considerando seus efeitos no bem-estar da sociedade de modo integral. Para ele, isso sacrifica

a concepção individual acerca de bem-estar e, em termos práticos, é algo impossível e filosoficamente equivocado.

Os conceitos de *welfare*, bem-estar e uma boa vida são conceitos interpretativos. As pessoas discordam sobre a concepção correta do que torna uma vida boa — sobre como é importante se divertir, satisfazer desejos ou desenvolver capacidades, por exemplo. Portanto, uma política de tornar qualquer uma dessas “mercadorias” iguais prejudicaria muitas pessoas e assim destruiria qualquer apelo inicial que uma declaração abstrata de consequencialismo do *welfare* pudesse ter. Claro, cada um de nós pode tentar tornar mais fácil para outras pessoas viverem bem de acordo com suas próprias luzes. Podemos trabalhar, por exemplo, para uma distribuição mais igualitária de riqueza e outros recursos. Até certo ponto [...] temos essa responsabilidade. Mas isso não é o mesmo que tentar tornar suas vidas melhores. O igualitarismo de bem-estar não é apenas impossivelmente exigente; é um erro filosófico (tradução nossa) (DWORKIN, 2011, p. 273)¹³⁷.

Sua teoria dos Direitos Morais considera que os direitos morais individuais têm um valor intrínseco que não pode ser ignorado ou sacrificado em nome do bem maior, ou do bem-estar coletivo. Dessa forma, a teoria dos direitos coloca a ênfase na importância dos direitos individuais e na justiça, em oposição ao utilitarismo e ao consequencialismo, que focam nas consequências das ações.

Entretanto, o argumento apresentado por Dworkin para refutar a abordagem do consequencialismo pode ser igualmente usado para refutar a sua alternativa à forma como ele considera que o utilitarismo lida com o conceito de bem-estar: “uma política de tornar qualquer uma dessas ‘mercadorias’ iguais”. Ao apresentar sua alternativa: trabalhar “para uma distribuição mais igualitária de riqueza e outros recursos” pode-se arguir que “as pessoas discordam sobre a concepção correta” do que seja uma “distribuição mais igualitária de riqueza e outros recursos”. Ou seja, a própria noção de distribuição igualitária é uma noção média da percepção do que seja individualmente considerado justo.

Assim, numa decisão estatal, com recursos escassos, na qual, em tese, o direito moral de cada indivíduo, *a priori*, já está “sacrificado”, a teoria de Dworkin colocaria o gestor público diante de duas alternativas: buscar uma definição de bem-estar “médio” ou “geral” que atenda minimamente a coletividade e procurar maximizá-la, e assim ignorar os direitos morais

¹³⁷ Texto original: “*The concepts of welfare, well-being, and a good life are interpretive concepts. People disagree about the right conception of what makes a life good—about how important it is to enjoy oneself or to satisfy desires or to develop capabilities, for instance. So a policy of making any of these particular commodities ‘equal’ would shortchange many people and so destroy any initial appeal that an abstract statement of welfare consequentialism might enjoy. Of course, each of us can try to make it easier for other people to live well according to their own lights. We can work, for example, toward a more equal distribution of wealth and other resources. To some extent—particularly in the circumstances discussed in Part Five—we do have that responsibility. But that is not the same as trying to make their lives better lives to have lived. Well-being egalitarianism is not just impossibly demanding: it is a philosophical mistake.*”

individuais; ou, para não ferir a concepção de cada indivíduo quanto ao bem-estar, apenas nada fazer em termos de procurar melhorar a condição coletiva, o que num certo sentido poderia ser considerado justo, uma vez que não atendeu a nenhuma acepção individual de bem-estar, mas que, na prática, não atenderia às necessidades de ninguém.

Conquanto as críticas de Dworkin tenham seu mérito, elas não refutam necessariamente a utilidade e a importância da AED para a análise de políticas públicas e tomada de decisões na esfera pública. A AED pode ser vista como uma abordagem complementar para uma perspectiva mais holística e interpretativa do Direito, que considere a complexidade das questões de justiça e equidade que estão em jogo.

Com seu amadurecimento teórico, gradualmente a AED foi descartando “tanto a noção de que a eficiência seria um critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito, quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepor aos demais valores da sociedade” (SALAMA, 2008, p. 32). Essa mudança de paradigma aumentou o grau de relevância dessa abordagem do Direito em relação às decisões da gestão pública, tornando interessante, nesse ponto, conhecer um pouco mais sobre esse processo.

Salama (2008) apresenta o desenvolvimento desse processo de amadurecimento da AED, considerando que, no tocante ao papel das instituições públicas quanto à relação entre justiça e eficiência, três fases são percebidas, as quais ele chama de versão fundacional, pragmática e regulatória. Salieta que, atualmente, a maioria dos autores adota uma visão eclética, sendo que essa divisão deve ser encarada como meramente histórico-didática.

Como versão fundacional trouxe o entendimento de que as instituições jurídico-políticas (inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas) deveriam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. No primeiro momento, a AED entendia “o Direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve promover a maximização da riqueza” (SALAMA, 2008, p. 28).

Para seus críticos, a AED, em seus primeiros contornos, reduzia a lei a uma questão de eficiência econômica, ignorando outras preocupações importantes, como a justiça e a equidade. Dworkin, p.e., argumentava que a lei e as decisões judiciais são mais bem compreendidas por meio de uma abordagem narrativa e interpretativa, que considere o contexto e as circunstâncias específicas de cada caso.

Já a versão pragmática trouxe a percepção do Direito, como fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais. A opção pragmática, postula a ponderação das consequências das diversas interpretações na exegese e aplicação da lei, sem olvidar da defesa dos valores democráticos e fundamentos constitucionais (SALAMA, 2008, p. 34).

E, por fim, a versão regulatória, na qual o Direito é visto como fonte de regulação de atividades, e, portanto, de concretização de políticas públicas. Sob esse prisma, a visão teórica do Direito e Economia serviria para: a) definir a justificativa econômica da ação pública; b) analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas; e c) definir papéis úteis para os tribunais nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas (SALAMA, 2008, p. 35).

Dessa forma, a maximização do bem-estar geral já não é encarada como objetivo máximo a despeito de tudo mais e a eficiência não tem que necessariamente se sobrepor aos demais princípios jurídicos em detrimento da moral.

Como resultado desse processo, alguns aspectos devem ser salientados quanto à AED. Primeiramente, ela não se limita à maximização de eficiência econômica: embora a eficiência econômica seja um objetivo central da AED, não é o único objetivo. A AED reconhece que outras considerações, como a justiça distributiva, são importantes e devem ser consideradas nas decisões de políticas públicas. Outro aspecto relevante, a AED não é redutiva: ela utiliza modelos matemáticos abstratos para analisar questões legais complexas, mas esses modelos não são redutores ou simplistas. Em vez disso, eles são ferramentas bem sucedidas para analisar as implicações das decisões de políticas públicas e ajudar a encontrar soluções eficientes e justas. Um terceiro aspecto é que a AED não pressupõe uma visão particular da natureza humana: embora assuma que os indivíduos são motivados por interesses próprios, isso não significa que ignore outras motivações humanas importantes, como a moralidade e a justiça. A AED reconhece que os indivíduos têm múltiplos objetivos e pode ser usada para avaliar o impacto de políticas públicas quanto a esses objetivos. Por fim, a AED não é incompatível com uma abordagem narrativa e interpretativa do Direito, como afirma Dworkin. A utilização de seus modelos matemáticos não implica em inobservância do contexto e das circunstâncias específicas de cada caso.

Ambas as abordagens, consequencialista e, em especial, a AED, podem, sob essa nova ótica, ajudar a identificar e reduzir ineficiências na gestão pública, melhorando a tomada de decisões administrativas e promovendo o uso mais competente dos recursos públicos. Além disso, a avaliação rigorosa dos resultados pode ajudar a identificar boas práticas e melhorar a atividade administrativa, contribuindo para uma gestão mais eficiente, transparente e responsável.

Dessa forma, a interpretação consequencialista e a AED se apresentam como instrumentos importantes para a promoção do princípio da eficiência no âmbito do Direito. Ao analisar as consequências práticas de normas e das decisões jurídicas, essas teorias permitem

ao Estado tomar decisões mais informadas e responsáveis, buscando sempre maximizar os benefícios sociais e minimizar os custos.

A abordagem econômica enfatiza a relevância de alcançar resultados eficientes na alocação de recursos e na prestação de serviços públicos, o que é de suma importância num cenário de recursos escassos ou em situações de crise. Nesse sentido, essas teorias podem contribuir significativamente para a melhoria da gestão pública e para a promoção do bem-estar social.

Enfatizei o que todos sabemos: este é um período de grande dificuldade econômica. Os regulamentos devem ser elaborados para promover, e não prejudicar, a recuperação contínua. Uma contabilização transparente das consequências — de custos e benefícios — é indispensável. Se olharmos antes de dar o salto, com o compromisso de abertura, encontraremos oportunidades sem precedentes para melhorar e até prolongar a vida das pessoas (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2011, p. 23-4)¹³⁸.

A eficiência administrativa é um princípio fundamental do Direito Administrativo, que visa garantir que as atividades da Administração Pública sejam desenvolvidas de forma competente e eficaz, buscando o melhor resultado com o menor custo possível. A aplicação desse princípio é de extrema importância para a sociedade, já que a eficiência na gestão pública pode garantir a prestação de serviços de qualidade aos cidadãos e a utilização adequada dos recursos públicos por períodos mais prolongados.

Com base na abordagem da AED, é possível argumentar que o princípio da eficiência administrativa pode ser melhor compreendido e aplicado de maneira mais efetiva. Essa abordagem permite a utilização de métodos empíricos para avaliar o impacto das políticas públicas e, assim, identificar maneiras mais eficientes de alcançar os objetivos governamentais.

O princípio constitucional da eficiência é fundamental, pois busca garantir que as decisões do Estado sejam tomadas de forma racional e responsável, para alcançar os melhores resultados sociais. A não aplicação dos princípios oferecidos pela AED tornam esse princípio constitucional uma mera peça retórica, por tornar o conceito de eficiência algo abstrato e imensurável. Se não é possível medir, torna-se mais difícil avaliar; se não é possível avaliar, torna-se mais difícil melhorar.

Em relação ao princípio da eficiência administrativa, a AED pode contribuir para sua efetivação de várias maneiras. Em primeiro lugar, os pressupostos da análise econômica podem

¹³⁸ Texto original: “*I have emphasized what we all know: This is a period of acute economic distress. Regulations must be designed in a way that promotes, and does not undermine, the continuing recovery. A transparent accounting of consequences— of costs and benefits— is indispensable. If we look before we leap, with a commitment to openness, we are going to be finding unprecedented opportunities for improving and even extending people’s lives*”.

ajudar a identificar as políticas públicas mais eficientes para atingir determinado objetivo, por meio da comparação dos custos e benefícios de cada alternativa. Além disso, podem ser utilizados para identificar as suas possíveis consequências, permitindo uma escolha mais segura entre cada uma delas, ajudando a identificar as principais falhas do mercado que afetam a eficiência das atividades da Administração Pública e a sugerir soluções adequadas para resolver essas falhas.

Um exemplo de como a AED pode ser aplicada para avaliar as políticas públicas é o estudo de Salgado (2013) sobre os efeitos da proibição de publicidade de cigarros no Brasil. Os autores utilizaram dados de mercado para avaliar o impacto da proibição na indústria do tabaco e para identificar se a proibição teve ou não um impacto positivo na redução do consumo de cigarros. Com base em seus resultados, a autora concluiu que a proibição teve um impacto positivo na redução do consumo de cigarros, mas que esse impacto foi menor do que o esperado. Esses resultados podem ser úteis para o governo brasileiro na hora de avaliar se a proibição de publicidade de cigarros é uma política pública eficiente para reduzir o seu consumo.

A utilização de técnicas como a AIR e a ACB, que permitem avaliar os efeitos econômicos das regulamentações e políticas públicas, identificando os custos e benefícios de cada medida e as possíveis consequências sobre a economia e a sociedade são uma contribuição relevante da AED para a efetivação do princípio da eficiência administrativa.

A análise de impacto, ferramenta decisória de investigação de cenários e construção de soluções, foi concebida com o intuito de fornecer metodologia que permita avaliar as consequências atuais e futuras de uma determinada norma, sendo importante instrumento na formulação de políticas públicas (PORTO, GAROUPA e GUERRA, 2019, p. 175).

A utilização da AIR (2.1) pode ajudar a promover a transparência e a prestação de contas na gestão pública, por meio da análise dos dados econômicos e financeiros das instituições, identificando possíveis irregularidades e promovendo a responsabilização dos gestores públicos.

Além disso, a AIR pode ser utilizada como uma ferramenta para avaliar os impactos das políticas públicas sobre a concorrência e o mercado, permitindo que sejam identificadas possíveis barreiras à entrada de novos concorrentes e promovendo a competitividade do mercado. Assim, a AIR pode contribuir para a implementação de políticas públicas mais eficientes e que promovam o bem-estar social.

Outra maneira pela qual a AED pode contribuir para a efetivação do princípio da eficiência administrativa é por meio da análise dos incentivos que os agentes públicos têm para agir de maneira eficiente. Ela permite que sejam identificadas as motivações para que os agentes

públicos ajam de maneira ineficiente e, assim, possam ser criados incentivos que promovam a eficiência na gestão pública.

Essa mesma lógica pode ser aplicada à identificação e análise das motivações que agentes privados tem para agir de forma ineficiente em relação à Administração Pública e estabelecer políticas de superação desses obstáculos. Isso se torna uma forma de mitigação e combate à corrupção, uma tarefa fundamental para a efetivação do princípio da eficiência estatal e fortalecimento dos fundamentos da cidadania.

Dessa forma, vemos que os fundamentos da AED, enquanto ciência que engloba elementos tanto da Economia quanto do Direito, são úteis para delinear a efetivação do princípio da eficiência administrativa, por meio da análise empírica das políticas públicas, da Avaliação de Impacto Regulatório, da análise dos incentivos dos agentes públicos e privados e da identificação de políticas públicas que promovam a eficiência na gestão pública. Uma contribuição significativa para a promoção do bem-estar social por meio de políticas públicas mais eficientes e justas.

Em suma, vimos que, quando o gestor público, no uso da discricionariedade nas decisões tomadas no âmbito da Administração Pública, seja na elaboração de normas e regulações ou de políticas públicas, dá ênfase às noções jurídicas de justiça ou prioriza os aspectos econômicos de eficiência, em qualquer dos casos, suas escolhas não podem ser desvinculadas das consequências.

Vimos ainda que os conceitos de justiça e eficiência não são excludentes, mas, complementares.

No mínimo, parece claro que é improvável que a regulamentação promova o bem-estar social quando seus custos são muito altos e seus benefícios são muito baixos — especialmente quando consideramos o fato de que altos custos provavelmente se traduzirão em alguma combinação de preços mais altos, salários mais baixos e retornos mais baixos para o capital. Não é necessário pensar que o governo deva ser tratado como uma máquina maximizadora para concluir que os funcionários deveriam conhecer as consequências da regulamentação antes de agir e que deveriam relutar em emitir regulamentações que prometem custar muito e entregar pouco (tradução nossa) (SUNSTEIN e HAHN, 2002, p. 8)¹³⁹.

Não se pode conceber, no âmbito da Administração Pública, em todos os seus poderes e em todas as suas esferas, tomar como eficientes medidas que não sejam capazes de promover

¹³⁹ Texto original: “*At the very least, it seems clear that regulation is unlikely to promote social welfare when its costs are very high and its benefits are very low—especially when we consider the fact that high costs are likely to be translated into some combination of higher prices, lower wages, and lower returns to capital. It is not necessary to think that government should be treated as some maximizing machine in order to conclude that officials should know the consequences of regulation before they act, and that they should be reluctant to issue regulations that promise to cost much and to deliver little*”.

justiça. De igual modo, não é plausível tomar como justa a execução de políticas públicas que não sejam eficientes.

A eficiência só será eficiente, se for justa. E a justiça só será justa, se for eficiente. Noutras palavras, “se não for eficiente não é justo; se não for justo não é eficiente”. Vale salientar que o caráter complementar desses elementos (eficiência e justiça) se comprova ao considerarmos a condição oposta dessa afirmação. A declaração “se for eficiente é justo; se for justo é eficiente”, é falsa. No âmbito da Administração Pública, num Estado que prime pelo respeito à cidadania, a presença de um desses elementos não garante o outro, enquanto a ausência de um deles desqualifica o outro.

Conclui-se, portanto, que o princípio da eficiência administrativa só será efetivado se prestigiar, em equilíbrio, os dois elementos: eficiência e justiça.

Finalizando, Sunstein (2005a, p. 14) considera que a ênfase dada às consequências é justa. Porém, que elas não podem ser avaliadas sem algum fundamento de valoração, seja qual for o padrão de avaliação.

Considerando os fundamentos constitucionais, nenhum valor será mais apropriado do que os valores da cidadania.

6.2 Cidadania e eficiência: uma conciliação possível

Os princípios da eficiência e da cidadania são fundamentais em uma sociedade democrática e justa. Eles têm um papel importante no funcionamento das instituições públicas e na relação entre o Estado e os cidadãos.

A relevância do princípio da eficiência diz respeito à busca pelo melhor emprego dos recursos públicos, visando o alcance dos objetivos estabelecidos pela sociedade. Ou seja, os recursos devem ser utilizados de forma racional e adequada, buscando a obtenção dos melhores resultados possíveis, nas limitações orçamentárias e legais.

Já o princípio da cidadania está relacionado ao respeito aos direitos e deveres dos cidadãos. Significa que a Administração Pública deve agir de forma transparente, participativa e responsável, garantindo a igualdade de acesso aos serviços e oportunidades oferecidos pelo Estado, sem discriminação de qualquer tipo.

Ambos os princípios são interdependentes e complementares. A eficiência na gestão pública é essencial para garantir o bom uso dos recursos e a oferta de serviços de qualidade à população. Ao mesmo tempo, a cidadania é um princípio fundamental para garantir que a Administração Pública seja responsável e atenda aos interesses da sociedade em geral.

Portanto, a noção de gestão pública desejada é aquela na qual os valores substantivos de justiça e equidade se combinem com a eficiência, de modo que o gestor tenha ferramentas que lhe possibilitem alcançar um equilíbrio entre objetivos sociais e desenvolvimento econômico. Para tal, o ordenamento jurídico e a jurisprudência devem estar alinhados num mesmo propósito. Ou seja, os pressupostos de equidade e eficiência devem ser parâmetros que delineiem os atos dos poderes públicos de forma geral e, não apenas os atos administrativos do Executivo.

Sunstein e Hahn, conjecturando acerca dos pressupostos de uma possível nova Ordem Executiva¹⁴⁰ que tornasse a aplicação da ACB mais ampla e profunda no âmbito das regulações federais, salientam que

as políticas regulatórias devem ser baseadas em uma avaliação cuidadosa das prováveis consequências da regulamentação, incluindo um esforço para avaliar e equilibrar custos e benefícios. As políticas regulatórias devem usar os meios de menor custo para alcançar os objetivos sociais. Recursos públicos e privados devem ser destinados a grandes problemas, não triviais. O objetivo geral desta Ordem Executiva é garantir que a Análise Custo-benefício, entendida como ferramenta para melhores decisões, tenha um papel muito maior no governo federal do que agora. Os objetivos específicos são: garantir que os regulamentos sejam adotados com base na avaliação de suas prováveis consequências; promover a definição sensata de prioridades; aumentar a atenção para problemas negligenciados enquanto reduz gastos com problemas menores ou inexistentes; assegurar que as agências considerem alternativas à regulamentação dispendiosa; aprimorar o planejamento e a coordenação com relação a regulamentações novas e existentes; e tornar o processo acessível e aberto ao público. Na busca desses objetivos, o processo regulatório deve ser conduzido para atender aos requisitos estatutários aplicáveis e com a devida atenção à discricão confiada aos órgãos federais (tradução nossa) (SUNSTEIN e HAHN, 2002, p. 48)¹⁴¹.

Assim sendo, pensar em termos de um *trade-off* entre eficiência e justiça é tanto ineficaz quanto injusto.

¹⁴⁰ Ordem executiva no contexto norte-americano. No caso brasileiro, poderia ser um decreto presidencial, uma lei complementar ou até uma emenda constitucional.

¹⁴¹ Texto original: “*Regulatory policies should be based on a careful assessment of the likely consequences of regulation, including an effort to assess and balance both costs and benefits. Regulatory policies should use the lowest-cost means of achieving social goals. Public and private resources should be devoted to large problems, not trivial ones. The general objective of this Executive Order is to ensure that cost-benefit analysis, understood as a tool to produce better decisions, will have a far larger role in the federal government than it now does. The particular objectives are: to ensure that regulations are adopted on the basis of an evaluation of their likely consequences; to promote sensible priority-setting; to increase attention to neglected problems while reducing expenditures on minor or nonexistent problems; to ensure that agencies consider alternatives to costly regulation; to enhance planning and coordination with respect to both new and existing regulations; and to make the process accessible and open to the public. In pursuing these objectives, the regulatory process shall be conducted so as to meet applicable statutory requirements and with due regard to the discretion that has been entrusted to the Federal agencies*”.

6.2.1 Cidadania: efetivação da eficiência e justiça

Sendo o princípio jurídico um mandamento de otimização (5.2.1), pode-se dizer que a efetivação do princípio da eficiência administrativa é a otimização do fundamento constitucional da cidadania.

A cidadania arquitetada pela Constituição da República e desejada pela sociedade brasileira é aquela “cujos benefícios sejam solidariamente partilhados entre todos os cidadãos, com vistas a atingir um padrão de bem-estar e justiça sociais da forma mais abrangente possível” (ARAÚJO, 2018, p. 139). O próprio texto constitucional não trata da eficiência e justiça como valores excludentes, mas, complementares e auxiliares.

Qualquer reestruturação do setor público deve alcançar ganhos de eficiência sem sacrificar a equidade e a justiça social. Pois, a eficiência no setor público não pode ser um objetivo isolado, mas sim um meio para alcançar metas sociais mais abrangentes, entre elas a promoção da justiça distributiva.

Rawls defende que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais” e que “leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas (tradução nossa)” (1999, p. 3-4)¹⁴².

É possível que a busca pela eficiência no setor público possa se tornar um obstáculo à justiça distributiva, se não houver um cuidado adequado na aplicação desse princípio. A inobservância de fundamentos constitucionais da cidadania pode levar a uma alocação desigual de recursos, priorizando determinados setores ou grupos em detrimento de outros. Por exemplo, se uma Administração Pública prioriza investimentos em setores com maior potencial de retorno econômico, pode acabar negligenciando áreas importantes para a população, como saúde, educação e segurança, que não geram lucro financeiro imediato, mas têm grande impacto social.

Para evitar o conflito entre eficiência e justiça distributiva, alguns cuidados e medidas precisam ser tomados, na implementação de medidas de eficiência que promovam o bem-estar social. Propomos aqui algumas estratégias que podem ajudar a atingir esse objetivo:

- a) Foco nos resultados. Em vez de se concentrar apenas em insumos e produtos, o setor público pode se concentrar em resultados que melhorem o bem-estar social. Isso pode incluir a medição do impacto das políticas públicas no bem-estar social e a incorporação do *feedback* dos cidadãos.

¹⁴² Texto original: “*Justice is the first virtue of social institutions [...] laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust*”.

- b) Envolvimento das partes interessadas. A consulta e o envolvimento com as partes interessadas podem ajudar a identificar áreas nas quais a eficiência pode ser melhorada, promovendo o bem-estar social. Isso pode incluir consultas com cidadãos, organizações comunitárias e outras partes interessadas.
- c) Uso de dados para informar a tomada de decisões. Organizações do setor público podem usar dados para identificar áreas nas quais a eficiência pode ser melhorada enquanto promove o bem-estar social. Isso pode incluir dados sobre as necessidades dos cidadãos, alocação de recursos e prestação de serviços.
- d) Implementação de sistemas de gestão de desempenho. Os sistemas de gestão de desempenho podem ajudar a alinhar a eficiência com o bem-estar social ao estabelecer metas que reflitam ambos os objetivos. Isso pode incluir medidas de satisfação do cidadão, ouvidorias, engajamento dos funcionários e outros indicadores de bem-estar social.
- e) Investimento na capacitação. A capacitação pode ajudar a desenvolver as habilidades e conhecimentos necessários para implementar medidas de eficiência enquanto promove o bem-estar social. Isso pode incluir treinamento em análise de dados, envolvimento do cidadão e outras habilidades relevantes para o setor público.

Em geral, é importante abordar a eficiência como um meio para alcançar o bem-estar social, e não como um fim em si mesmo. Ao priorizar o bem-estar social, as organizações do setor público podem garantir que as medidas de eficiência sejam projetadas para beneficiar uma gama cada vez maior dos membros da sociedade.

Dessa forma, é fundamental que a busca pela eficiência seja aliada aos princípios de justiça distributiva, garantindo a alocação adequada de recursos para atender às necessidades da população em geral. Isso requer uma avaliação cuidadosa dos custos e benefícios de cada ação ou projeto, considerando não apenas os aspectos técnicos e financeiros, mas os impactos sociais e ambientais envolvidos.

Além disso, é importante que a gestão pública seja transparente e participativa, permitindo que a população tenha voz na definição das prioridades e na alocação de recursos públicos. Dessa forma, ao contrário da noção corrente, a busca pela eficiência pode se tornar uma ferramenta para promover a justiça distributiva, garantindo que os recursos sejam utilizados para atender às necessidades e demandas da população em sua totalidade, e não apenas de determinados grupos ou setores.

6.2.2 ACB como instrumento de efetivação de uma eficiência cidadã

O princípio da cidadania, como mencionado anteriormente (4.3.2), reconhece a igualdade de direitos e oportunidades dos indivíduos em uma sociedade democrática. O princípio administrativo da eficiência, por outro lado, refere-se ao conceito de maximizar o uso de recursos para atingir os objetivos organizacionais, que no caso da Administração Pública, são aqueles alvos estabelecidos pela Constituição da República.

A Análise Custo-benefício é uma ferramenta capaz de auxiliar os tomadores de decisão a avaliar opções ou projetos de políticas, considerando seus custos e benefícios monetários e não monetários. Pode ser um instrumento eficaz para concretizar o princípio da cidadania, garantindo que as políticas e os projetos sejam elaborados para maximizar os benefícios econômicos e sociais aos cidadãos.

Antes de prosseguir com os detalhes, é importante esclarecer nossa compreensão básica da Análise Custo-benefício. Cogitamos empregar o termo de maneira modesta e não sectária, vendo a Análise Custo-benefício como uma ferramenta e um procedimento, em vez de uma fórmula rígida para governar os resultados. Assim entendida, a Análise Custo-benefício requer uma contabilidade completa das consequências de uma ação, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos. Os funcionários devem ter essa contabilidade diante deles quando tomam decisões. Não insistimos que os reguladores devam ser limitados pelos números “resultados”; considerações qualitativas e um senso de impactos distributivos (que não são considerados “benefícios” na análise) podem influenciar os funcionários públicos. Mas se os reguladores devem prosseguir, eles devem estar preparados para explicar como os benefícios excedem os custos ou, se não o fizerem, por que é inútil seguir em frente (tradução nossa) (SUNSTEIN e HAHN, 2002, p. 7)¹⁴³.

Como introduzir questões distributivas em uma ACB? A resposta se encontra no sistema de ponderação (2.5). Na avaliação ponderada, considerando que os benefícios e os custos produzem impactos distintos para os diferentes grupos de indivíduos envolvidos, aplica-se a ponderação dos benefícios e custos, atribuindo diferentes pesos para os diferentes grupos.

Nesse caso, a Análise Custo-benefício tem dois objetivos primordiais: 1) alcançar a eficiência analisando todos os custos e benefícios, e 2) maior igualdade — que seria alcançada dando pesos diferentes aos grupos que são afetados pelas medidas. Esse tipo de análise pode ajudar a justificar proposições que transfiram renda de um grupo mais abastado para outro mais

¹⁴³ Texto original: “*Before proceeding to the details, it is important to clarify our basic understanding of cost-benefit analysis. We mean to use the term in a modest, nonsectarian way, seeing cost-benefit analysis as a tool and a procedure, rather than as a rigid formula to govern outcomes. Thus understood, cost-benefit analysis requires a full accounting of the consequences of an action, in both quantitative and qualitative terms. Officials should have this accounting before them when they make decisions. We do not insist that regulators should be bound by the “bottom-line” numbers; qualitative considerations, and a sense of distributive impacts (not themselves considered “benefits” in the analysis), are permitted to influence public officials. But if regulators are to proceed, they should be prepared to explain either how the benefits exceed the costs, or if they do not, why it is nonetheless worthwhile to go forward*”.

carente (TABAK, 2015, p. 330).

Ao aplicar a ACB a projetos ou ações que visem a promoção da eficiência cidadã, é possível determinar se os benefícios esperados (como economia de tempo, redução de custos, melhoria na qualidade de serviços públicos, etc.) superam os custos envolvidos (como investimentos em tecnologia, treinamentos, etc.). Dessa forma, é possível identificar projetos e ações que podem ser implementados de forma mais justo-eficiente, e com maior impacto positivo para a população e menores custos econômicos, sociais e ambientais.

Nessa visão, o antônimo de regulamentação guiada pela Análise Custo-benefício é a regulamentação realizada sem nada como um senso claro das prováveis consequências — ou regulamentação que equivale a um “tiro no escuro” (tradução nossa) (SUNSTEIN e HAHN, 2002, p. 8)¹⁴⁴.

Uma maneira de conciliar eficiência e justiça distributiva é através da adoção de políticas públicas que promovam o crescimento econômico e, ao mesmo tempo, reduzam as desigualdades sociais. O investimento de um governo em políticas de educação e saúde que aumentem a produtividade da força de trabalho, melhorando a eficiência econômica do país, ao mesmo tempo, que gera riqueza pela qualificação profissional da população alcançada, permite a adoção de políticas de distribuição de renda que reduzam as desigualdades sociais, como programas de transferência de renda.

Portanto, a Análise Custo-Benefício pode ser uma ferramenta eficaz para promover a eficiência cidadã, ajudando governos e organizações a tomar decisões mais bem fundamentadas e efetivas na alocação de recursos e distribuição do resultado.

Como exemplo do proveito da ACB na implementação do princípio da eficiência e sua conciliação com o princípio constitucional da cidadania elencamos alguns procedimentos possíveis:

- a) Avaliação do impacto social e econômico de políticas e programas. A ACB pode ajudar os formuladores de políticas a identificar o impacto social e econômico de diferentes opções e programas de políticas, incluindo seus custos e benefícios para os cidadãos. Essas informações podem auxiliar os formuladores de políticas a tomar decisões informadas que promovam a eficiência administrativa e o bem-estar dos cidadãos.
- b) Priorizando a alocação de recursos. A ACB pode ajudar a identificar o uso mais eficiente de recursos comparando os custos e benefícios de diferentes opções de

¹⁴⁴ Texto original: “*On this view, the antonym to regulation guided by cost-benefit analysis is regulation undertaken without anything like a clear sense of the likely consequences—or regulation that amounts to a stab in the dark*”.

- políticas. Isso permite aos formuladores de políticas alocar recursos para maximizar o bem-estar dos cidadãos, minimizando o desperdício e a ineficiência.
- c) Identificação de *trade-offs*. A ACB pode contribuir para que os formuladores de políticas identifiquem os *trade-offs* envolvidos em diferentes opções e programas de política e a tomar decisões que equilibrem objetivos concorrentes, como eficiência administrativa e proteção dos direitos dos cidadãos.
 - d) Promovendo transparência e responsabilidade. A ACB pode ajudar a promover transparência e responsabilidade no processo de formulação de políticas, fornecendo uma base clara e objetiva para a tomada de decisões. Isso pode ajudar a garantir que as políticas sejam desenhadas e implementadas de forma consistente com os princípios de cidadania e eficiência administrativa.

No geral, a Análise Custo-benefício pode ser uma ferramenta poderosa para os formuladores de políticas públicas que buscam implementar o princípio da eficiência, ao mesmo tempo que o reconcilia com o princípio constitucional da cidadania.

Usamos a Análise Custo-benefício de maneira altamente disciplinada, não para reduzir questões difíceis a problemas de aritmética, mas como uma ferramenta pragmática para catalogar, avaliar, reavaliar e divulgar as consequências humanas da regulamentação — e para obter comentários públicos em nossa análise. Essa ênfase nas consequências humanas — na redução ou eliminação de encargos injustificados para o setor privado e na garantia de que altos custos sejam justificados por altos benefícios — é especialmente importante em um período de dificuldade econômica. Trabalhamos para implementar salvaguardas importantes, ao mesmo tempo que tornamos a regulamentação compatível com a recuperação econômica e reduzimos o risco de que regulamentações caras tenham efeitos adversos sobre empregos, preços e crescimento econômico no seu todo (tradução nossa) (SUNSTEIN, 2011, p. 2)¹⁴⁵.

Ao fornecer uma base sistemática e objetiva para a tomada de decisões, a ACB pode ajudar a promover a eficiência administrativa e o bem-estar dos cidadãos, ao mesmo tempo que garante que as políticas e programas sejam elaborados e implementados de forma consistente com os princípios da governança democrática.

Um aspecto importante a destacar é que a ACB requer que todos os elementos que envolvam uma determinada política pública (motivação, consequências, custos e benefícios)

¹⁴⁵ Texto original: “we have used cost-benefit analysis in a highly disciplined way, not to reduce difficult questions to problems of *arithmetic*, but as a pragmatic tool for cataloguing, assessing, reassessing, and publicizing the human consequences of regulation — and for obtaining public comment on our analysis. This emphasis on human consequences — on reducing or eliminating unjustified burdens on the private sector and on ensuring that high costs are justified by high benefits — is especially important in a period of economic difficulty. We have worked to put into place important safeguards while also making regulation compatible with the economic recovery, and while reducing the risk that costly regulations will have adverse effects on jobs, prices, and economic growth as a whole”.

sejam colocados “sobre a mesa”. É uma forma democrática de tratar uma proposta, buscando evidenciar todas as suas implicações. Essa avaliação mais ampla permite transpor obstáculos previsíveis e uma maior capacitação para a implementação da política pública ou regulação que for definida. “Na realidade, mesmo que não seja possível, *a priori*, definir os valores exatos dos custos e benefícios, ao se procurar elencar todos os elementos importantes na tomada de decisão, já se torna mais eficaz o processo de tomada de decisão” (TABAK, 2015, p. 334). Noutras palavras, por mais que a ACB possa ter suas limitações em termos de abrangência e mensuração de todas as nuances que envolvem uma determinada proposta, deixar de fazê-la torna a decisão do agente público um lugar muito mais incerto e sem garantias. Logo, por mais que possa haver críticas e margem para que o procedimento de uma ACB melhore, não há como negar a sua efetividade na melhoria do processo decisório.

6.2.3 A participação popular na aplicação da ACB

A cidadania efetiva é feita de participação popular (4.3.2). O cidadão, na acepção da palavra, participa ativamente na vida política, social e cultural de sua comunidade. Isso inclui o voto e o respeito às leis e normas, mas, não se resume a isso, estendendo-se principalmente à expressão de opiniões e ideias sobre questões públicas, o engajamento em movimentos sociais e ações voluntárias, entre outras formas de envolvimento.

Certamente, esse envolvimento inclui a formulação, execução e supervisão de políticas implementadas pela gestão pública. Daí, a importância de que o cidadão também participe ativamente do processo de aplicação da ACB, para garantir que os projetos e políticas públicas sejam justos e eficientes. Essa participação pode ocorrer em diferentes estágios do processo e implica diferentes níveis de envolvimento dos cidadãos.

A participação pode ocorrer mediante audiências públicas, consultas e fóruns abertos, permitindo que as pessoas afetadas possam expressar suas opiniões e preocupações.

No caso norte-americano — no qual a aplicação da ACB é exigida não apenas das agências reguladoras, mas, de praticamente todas as instituições públicas, como ministérios, Congresso e Judiciário — a APA, lei dos procedimentos administrativos, determina que, caso uma *agency* pretenda iniciar um processo de criação de regra ou política pública, antes de fazê-lo, ela deve notificar à sociedade por meio de publicação no *Federal Register*, uma espécie de Diário Oficial da União daquele país.

A partir daí, os interessados ou diretamente afetados por tal proposta terão a oportunidade de participar de todo o processo de criação das normas, incluindo a possibilidade

de apresentar dados, relatórios ou até mesmo fazer sustentações orais, em certos casos.

Isso se chama regulamentação por “notificação e opinião”. Não é o mesmo que uma audiência formal; apenas é necessário que a agência publique a notificação da regulamentação proposta no Registro Federal e dê às pessoas interessadas a oportunidade de participar. A agência, é claro, deve responder as críticas relevantes, mas, ao final, é ela quem promulgará a versão final das regras em discussão. Se a agência está buscando regulamentar alguma lei, as cortes devem considerável deferência à interpretação dada pelas agências, mesmo se tiverem uma visão diferente do que seria mais razoável (MESSITTE, 2015, p. 63).

No Brasil, a participação popular já está consagrada no art. 37, § 3º, que institucionaliza o conceito de participação pública em decisões administrativas, o que deu origem às consultas e às audiências públicas.

Ao garantir que as vozes das pessoas afetadas sejam ouvidas, a participação popular pode ajudar a melhorar a qualidade das decisões tomadas e garantir que os projetos e políticas públicas atendam às necessidades daqueles que são diretamente afetados por elas.

Quanto aos diferentes níveis de envolvimento popular na aplicação da ACB, ele pode ocorrer, num nível mais básico, durante o processo de coleta de dados, quando as pessoas afetadas pelo projeto ou política podem fornecer informações importantes sobre seus valores, expectativas, custos e benefícios. Por exemplo, em um projeto de construção de uma estrada, a comunidade local pode fornecer informações sobre como a construção afetará suas vidas, incluindo o impacto na segurança, na qualidade do ar e no tráfego local.

Além disso, a participação popular também pode ocorrer durante a fase de avaliação dos custos e benefícios. Nesse estágio, os cidadãos podem ser convidados a dar opiniões sobre os critérios de avaliação e sobre a maneira como os custos e benefícios serão ponderados. Essa participação pode ser particularmente importante em projetos que afetam grupos vulneráveis, como projetos de desenvolvimento que envolvem reassentamento de comunidades.

A participação popular também pode ocorrer durante a fase de tomada de decisão. Nesse estágio, as opiniões dos cidadãos podem ser consideradas pelos tomadores de decisão ao determinar se um projeto deve ser aprovado ou não.

Outro modo de participação popular pode ocorrer durante a fase de implementação e monitoramento do projeto. Nesse estágio, as pessoas afetadas podem fornecer *feedback* sobre a eficácia do projeto e a maneira como ele está sendo implementado. Isso pode ser importante para garantir que o projeto esteja alcançando seus objetivos e que as pessoas afetadas estejam recebendo os benefícios prometidos.

Logo, se torna evidente que a aplicação da ACB, ao contrário de ser uma atividade exclusivamente tecnocrata e complexa, permite a participação popular desde seu início até ao

acompanhamento e avaliação das políticas públicas e regulamentos.

Em suma, vimos que a cidadania e a eficiência são valores e princípios jurídicos de possível conciliação. Vimos que a própria Constituição os apresenta como elementos complementares da democracia e que equidade e eficiência são parâmetros que devem delinear as decisões do poder público em todos os seus poderes e esferas, não se limitando aos atos do Executivo. Vimos ainda que a efetivação do princípio da eficiência como aqui proposto é a otimização da cidadania. Por fim, vimos que a ACB é um instrumento comprovadamente adequado para proporcionar aos agentes públicos tomadores de decisão a condição para maximizar benefícios econômicos e sociais aos cidadãos, sendo apresentadas algumas medidas que podem ser eficazes nesse sentido e que permite a participação popular em todos os estágios do processo decisório.

6.3 A ACB tem aplicação no âmbito dos poderes Legislativo e Judiciário?

Uma questão recorrente no debate ao princípio da eficiência na Administração Pública é quanto à sua abrangência no âmbito dos poderes Legislativo e Judiciário. A própria noção de separação dos poderes do Estado, em Executivo, Legislativo e Judiciário, entre outras questões se fundamenta na busca pela eficiência estatal (DALLARI, 2007, p. 216). Dessa simples afirmação, pode-se depreender que a noção de eficiência apresentada na Constituição da República, em forma de princípio, abrange todos os poderes do Estado. E não apenas em relação às suas funções subjacentes, mas igualmente envolvendo as funções precípua de cada poder: “art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes [...] aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Vale destacar que, quanto aos demais princípios elencados nesse artigo constitucional, não há qualquer debate se devem ser observados quanto as funções precípua ou subjacentes, em relação a algum dos poderes do Estado. Não existem dúvidas, p.e., de que a moralidade deva ser observada em todos os atos dos agentes públicos no Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Assim, qualquer debate no sentido de limitar a exigência da observação do princípio da eficiência aos atos meramente administrativos do Legislativo e Judiciário não encontra respaldo no texto constitucional.

Ademais, a experiência recente demonstra que, cada vez mais, as funções dos poderes se confundem e se fundem, por vezes de forma harmônica, outras não. Não havendo, portanto, que considerar as funções precípua dos poderes como sendo estanques e nitidamente definidas.

Como fica evidente, e a experiência tem comprovado [...] as próprias

exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos (DALLARI, 2007, p. 223).

Isto posto, o tema da aplicação da ACB ao exercício das funções legislativas e judiciárias assume maior relevância. Assim como no Executivo, a ACB é uma ferramenta importante para a tomada de decisão no âmbito dos poderes Legislativo e Judiciário, pois tanto as normas jurídicas elaboradas pelo Legislativo quanto as decisões proferidas no Judiciário produzem impactos econômicos e sociais.

No Poder Legislativo, a ACB pode ser utilizada para avaliar propostas legislativas que envolvam impactos econômicos significativos, como alterações no sistema tributário, previdenciário ou trabalhista. A ferramenta permite que os legisladores avaliem os impactos econômicos e sociais de uma determinada medida em diferentes cenários, considerando possíveis benefícios e custos, bem como sua distribuição entre diferentes grupos sociais.

No Judiciário, não é diferente. A ACB pode ser adotada para avaliar programas e políticas públicas voltados à redução da criminalidade e reinserção social de presos, entre outros. Decisões tomadas no âmbito dos tribunais superiores, em especial, têm um potencial de impactar drasticamente a economia e a sociedade. Os programas oriundos dessas decisões podem ter custos elevados e, portanto, é importante que sejam avaliados em termos de eficiência e justiça antes que “o martelo seja batido”.

A ACB permite que os formuladores de políticas e responsáveis pelas decisões jurídicas, legisladores e magistrados, avaliem o custo-benefício desses programas, considerando não apenas seus custos diretos, mas também os benefícios sociais que podem trazer à sociedade ou uma determinada parcela desta.

Passaremos a uma abordagem mais específica de ambas as aplicações.

6.3.1 Análise de custos e benefícios no processo legislativo

No Brasil, o processo legislativo de criação de leis é regulamentado pela Constituição Federal de 1988, pela Lei Federal nº 9.868/1999 e pelo Decreto nº 9.191/2017. Além disso, cada Casa Legislativa (Câmara dos Deputados e Senado Federal) possui seus próprios Regimentos Internos, que estabelecem regras específicas para o processo legislativo.

A Constituição Federal estabelece que as leis podem ser propostas pelo Presidente da

República, pelos membros do Congresso Nacional, pelos cidadãos (por meio de iniciativa popular), pelos Tribunais e pelo Ministério Público. O processo legislativo começa com a apresentação do projeto de lei, que pode ser discutido e votado em várias etapas, dependendo da Casa Legislativa em que foi apresentado.

O processo legislativo pode incluir etapas como a discussão em comissões, a realização de audiências públicas, a apresentação de emendas e a votação em plenário. Quando um projeto de lei é aprovado por ambas as Casas Legislativas, ele é enviado ao Presidente da República para sanção ou veto.

A Lei Federal nº 9.868/1999 estabelece regras específicas para o processo de controle de constitucionalidade das leis, que é realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Essa lei também estabelece procedimentos para a suspensão da eficácia de leis e atos normativos considerados inconstitucionais.

Conquanto exista uma vasta regulamentação quanto ao procedimento legislativo, conforme a origem de sua propositura (se do presidente, Congresso, cidadãos, etc.), não há nenhum instrumento regulador com o propósito de verificar o desempenho e efetividade das leis editadas.

Provisões estatutárias e de ordens executivas existentes para supervisão regulatória são abundantes, mas não são adequadas para fornecer a avaliação sistemática e orientada para resultados da eficácia regulatória. Na verdade, eles foram desenvolvidos de forma fragmentada e provavelmente não foram projetados com esse objetivo geral em mente. Considerando a importância generalizada e o impacto das regras federais, há uma necessidade crítica de avaliar a eficácia de uma regra e de responsabilizar a agência emissora pelo quão bem ela atinge o objetivo pretendido (tradução nossa) (WRAY, 2009, p. 20)¹⁴⁶.

Embora os Estados Unidos possuam anos à frente do Brasil em termos de experiência regulatória, Wray demonstra que a realidade observada lá não é muito diferente da nossa, havendo pouquíssimos instrumentos de avaliação da eficácia regulatória.

Em termos práticos, embora a legislação seja rigorosa em estabelecer procedimentos para a propositura e aprovação de leis, a verificação de impactos, avaliação de efetividade e averiguação dos resultados, praticamente, não estão previstos em nenhuma norma que regula o processo legislativo brasileiro, incluindo a inexistência de regras que exijam a realização de avaliação de impacto regulatório e Análise Custo-benefício no processo de elaboração de

¹⁴⁶ Texto original: “*The existing statutory and executive order provisions for regulatory oversight are plentiful, but they are not well-suited to provide for the systematic, outcome-oriented assessment of regulatory effectiveness. Indeed, they were developed in a piecemeal way and probably were not designed with this overall purpose in mind. Considering the pervasive importance and impact of federal rules, there is a critical need to assess a rule’s effectiveness and to hold the issuing agency accountable for how well it achieves its intended purpose*”.

leis¹⁴⁷.

Portanto, falar de busca de eficiência na elaboração de leis e da aplicação de AIR ou ACB no contexto legislativo brasileiro ainda é algo bastante incipiente e encontra várias resistências.

Contudo, a ACB pode ser extremamente útil para orientar a tomada de decisão no processo de elaboração de leis, especialmente nas casas legislativas do Congresso Nacional. No Legislativo, o instrumento para realização de avaliações de impacto se denomina Avaliação de Impacto Legislativo (AIL).

A AIL é um instrumento que visa analisar os possíveis efeitos que uma lei ou regulamentação pode ter sobre a sociedade, a economia, o meio ambiente e outros aspectos relevantes. Essa avaliação pode ser feita antes da criação de uma nova legislação, durante sua elaboração ou após sua implementação.

O objetivo da avaliação de impacto legislativo é identificar os possíveis efeitos positivos e negativos que a nova legislação pode ter, bem como avaliar sua eficácia, eficiência e coerência com outros objetivos políticos e legais. Essa análise pode auxiliar os legisladores a tomar decisões informadas e a ajustar a legislação para maximizar seus benefícios e minimizar seus custos.

Tabak destaca que o processo legislativo não pode ser realizado às pressas. As proposições legislativas e as políticas públicas devem ser discutidas, considerando todos os potenciais benefícios e custos gerados por elas. E essa é a exata função do Poder Legislativo no processo de construção normativa, discutir todas as possibilidades.

Avaliar o Poder Legislativo pelo número de matérias votadas é extremamente simplista. A produção legislativa deve ser avaliada não pela quantidade de matérias votadas, mas sim pela qualidade das discussões e pela eficácia e efetividade dessas inovações em aumentar o bem-estar da sociedade. Dito de outra forma, busca-se a eficiência — produzir mais com menor custo —, mas com qualidade. E a qualidade depende de maior debate e análise dos distintos pontos de vista. Em particular, procura-se uma legislação e políticas públicas que propiciem maior eficiência (TABAK, 2015, p. 337).

Os principais componentes da AIL incluem a identificação do problema que a nova legislação pretende resolver, a análise das opções disponíveis para abordar esse problema, a avaliação dos custos e benefícios de cada opção e a escolha da opção mais adequada com base em critérios objetivos e transparentes.

¹⁴⁷ Importante destacar que, no Brasil, os termos leis e regulamentos, geralmente, são usados para designar coisas distintas: lei, as normas oriundas do processo legislativo; e os regulamentos, referindo-se às normas estabelecidas pelas agências reguladoras. Nos Estados Unidos, os termos lei e regulamentos são intercambiáveis e o termo regulação é atribuído tanto às leis oriundas das casas legislativas quanto de uma agência reguladora ou, ainda, do gabinete da presidência ou de algum ministério.

A AIL é um procedimento mais amadurecido em países com sistemas jurídicos mais robustos, especialmente na União Europeia e nos Estados Unidos. No Canadá, p.e., o *Parliament of Canada Act*¹⁴⁸ prevê a existência de um cargo na *Library of Parliament*, cuja função é fornecer uma análise objetiva ao Senado e à Câmara dos Comuns sobre as estimativas do governo, a condição financeira da nação, tendências da economia nacional e fornecer estimativas dos custos de propostas contidas em projetos de lei apresentados por membros do Parlamento. No entanto, cada vez mais, outros países em todo o mundo a tem adotado como uma forma de melhorar a qualidade da legislação e aumentar a transparência e a responsabilidade do processo legislativo.

Existem vários tipos de ferramentas utilizadas no processo de AIL, sendo que a ACB é a mais conhecida e aplicada. Mas, avaliações como a avaliação de impacto ambiental, que avalia o impacto ambiental de uma nova legislação, e a avaliação de impacto social, que se concentra nos seus impactos sociais, já se aplicam em conjunto com a ACB.

Apesar de sua importância para a melhoria da qualidade legislativa, a AIL tem sofrido críticas semelhantes às que são feitas em relação à AIR e à ACB. Alguns argumentos comuns são o da dificuldade de se medir os impactos de uma nova legislação com precisão; que a análise pode ser influenciada por preconceitos políticos e ideológicos; e que a avaliação de impacto legislativo pode ser cara e demorada, tornando sua implementação em alguns países algo mais difícil de ocorrer.

A despeito das críticas, a AIL continua a ser uma ferramenta importante para melhorar a qualidade da legislação e garantir que as novas leis e regulamentações sejam eficazes e eficientes. Com uma abordagem cuidadosa e objetiva, a avaliação de impacto legislativo pode ajudar a garantir que as leis e regulamentações atendam às necessidades da sociedade e alcancem seus objetivos eficazmente.

No Brasil, atualmente não existe uma lei específica que imponha ao Congresso Nacional a aplicação da AIL em suas atividades legislativas. O mais próximo disso é a alteração ocorrida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) por meio da EC nº 95/2016. O artigo 113 da ADCT passou a determinar que qualquer proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória, ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. Importante notar que essa avaliação de impacto orçamentário se limita à verificação de sua adequação ao orçamento anual da União e não uma análise de custos e benefícios ou avaliação de impacto legislativo propriamente dito.

¹⁴⁸ Disponível em: laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2006_9/FullText.html. Acesso em: 20/03/2023.

Entretanto, já começam a surgir leis que preveem o uso de mecanismos de avaliação de impacto, como a Lei nº 13.874/2019, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, que estabeleceu a obrigatoriedade da Avaliação de Impacto Regulatório para a elaboração de atos normativos da Administração Pública federal.

A referida Lei inova ao determinar no seu artigo 4º, *caput* e inciso V, que “é dever da Administração Pública [...] evitar abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente [...] aumentar os custos de transações sem demonstração de benefícios”. Ela estabelece, ainda, que a AIR deve ser realizada de forma transparente e objetiva, considerando os impactos econômicos, sociais, ambientais e de inovação das propostas regulatórias. A análise deve ser realizada antes da elaboração da proposta de regulamentação e deve ser divulgada para consulta pública.

Igualmente, a Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, no seu artigo 6º prevê que a alteração e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão precedidas da realização de AIR, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Com a implementação dessas leis, o Brasil visa melhorar a qualidade da regulamentação e aumentar a transparência e a responsabilidade do processo regulatório.

Vale ressaltar que a aplicação da AIL no âmbito do Congresso Nacional pode ser uma prática importante para garantir que as leis e regulamentações produzidas sejam eficazes e eficientes, minimizando seus impactos negativos e maximizando seus benefícios para a sociedade. Alguns órgãos do Congresso, como a Consultoria Legislativa e a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, utiliza a AIL como uma ferramenta de análise para subsidiar a elaboração de estudos e pareceres técnicos. No entanto, a aplicação da AIL como prática geral e obrigatória no Congresso Nacional ainda não foi regulamentada por lei específica.

Entretanto, bons exemplos de aplicação de análise de impacto no âmbito do poder Legislativo podem ser encontrados. Recentemente, a AIL foi utilizada em estudo legislativo do Senado Federal brasileiro quanto ao Projeto de Lei (PL) nº 2.345/2022¹⁴⁹, que visava estabelecer que as empresas com 50 ou mais funcionários fossem obrigadas a ofertar, semestralmente, palestras sobre o tema da violência doméstica.

A análise demonstrou que, apesar da violência doméstica ser um tema socialmente

¹⁴⁹ Disponível em: camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2204362.

fundamental, a proposta que, inclusive, previa sanções e multas (art. 4º) em caso de descumprimento de suas determinações, tinha o argumento da “importância do tema” como o único fundamento para determinar a obrigatoriedade às empresas com 50 ou mais funcionários, sem apresentar nenhuma justificativa que, p.e., vinculasse a responsabilidade das empresas quanto ao fenômeno em si.

Não há na proposição qualquer mecanismo de identificação e mensuração dos objetivos almejados. De forma superficial, a proposição traz dados acerca da percepção de aumento da violência contra as mulheres, no entanto, a justificativa não abrange evidências acerca das causas e origens do problema social e qual meta pretende alcançar com a imposição normativa. Chega-se à conclusão, inclusive, de que o projeto não está relacionado com as raízes do problema que pretende atacar, na medida em que as ações propostas estão relacionadas a palestras e atividades de interação (FERREIRA e MENEGUIN, 2022, p. 5).

Obviamente, a análise não está minimizando o problema da violência doméstica. Uma questão de grande magnitude e consequências sociais gravíssimas, para as quais, evidentemente, ações estatais são necessárias em termos de prevenção e repressão. Contudo, esse é um bom exemplo de intervenção estatal por meio de produção legislativa, a qual não pode ser classificada como eficiente e justa, pois, o tema sequer é da competência do setor empresarial.

A violência doméstica não se configura em externalidade, ou seja, os efeitos exercidos pela produção ou serviços de uma empresa sobre a sociedade. Apesar de haver índices de violência psicológica e sexual contra as mulheres nos contextos das empresas, esta violência não se confunde com violência doméstica, objeto da proposição. Não há como responsabilizar uma empresa por um problema social com bases sociológicas amplas, criando um custo a mais às empresas caso a legislação seja aprovada (FERREIRA e MENEGUIN, 2022, p. 11)

A análise dos impactos demonstrou a elevação dos custos das operações das empresas sem haver qualquer contrapartida de benefícios. Além disso, a aprovação de tal lei abriria espaço para que a abordagem de outros temas sociais se tornasse objeto de imposições às empresas.

Considerando que o projeto prevê a imposição de obrigação a empresas, os impactos econômicos trariam uma intervenção estatal mal desenhada, com incrementos dos custos de transação, podendo ainda ser considerada inconstitucional por infringir a livre iniciativa, princípio fundamental da ordem econômica (FERREIRA e MENEGUIN, 2022, p. 13).

Importante destacar que o referido projeto de lei continua a tramitar na Câmara dos Deputados, e que mesmo tendo sido apresentados fundamentos por meio de AIR que demonstram a inviabilidade do projeto, a decisão é política. Isso demonstra que, ao contrário das críticas de que a aplicação de ferramentas como a ACB desloque o debate público para a

análise tecnocrata (3.2) não se sustenta. A adoção da ACB é mais um suporte à decisão e uma limitação moral ao poder discricionário, na medida que expõe a fragilidade de decisões não fundamentadas.

Esse é um exemplo de como as ferramentas de AIR e ACB podem elevar o nível do arcabouço normativo brasileiro, desde a produção legislativa. Pois, permitem ao legislador avaliar o impacto econômico da medida em diferentes cenários, considerando possíveis benefícios e custos, bem como os efeitos distributivos das propostas e apoiar medidas adequadas para mitigar seus impactos negativos.

Vários são os projetos de lei que, atualmente, determinam a adoção de ACB ou ferramentas similares para determinadas atividades do setor público, como o PL nº 1.505/2022, que visa estabelecer os mecanismos de estímulo ao desenvolvimento e fortalecimento do Complexo Econômico e Industrial da Saúde brasileira no âmbito da Política Nacional de Inovação Tecnológica em Saúde. O seu art. 10º, inciso XI, estabelece que sejam buscadas soluções que ofereçam a melhor relação custo-benefício.

Contudo, ainda não há, pelo menos dentro do campo de pesquisa deste trabalho, nenhum projeto que vise estabelecer a obrigatoriedade ou recomendação do uso de AIR ou ACB ao processo legislativo.

6.3.2 ACB no âmbito do poder Judiciário

O controle jurisdicional das regulações e políticas públicas é um dos aspectos que mais aproximam o poder Judiciário do princípio da eficiência. A questão envolve a separação dos poderes e os limites da atuação, em especial, das cortes superiores em relação às decisões dos demais poderes.

Martinez (2009, p. 51-2) remete o tema à resposta de duas questões: a) que papel os tribunais tem no controle de políticas públicas patentemente ineficientes? b) considerando que o Judiciário possa revogar uma política patentemente ineficiente, se ele tem competência para, com base nos princípios do que compreende como justo, no caso concreto, interferir numa política desenhada para maximizar a riqueza e o bem-estar, visando proteger outro interesse juridicamente relevante?

Em sua análise salienta que tais questionamentos apontam para “o conflito entre a regra da maioria (democracia) e a proteção aos interesses da minoria (reserva de justiça)” (MARTINEZ, 2009, p. 52). Manifesta o entendimento de que quanto a primeira questão, via de regra, a Suprema Corte não deve interferir na vontade do legislador (podemos inferir que,

igualmente, no que tange aos formuladores de políticas públicas), mesmo quando este contraria o interesse público. E quanto à segunda, destaca que aqueles que se sentiram contrariados por determinada legislação ou política pública veem no Judiciário o caminho mais rápido para a efetivação de seus interesses. Especialmente, porque

muitas vezes, as prioridades determinadas pelo Executivo não coincidem com as demandas individualmente consideradas. Porém, toda vez que o Judiciário interfere, não para efetivar política pública já determinada pelo Executivo, mas para decidir a alocação dos recursos públicos, acaba-se fazendo justiça no varejo e injustiça no atacado (MARTINEZ, 2009, p. 52).

O perigo de que o ativismo judicial usurpe as funções legislativas, algo que precisa ser debatido com muita atenção, no cenário político-jurídico brasileiro, por tender fragilizar o processo democrático, pode encontrar na necessidade de uma justificativa técnica como a ACB uma forma de amenizar seus impactos negativos.

Quando um órgão contramajoritário é acionado para fazer a função de outro eleito democraticamente, de um modo ou de outro acaba promovendo uma “fissura institucional”, já que isso pode levar à suspensão do direito vigente, gerando, por conseguinte, desconfiança sobre o processo democrático (ROSA e SILVA, 2022, p. 260).

Com respeito às normas ineficientes, Sunstein (2015, p. 267-8) não se sente seguro quanto à efetividade da revisão judicial. Pois, de um lado, a revisão judicial pode fortalecer o trabalho dos analistas ou diminuir o papel da política e dos grupos de interesse, diminuindo a probabilidade de erros por parte das agências ou legislativo, funcionando como uma etapa de supervisão *ex post* ou uma forma de dissuasão *ex ante* para políticas e regulamentos mal formulados. Porém, de outro lado, considerando a característica generalista e não especialista dos magistrados, os juízes podem errar ou ter uma inclinação ideológica. No caso da intervenção do Judiciário em políticas eficientes em favor de algum interesse juridicamente proeminente, a questão é mais interessante, sob o prisma da eficiência, pois, elas podem afrontar ao princípio constitucional da eficiência.

É inquestionável que a judicialização de políticas públicas e regulamentos (oriundos do Legislativo ou das agências reguladoras) impõem custos decorrentes das decisões e da própria estrutura judiciária necessária para atender a essas demandas. Além disso, é crescente o número de decisões judiciais, fundamentada nos direitos constitucionais (como direito à saúde, habitação, dignidade da pessoa humana, p.e.), que impõem custos excessivos ao Estado, sem qualquer avaliação quanto aos benefícios e os custos.

Com a devida vênia, parece que ainda há uma insistência em olvidar que os recursos são escassos e que, infelizmente, não se pode garantir tudo a todos: a tomada de decisões nas políticas públicas envolve escolhas difíceis (o que priorizar: fraldas descartáveis ou remédios para diabetes?) em que o Judiciário

deve abster-se de decisões que invalidem as decisões do jogo democrático na alocação dos recursos públicos (MARTINEZ, 2009, p. 55).

Entretanto, não há como o poder Judiciário fugir ao enfrentamento dessa questão, pois, diuturnamente, ele é colocado diante de demandas que cobram um posicionamento quanto a normas e políticas públicas.

É nesse ponto que a ACB se mostra um instrumento preponderante às funções precípua do Judiciário. Pois, os resultados dos seus estudos permitem uma visão mais ampla, técnica e consequencial ao magistrado, podendo subsidiar seus vereditos.

No âmbito dos tribunais especializados, que é o caso do Tribunal de Contas da União (TCU), a observação de estudos de ACB já é uma realidade.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) exige que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa seja acompanhada de demonstração da “relação custo-benefício” (art. 32, § 1º) e estimativa do impacto orçamentário-financeiro (art. 14). Essa estimativa deve ser acompanhada de demonstrativo de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias. Essa exigência pode ser considerada uma forma de Análise Custo-benefício para os projetos que gerem impacto financeiro.

Essa determinação da adoção da técnica da ACB pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) para avaliar o impacto fiscal de programas e projetos do setor público antes que as decisões sejam tomadas e que afetem as contas públicas, tem levado o Tribunal de Contas da União (TCU) a fundamentar suas decisões e auditorias por meio da ACB para avaliar a eficácia e eficiência de programas e projetos do setor público. O TCU recomenda que os órgãos públicos utilizem a ACB para avaliar a viabilidade econômica de suas ações e identificar alternativas mais eficientes.

Já no caso dos demais tribunais, a aplicação de avaliações de impacto ou de custos e benefícios ainda é bem incipiente. No entanto, algumas decisões dos tribunais superiores já tratam da questão.

Algumas decisões do STF já mencionam ou utilizam a AIR ou ACB. É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.937, que trata da inconstitucionalidade de lei que determina a proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. O processo decisório foi amparado, entre outras coisas, por audiências públicas cujos objetivos eram

analisar, do ponto de vista científico, a possibilidade de uso seguro do amianto da espécie crisotila e os riscos à saúde pública que o referido material pode trazer bem como verificar se as fibras alternativas ao amianto crisotila são

viáveis à substituição do mencionado material, considerados, igualmente, os eventuais prejuízos à higidez física e mental da coletividade. Por fim, deverão os especialistas apontar os impactos econômicos decorrentes de ambas as opções. Cada expositor terá o tempo de vinte minutos, permitida a apresentação de memoriais (BRASIL, 2017, p. 8-9).

Vários aspectos da decisão foram avaliados por meio de análises de impacto econômico, ambiental, trabalhista, entre outros. Por exemplo, a situação dos trabalhadores envolvidos na fabricação e manuseio de produtos de amianto e asbesto; o impacto no sistema previdenciário; o impacto sobre a economia dos municípios que exploravam a produção e comercialização desses produtos, em caso de reconhecimento da constitucionalidade da lei que proibia sua produção e comercialização.

Tais análises, certamente, tornaram a decisão dos ministros muito mais segura e embasada.

Outra decisão na qual a ACB fez parte da fundamentação é a da ADI nº 5.337/DF, que trata da inconstitucionalidade do art. 12-A, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 12.587/2012, que trata da Política Nacional de Mobilidade Urbana. O referido artigo e seus parágrafos tratam da possibilidade de transferência da outorga a terceiros e aos sucessores do direito à exploração de serviços de táxi.

O que torna essa decisão interessante ao nosso propósito é que, apesar de não ter sido realizado um estudo de ACB para substanciar a decisão tomada pela inconstitucionalidade dos referidos artigos. Na fundamentação, o ministro assevera, entre outros aspectos, que:

In casu, são inconstitucionais os dispositivos impugnados, que permitem a transferência *inter vivos* ou *causa mortis* da outorga do serviço de táxi, na medida em que não passam pelo crivo da proporcionalidade, da isonomia, da impessoalidade e da eficiência administrativa, gerando, adicionalmente, potenciais efeitos econômicos e sociais perversos que não resistem a uma análise custo-benefício (BRASIL, 2021, p. 3).

Ou seja, apesar de não ter sido realizada uma ACB, o ministro decidiu sob a convicção de que a proposição do dispositivo legal não resistiria aos resultados de uma ACB. Embora não seja uma decisão embasada em resultados de ACB, já demonstra a possibilidade de que as decisões das cortes superiores possam ter como fundamento um estudo desse gênero.

A gestão de recursos públicos na concreção de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados deve ocorrer com extremo rigor. A intervenção de decisões judiciais no domínio econômico, ainda que visando estabelecer direitos e corrigir distorções, pode causar desequilíbrios e, ao invés de promover justiça e a cidadania, podem tornar o serviço público ineficiente e, por conseguinte, injusto.

Uma intervenção estatal do Judiciário em políticas públicas, balizada por ferramentas

como a AIR e a ACB, pode agregar bem-estar à sociedade por meio de incremento de utilidade aos que recebem o provimento judicial, sem gerar custos excessivos ao erário ou à sociedade em geral.

6.3.3 O benefício da Análise Custo-benefício

Da mesma forma que não há nenhuma lei que exija a aplicação de avaliações de impacto e análises de custos e benefícios no processo legislativo, também não há nenhum dispositivo legal que exija dos magistrados ou cortes superiores que fundamentem suas decisões em estudos como estes.

A despeito disso, a ACB é uma ferramenta valiosa para auxiliar os poderes legislativo e judiciário na tomada de decisão, permitindo avaliar se uma determinada ação é economicamente viável e socialmente justa, além de prever quais são seus potenciais benefícios. Ao utilizar a ACB, é possível tomar decisões mais informadas e eficientes, promovendo uma gestão pública mais responsável e transparente.

Uma questão polêmica, que afeta uma parcela significativa da sociedade, recentemente, foi tema de intervenção estatal por parte do Judiciário e do Legislativo: o direito dos segurados de plano de saúde, portadores de Transtorno do Espectro Autista (TEA), ao tratamento *Applied Behavioral Analysis* (ABA), que oferece atendimento intensivo aplicado por uma equipe multidisciplinar, com psicólogos, fonoaudiólogos e terapeutas ocupacionais, especializados em análise de comportamento, que avalia a relação observável entre um comportamento direcionado de uma pessoa específica e seus ambientes físicos e humanos. Não há dúvidas que seja um tratamento caro. Só para se ter noção, dependendo do caso, os neuropediatras chegam a recomendar cerca de 30 a 40 horas semanais de tratamento para um paciente.

A celeuma gira em torno da obrigatoriedade ou não dos planos de saúde em oferecer o tratamento ABA. No mérito se discute se o rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é taxativo ou, apenas, exemplificativo, dizendo respeito, não apenas à referida demanda quanto ao tratamento ABA aos segurados de planos de saúde portadores de TEA, mas, a uma enormidade de situações semelhantes nas quais portadores de outras enfermidades questionam judicialmente o mesmo direito ao tratamento.

Em junho de 2022, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 1.886.929/SP, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) alterou seu entendimento anterior, votando pela taxatividade do rol da ANS, com repercussão geral, o que desobrigava os planos de saúde

a oferecerem, não apenas o tratamento ABA, mas, qualquer outro tipo de tratamento que não estivesse inscrito no referido rol, independentemente da enfermidade do segurado.

No entendimento do Relator, Min. Luiz Felipe Salomão,

O Rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável economicamente da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo - devendo, ademais, a cobertura mínima, paradoxalmente, não ter limitações definidas - tem o condão de efetivamente padronizar todos os planos e seguros de saúde e restringir a livre concorrência, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do segurado, o que representaria, na verdade, suprimir a própria existência do "Rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população (BRASIL, 2022, p. 3).

Passados três meses, apenas, em setembro de 2022, foi sancionada a Lei nº 14.454, que alterou a Lei nº 9.656/1998 ("Lei dos Planos de Saúde"), para declarar que o rol de procedimentos da ANS é exemplificativo e estabelecer critérios para que aqueles tratamentos não previstos no rol sejam oferecidos aos usuários de plano de saúde.

Sem entrar no mérito da questão e, especialmente, sem especular quanto aos erros e acertos dos atores do Judiciário e do Legislativo envolvidos, mas, considerando que o Estado é um só, embora dividido para fins de eficiência em três poderes, "independentes e harmônicos entre si", fica difícil explicar esse mesmo Estado decidindo um mesmo assunto de duas formas completamente opostas. Chama a atenção que, embora diversos estudos atuariais, que tratam do impacto financeiro de tal medida aos planos de saúde, e pareceres quanto à efetividade do tratamento ABA, tenham sido realizados e apresentados, em nenhum dos casos (tanto no Judiciário para declarar o rol como sendo taxativo, quanto no Legislativo, para declarar o rol como sendo exemplificativo), os agentes públicos (magistrados e legisladores) se valeram de estudos de impacto regulatório e análise de custos e benefícios, que, seguramente, poderiam ter sido de grande ajuda aos tomadores de decisão dos dois poderes, para oferecer uma solução justa e eficiente aos cidadãos.

O que se defende, no presente trabalho, é que a obrigatoriedade ou senão a recomendação do uso de tais ferramentas no âmbito das decisões judiciárias e nas proposições legislativas de grande impacto social e financeiro, seja estabelecido, com o fim de proporcionar aos tomadores de decisão uma direção embasada em evidências.

A exigência legal de aplicar a ACB em projetos públicos pode levar a uma gestão mais eficiente no legislativo e judiciário, por vários motivos:

1. Tomada de decisão mais informada. A ACB fornece informações importantes para auxiliar os decisores a avaliar os custos e benefícios potenciais de um projeto ou política

pública. Isso pode levar a decisões mais informadas e objetivas, com menos probabilidade de enviesamento político ou pressão de grupos de interesse.

2. Priorização de projetos mais eficientes. A ACB ajuda a identificar projetos que podem gerar mais benefícios em relação aos custos. Como resultado, os recursos públicos podem ser alocados para projetos mais eficientes, que ofereçam maiores benefícios para a sociedade.
3. Transparência e prestação de contas. A ACB pode ajudar a aumentar a transparência e a prestação de contas no processo de tomada de decisão. Ao fornecer informações sobre os custos e benefícios de um projeto ou política pública, a ACB pode ajudar a demonstrar que a decisão foi baseada em evidências e critérios objetivos.
4. Redução de desperdício. A ACB pode ajudar a identificar projetos ou políticas públicas com custos excessivos ou que não geram benefícios significativos. Ao evitar a alocação de recursos para projetos ineficientes ou desnecessários, a ACB pode ajudar a reduzir o desperdício de recursos públicos.

Em resumo, entendemos que uma exigência legal de aplicação da ACB em projetos de políticas públicas e regulamentos, projetos legislativos e decisões judiciais sejam mais eficientes e justas, por meio de decisões mais bem informadas, proporcionando maior transparência e redução do desperdício de recursos públicos.

6.4 Proposta para a aplicação da ACB no âmbito dos três poderes da República

Considerando a necessidade de conciliação e aproximação dos institutos necessários à promoção da cidadania, o controle fiscal e a justa distribuição dos recursos públicos, este trabalho apresenta uma proposta prática para a aplicação da ACB como um instrumento viável à efetivação dessa ação.

Que no âmbito da Administração Pública, nos seus poderes e diferentes esferas, toda decisão executiva, proposta legislativa ou decisão judicial que produza um impacto relevante ao erário¹⁵⁰, no tempo presente ou ao longo de gerações, só possa ser tomada com a apresentação de uma análise dos custos e benefícios de tal medida, proposta ou decisão.

¹⁵⁰ A determinação da relevância do impacto de uma medida poderia ser determinada pelo estabelecimento de um percentual de comprometimento mínimo que a medida, uma vez tomada, traria ao órgão ou aos cofres do ente estatal. Tomemos como exemplo uma decisão de renovação de frota de um determinado órgão do Executivo, se tal decisão comprometesse mais que um x% (x por cento) do orçamento daquele órgão, essa decisão só poderia ser tomada, a partir da elaboração e execução de uma ACB. Ou ainda, se uma decisão judicial tomada, p.e., pelo STJ ou TCU, produzisse um determinado impacto de x% sobre o orçamento da União, ou do órgão, ou ente envolvido, essa decisão deveria ser acompanhada de tal ACB. Quanto ao percentual “x”, o mesmo teria que ser estabelecido mediante estudo atuarial para determinar seu valor.

Lembrando que a apresentação dessa ACB não vincula a tomada de decisão a um resultado líquido positivo em termos de custos e benefícios. Entretanto, se não for esse o caso, o agente público, gestor, legislador ou magistrado, deverá ser instado a motivar a sua opção por uma medida cujos custos e benefícios não sejam promissores.

Tal medida permitirá decisões muito mais bem fundamentadas e responsáveis por parte daqueles que tem o compromisso de gerir da melhor forma possível os recursos públicos destinados à promoção da justiça e cidadania. O que só contribui para o fortalecimento da democracia, uma vez que permite à população avaliar e comparar entre medidas estatais, e exige que os agentes tomadores de decisão tenham que justificar suas decisões de forma sólida e científica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a responder três questões fundamentais quanto à Administração Pública: É possível conciliar a promoção da eficiência e da cidadania, na Administração Pública? A efetivação do princípio da eficiência pode se dar sem prescindir do princípio da cidadania? E se a Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e promoção da cidadania?

Importante destacar que os fundamentos constitucionais de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político, bem como os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e desigualdades, expressam o sentido que o termo “eficiência” adquire enquanto princípio da Administração Pública, a busca do bem-estar dos cidadãos.

Possibilitou compreender que, no contexto da Administração Pública, o significado desses dois institutos, eficiência e justiça, embora para muitos pareçam antagônicos e excludentes, estão intimamente relacionados, não havendo possibilidade de considerar um sem a presença do outro. E que a ausência de um deles desqualifica o outro, como foi afirmado: eficiência sem justiça não é eficiente; justiça sem eficiência não é justa. Logo, considerando que se tratam de valores constitucionais, os atos, normas e políticas públicas dos agentes públicos não podem fugir à cuidadosa observação de ambos.

Qualquer norma ou política pública que vá contra esses valores constitucionais foge ao objetivo da própria Administração. Uma administração que preza pelos fundamentos e objetivos constitucionais, estabelecidos por meio das garantias constitucionais, individuais e coletivas, é uma administração equilibradamente eficiente e justa, no sentido acima. É, sobretudo, uma administração cidadã.

Todo desenvolvimento da presente tese adveio com o propósito de responder a essas questões, o que permitiu o estabelecimento da tese sugerida. Ao defender que a Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e concreção da cidadania na Administração Pública, à medida que possibilita a verificação das melhores escolhas na alocação dos escassos recursos públicos, de modo a maximizar o bem-estar geral, expresso no equilíbrio entre controle de gastos públicos e a promoção da justiça distributiva, estamos sustentando que a ACB é uma ferramenta capaz de aproximar esses institutos necessários à promoção da cidadania, o controle fiscal e a justa distribuição dos recursos públicos.

No capítulo dois, fomos apresentados ao instrumento de Análise Custo-benefício e aos conceitos de Avaliação de Impacto Regulatório. Os diversos elementos que compõem essas análises e a que elas se destinam. Uma ferramenta importante para avaliar a eficácia e a eficiência de políticas públicas. Ela envolve a comparação dos custos e benefícios de uma determinada ação, a fim de verificar se ela é justificada do ponto de vista econômico e de bem-estar do cidadão.

Um aspecto importantíssimo apresentado é que a ACB não pode ser maior do que o bem-estar. Ela é uma ferramenta e não o objetivo da política pública. A defesa da ACB e a observância de seus resultados só se sustentarão, enquanto instrumento democrático, no potencial que ela possui em proporcionar escolhas mais assertivas, capazes de promover o bem-estar. Ela não elimina o debate político e a discricionariedade, mas, funciona como um aferidor da efetividade daquilo que está sendo defendido no cenário público, permitindo comparar opções, verificar resultados e sustentar a defesa das melhores opções.

Aqui está a principal regra quanto à adoção da ACB: a ACB não é a última palavra no processo de tomada de decisão. Por melhor que sejam os resultados do estudo apresentado, se o objetivo de uma política pública, numa situação específica, indicar para outra direção e existam razões outras que o justifique, a ACB deve ser colocada de lado ou ter seu grau de influência diminuído pelos gestores públicos.

Entretanto, a opção por uma política pública ou norma que apresente custos superiores aos benefícios esperados e gerem impactos econômicos e sociais consideráveis, não pode mais se abrigar no manto da discricionariedade tácita. A escolha é do gestor, legislador ou magistrado. Mas, eles devem ser confrontados com as consequências de seus atos administrativos e apresentarem a motivação para fazê-lo. E a ACB se mostra satisfatória na análise de tais escolhas dos agentes públicos.

No terceiro capítulo, fomos confrontados com algumas críticas e ponderações acerca da ACB. Vimos que a ACB tem sido tratada com desconfiança em termos de garantir os propósitos constitucionais de eficiência conjugada à justiça. Pois, inicialmente, a ideia de uma ferramenta que analise os atos públicos em termos custo-benefício pode trazer uma noção de limitação de gastos que seriam alocados na promoção de benefícios sociais, ambientais e de justiça.

Ocorre que essa perspectiva parte do desconhecimento de que a ACB enquanto instrumento de avaliação da melhor forma de alocação dos recursos escassos da Administração Pública. Pois, na verdade, ela trabalha para a equalização e benefício da sociedade de forma mais ampla. Ainda que uma ACB possa recomendar a não implementação de uma determinada política pública, isso se dá em comparação às demais alternativas, para se alcançar o bem-estar

social. Logo, torna-se um instrumento de democracia e cidadania.

Vimos ainda que ela deve ser encarada como uma ferramenta de avaliação bem-estarista e não apenas de eficiência econômica. E que todas essas críticas e ponderações possuem sua relevância e não podem ser desprezadas no debate público quanto à eficácia de sua aplicação. Porém, embora apontem falhas, nenhuma delas pôde demonstrar que a ACB é algo a ser descartado. E, sobretudo, restou claro que num cenário decisório, para o agente público, ter o subsídio da avaliação de impacto e a análise de custos e benefícios é muito superior à ausência de qualquer fundamento técnico para tomada de decisão.

O capítulo quarto analisou a relação e adequação da ACB aos fundamentos constitucionais brasileiros. Embora se trate de uma ferramenta alienígena ao contexto brasileiro, por ser apenas uma ferramenta e não uma nova visão ou filosofia de Administração Pública, ela pode ser adequada à realidade e às demandas do modelo brasileiro de administração dos recursos públicos, para estabelecer o objetivo de efetivação do princípio da eficiência e concreção da cidadania na Administração Pública, de modo a maximizar o bem-estar geral, por meio do equilíbrio entre controle fiscal e justiça distributiva.

Vimos que entre os valores supremos da Constituição está o bem-estar de todos, elemento estreitamente ligado aos fundamentos da própria ACB. Em especial, vimos que a ACB não obsta os fundamentos da soberania popular, cidadania e dignidade humana. Sendo um instrumento que permite a participação popular do início ao fim do processo de análise e avaliação. Pois, não é a ACB que decide quais propostas de políticas públicas devem ser analisadas ou escolhidas.

No palco do debate político, os atores continuarão defendendo suas lutas e reivindicações. A inserção da ferramenta ACB apenas permitirá aos agentes públicos subsidiar suas escolhas com base em elementos concretos de equiparação entre uma proposta ou outra. Num cenário no qual dois ou mais caminhos estejam sendo debatidos ou defendidos, seja no ambiente da determinação do orçamento pelo Legislativo e Executivo, seja num ambiente no qual magistrados tenham que tomar decisões em demandas de grande impacto financeiro e social ao Estado e à sociedade, caso os atores envolvidos entendam que a opção que apresente melhor custo-benefício não seja a mais adequada ao contexto e ao momento, tal decisão apenas teria que ser justificada perante a população e os grupos envolvidos, não anulando a discricionariedade, apenas limitando sua abrangência à necessidade de observância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Assim, a ACB mantém os fundamentos de soberania e dignidade da pessoa humana e reforça o sentido de cidadania participativa, na medida que permite a participação e busca, não

só a maximização da riqueza, mas, a maximização do bem-estar, de forma eficiente e equalizada.

O capítulo cinco, que tratou do princípio da eficiência, evidenciou o grande desafio que é a efetivação do princípio num contexto cultural e político patrimonialista e pela falta de consenso até mesmo quanto ao seu significado e abrangência. Salientou a juridicidade do princípio, demonstrando que o mesmo não pode ser tomado apenas como um postulado geral, mas, possui o peso de norma juridicamente posta.

Foi possível perceber que a inserção do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, como um requisito à atividade administrativa no setor público, não se trata de uma batalha entre campos excludentes do cenário político e social. Num ambiente democrático, o mercado e o Estado não são entes em oposição, mas, interdependentes. Na prática, o Estado é um dos principais atores do mercado, tendo inclusive a capacidade de dar-lhe novos rumos, bem ou mal sucedidos, a depender de suas decisões. Logo, um Estado eficiente deve fortalecer o mercado, assim como um mercado fortalecido deve beneficiar o próprio Estado, propiciando uma maior atenção à justiça distributiva. O quinto capítulo ainda demonstrou que a ACB é um instrumento adequado e útil ao gestor público no processo decisório na busca da efetividade do princípio da eficiência.

Por fim, o capítulo sexto tratou da conciliação entre cidadania e eficiência por meio da adoção da ACB como instrumento capaz de auxiliar na equalização das prioridades estatais. Demonstrou, por meio de uma abordagem da AED, que os atos e decisões públicas não podem ser tomadas sem a observação de suas consequências e resultados. Pois, uma política que, em princípio, pareça estar promovendo a justiça, pode ao longo do tempo gerar desigualdades e incapacidade do Estado continuar garantindo direitos fundamentais aos cidadãos.

Demonstrou, ainda, que é possível conciliar a promoção da eficiência e da cidadania, na Administração Pública; que a Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e promoção da cidadania, à medida que possibilita a verificação das melhores escolhas na alocação dos escassos recursos públicos de modo que promovam a maximização do bem-estar geral e a promoção da justiça distributiva.

Evidenciou a plausibilidade da aplicação da ACB no âmbito dos três poderes da República, como algo viável e bem-vindo, do ponto de vista da busca pela eficiência e justiça na aplicação dos recursos públicos. A participação popular nas diversas fases da formulação das políticas públicas é fortalecida e passa a contar com mais uma ferramenta capaz de auxiliar no processo decisório, eliminando os “achismos” e permitindo a comparação de resultados entre alternativas levantadas pelo próprio debate político.

Uma população capaz de conhecer as reais implicações e consequências de determinada medida do Estado em detrimento de perspectivas anedóticas e impressões pessoais, é melhor preparada para participar de forma efetivamente cidadã do debate público e das decisões quanto às ações que deva cobrar e esperar da Administração Pública.

Isso dá a segurança de que a ACB, enquanto instrumento de promoção do princípio da eficiência, encontra amparo nos mais profundos fundamentos e objetivos da CRFB. Também não há conflitos com os demais princípios da Administração Pública que impeçam sua adoção pelos poderes da República. Ao contrário, as ideias trazidas pela ACB e o resultado de escolhas feitas a partir de tais análises fortalecem os demais princípios constitucionais e, conseqüentemente, a própria Administração.

Quando se trata de políticas públicas, uma Análise Custo-benefício pode ser uma ferramenta valiosa para garantir que os recursos públicos sejam utilizados da forma mais eficiente possível. Isso significa que as políticas integradas devem ser capazes de gerar benefícios superiores aos custos incorridos.

Nesse sentido, a Análise Custo-benefício pode contribuir para o fortalecimento da cidadania, uma vez que ajuda a garantir que as políticas públicas estejam alinhadas com as necessidades e demandas dos cidadãos. Além disso, ao avaliar a relação entre custos e benefícios, é possível identificar políticas que possam gerar externalidades negativas, como impactos ambientais, que devem ser evitados ou mitigados.

Não olvidando, no entanto, que os resultados obtidos numa análise custo-benefício não devem ser a única opção para a definição de políticas públicas. É necessário considerar outros fatores, como a equidade distributiva, a justiça social e os valores éticos e morais da sociedade. Deve ser vista como uma ferramenta complementar, capaz de fornecer informações valiosas para a tomada de decisão, mas que deve ser utilizada pelo gestor público em conjunto com outras abordagens.

Isto posto, podemos estabelecer o modelo de Estado que vislumbramos. Desde as últimas décadas do Século XX, o modelo de Estado crescente, é o Estado regulatório. Porém, Sunstein, considerando a importância do papel que a ACB desempenha nesse novo modelo, o batizou de “Estado custo-benefício”. A noção de Estado que o presente trabalho propõe é aquele no qual o Estado é responsável pela promoção da cidadania, capaz de equilibrar valores como eficiência e justiça, maximização da riqueza e justiça distributiva, desenvolvimento e sustentabilidade, liberdades e direitos individuais e coletivos. É o que poderíamos denominar “Estado equilíbrio”.

Assim, o Estado eficiente é o “Estado Equilíbrio”, no qual os valores complementares

da cidadania, a eficiência e a justiça, compõem a mola mestra que conduz a gestão como um todo ao resultado do bem-estar de seus cidadãos.

Esse “Estado equilíbrio” não é apenas regulatório, limitando sua abordagem a alguns setores da economia, porque a busca dos princípios da eficiência e cidadania se harmonizam em todos os aspectos da gestão, em todos os poderes e esferas públicas. Também não é apenas custo-benefício, porque não está limitado a estabelecer políticas públicas orientado apenas pelos seus custos e benefícios, mas, visa conciliar aspectos indispensáveis ao equilíbrio de uma sociedade, como:

- a) Estabilidade política. Um sistema político estável e funcional, com instituições democráticas sólidas e Estado de Direito que respeite as liberdades e direitos individuais e coletivos.
- b) Crescimento econômico. Uma economia forte e saudável, fundamental ao bem-estar da população e ao desenvolvimento do país, criando oportunidades de trabalho e renda para a população de forma eficiente e justa.
- c) Justiça social. Um sistema que promova a equidade e a inclusão, assegurando que todos os cidadãos tenham acesso a serviços públicos de qualidade, como saúde, educação, transporte e segurança.
- d) Preservação ambiental. A sustentabilidade ecológica, evitando a degradação dos ecossistemas e garantindo um futuro saudável para as gerações vindouras.
- e) Respeito aos direitos humanos. Uma condição básica para o desenvolvimento e o bem-estar da população, garantindo a dignidade e a integridade de todos os cidadãos.

Aspectos estes interdependentes e que se relacionam de maneira complexa, sendo que o equilíbrio entre eles é fundamental para o desenvolvimento sustentável e a estabilidade política, econômica e social de uma nação.

Tais elementos combinados, demonstram a possibilidade da conciliação da promoção da eficiência e da cidadania, na Administração Pública, de modo que a efetivação do princípio da eficiência se dê sem prescindir do princípio da cidadania.

Razão pela qual concluímos, reafirmando que a Análise Custo-benefício é um instrumento viável à efetivação do princípio da eficiência e concreção da cidadania na Administração Pública, à medida que possibilita a verificação das melhores escolhas na alocação dos escassos recursos públicos, de modo a maximizar o bem-estar geral, expresso no equilíbrio entre controle fiscal e a promoção da justiça distributiva.

REFERÊNCIAS

- ABRUCIO, F. L. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública. **Cadernos ENAP**, Brasília, n. 10, 1997. Disponível em: <repositorio.enap.gov.br/handle/1/556>. Acesso em: 11 mar. 2023.
- ADLER, M. D. *Incommensurability and Cost-Benefit Analysis*. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 146, 1998. 1371-1418. Disponível em: <scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol146/iss5/7/>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- ADLER, M. D. **Well-Being and Fair Distribution**. New York: Oxford University Press, 2012.
- ADLER, M. D.; POSNER, E. A. **New Foundations of Cost-Benefit Analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ANIBAL, T. A. P.; OLIVEIRA, R. T. D.; SILVEIRA, R. D. R. Governo Eletrônico: uma análise do princípio da eficiência à luz do procedimento fiscal do ITCMD no âmbito do Estado de São Paulo. **Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 26, n. 2, jul/dez 2017. 209-33. Disponível em: <revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1043/pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- ARAGÃO, A. S. D. O Princípio da Eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237, 2004. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- ARAÚJO, J. M. Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, jan/jun 2018. 134-58. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/667>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- ÁVILA, H. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out/dez 2005. 1-25. Disponível em: <direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BARRETTO, V. Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito. **R. Dir. Adm.**, n. 203, jan./mar. 1996. 11-23. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46687/46646>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- BERCOVICI, G. Constituição e Política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, 2004a. Disponível em: <scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- BERCOVICI, G. O Estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Econômicas. Universidade de Coimbra**, n. XLVII, 2004b. 149-80. Disponível em: <edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2564757>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- BOARDMAN, A. E. et al. **Cost-Benefit Analysis: Concepts and Practice**. 4ª. ed. New Jersey: Pearson Education, Inc., 2011. Disponível em: <students.aiu.edu/submissions/profiles/resources/onlineBook/E5V5H3_Cost-benefit%20analysis%20_%202018.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo : Malheiros Editores, 2001.
- BRASIL. Casa Civil. **Decreto nº 592**, Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2.076/AC. Relator: Min. Velloso. **Supremo Tribunal Federal**, Tribunal Pleno, Brasília, 15 ago. 2000. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. *The Brazilian Guide on Good Regulatory Practices*. Ministério da Economia. Brasília, 2015.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3.937/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. **Supremo Tribunal Federal**, 2017. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.337/DF. Relator: Min. Luiz Fux. **Supremo Tribunal Federal**, 2021. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. **Guia Geral de Análise Socioeconômica de Custo-Benefício de Projetos de Investimento em Infraestrutura**. 2ª. ed. Brasília: Ministério da Economia, 2021.

BRASIL. Embargos de Divergência em Recurso Especial - EREsp nº 1.886.929/SP. **Superior Tribunal de Justiça**, 2022. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRESSER PEREIRA, L. C. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **RSP**, v. 120, n. 1, jan/abr 1996. 7-40. Disponível em: <repositorio.enap.gov.br/handle/1/1734>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BRONSTEEN, J.; BUCCAFUSCO, C.; MASUR, J. S. Well-Being Analysis vs. Cost-Benefit Analysis. **Duke L. J.**, n. 62, 2013. 1603-89. Disponível em: <lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1432&context=facpubs>. Acesso em: 22 jul. 2022.

CABRAL, N. D. C. A Sustentabilidade da Segurança Social. In: SILVA, J. P. D.; RIBEIRO, G. D. A. **Justiça entre Gerações**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 352-396.

CAMPOS, A. S. Teorias da Justiça Intergeracional. In: SILVA, J. P. D.; RIBEIRO, G. D. A. **Justiça entre Gerações**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 41-69.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 14ª reimpr. 7ª. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, J. M. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: uma discussão conceitual. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997. 229-50. Disponível em: <doi.org/10.1590/S0011-52581997000200003>. Acesso em: 2022 dez. 22.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COASE, R. H. *The problem of Social Cost*. **The Journal of Law & Economics**, v.3, out. 1960. 1-44. Disponível em: <econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

COELHO, N. M. D. S.; NETO, A. R. Estado Democrático de Direito como princípio estruturante e a defesa da moralidade administrativa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 29, n. 128, out/dez 2021. 143-154.

COELHO, N. M. M. D. S. Compreensão como arte: notas "hermenêuticas" sobre Constituição e constitucionalismo. **Prisma Jurídico**, v. 8, n. 1, jan./jun. 2009. 53-75. Disponível em: <redalyc.org/pdf/934/93412810004.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

COELHO, N. M. M. D. S.; OLIVEIRA, R. T. D. Dignidade humana em perspectiva política: Charles Taylor e a reabilitação das questões ontológicas no campo da política. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53, jul/dez 2018. 206-23. Disponível em: <direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%208%20direito%2053.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law and Economics**. 6th. ed. Boston: Addison-Wesley, 2011.

COSTA, P. M. D.; COELHO, N. M. M. A medicina baseada em evidência como suporte para a judicialização da saúde no Brasil. **Anais do I Congresso Internacional da Rede Ibero-Americana de Pesquisa em Seguridade Social**, Ribeirão Preto, n. 1, out 2019. 301-24. Disponível em: <revistas.unaerp.br/rede/article/view/1668/1359>. Acesso em: 20 jul. 2023.

COUTINHO, D. R. Entre eficiência e equidade: a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, jun.-dez. 2005. 137-60. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35232>. Acesso em: 22 jul. 2022.

CUNHA, S. S. D. **Princípios Constitucionais**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, D. A. Preâmbulos das constituições brasileiras. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, n. 96, 2001. 243-270. Disponível em: <revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67503>. Acesso em: 22 jul. 2022.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

D'ÁVILA FILHO, P. M. O Clientelismo como Gramática Política Universal. **Physis - Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, jul/dez 2003. 387-92.

DE FRANCESCO, F. *Diffusion of Regulatory Impact Analysis Among OECD and EU Member States*. **Comparative Political Studies**, Thousand Oaks, v. 45, n. 10, p. 1277-1305, Out 2012. Disponível em: <journals.sagepub.com/doi/10.1177/0010414011434297>. Acesso em: 22 jul. 2022.

DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 27ª. ed. Berlin: Dept. Relações Públicas, 1949.

DJANKOV, S. et al. *The new comparative economics*. **Journal of Comparative Economics**, Washington DC, n. 31, 2003. 595-619. Disponível em: <scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/newcompecon_jce.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

DRIESEN, D. M. *Is Cost-Benefit Analysis Neutral?* **College of Law Faculty - Scholarship**, Syracuse, 2006. Disponível em: <surface.syr.edu/lawpub/17>. Acesso em: 22 jul. 2022.

DUDLEY, S. et al. *Consumer's Guide to Regulatory Impact Analysis: Ten Tips for Being an Informed Policymaker*. **Journal of Benefit-Cost Analysis**, 8, n. 2, 2017. 187-204. Acesso em: 22 jul. 2022.

DUNLOP, C. A.; RADAELLI, C. M. **Handbook of Regulatory Impact Assessment**. Camberley: Edward Elgar Publishing, 2017.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, R. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos da América de 1789 (revisada em 1992). **jus.com.br**, 2022. Disponível em: <jus.com.br/artigos/98145/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-de-1789-revisada-em-1992>. Acesso em: 22 dez. 2022.

- FALZONE, G. *Il Dovero di Buona Amministrazione*. Milão: Dott A. Giuffrè, 1953.
- FARNSWORTH, E. A. *An Introduction to the Legal System of The United States*. 4th. ed. New York: Oxford University Press, 2010.
- FAUSTINO, D.; MIRANDA, L. C. M.; ALVES, F. D. B. Políticas públicas, reserva do possível e a discriminação por recusa de adaptação. **Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 30, n. 3, set/dez 2021. 193-216. Disponível em: <revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1958/1874>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- FEREJOHN, J. *Jucicializing Politics, Politicizing Law*. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, 2002. Disponível em: <scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=lcp>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- FERNANDES, L. A.; GOMES, J. M. M. Relatórios de pesquisas nas ciências sociais: características e modalidades de investigação. **Contexto**, Porto Alegre, v.3, n. 4, 2003. 1-23. Disponível em: <seer.ufrgs.br/index.php/ConTexto/article/view/11638/6840>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- FERREIRA FILHO, M. G. Estado de Direito e Estado Legal. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 157, jul/set 1984. 14-44. Disponível em: <doi.org/10.12660/rda.v157.1984.44119>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- FERREIRA, A. B. C. P.; MENEGUIN, F. B. **Violência Doméstica**: uma análise do PL nº 2.345, DE 2022. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas / CONLEG / Senado, v. Boletim Legislativo nº 98, 2022. 1-15 p. Disponível em: <senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- FRANK, R. H. *Why is Cost-Benefit Analysis so Controversial?* **Journal of Legal Studies**, n. 29, 2000. 913-30. Disponível em: <journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/468099>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- FUGUITT, D.; WILCOX, S. J. **Cost-Benefit Analysis for Public Sector: Decision Makers**. Westport, Connecticut: Quorum Books, 1999.
- GARBER, A. M.; PHELPS, C. E. *Economic foundations of cost-effectiveness analysis*. **Journal of Health Economics**, 1, n. 16, fev 1997. 1-31. Disponível em: <sciencedirect.com/science/article/pii/S0167629696005061>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- GICO JR, I. T. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 2, mai/ago 2020. 1-43. Disponível em: <seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.
- GOMES, C. A. Precaução e Proteção do Ambiente. In: SILVA, J. P. D.; RIBEIRO, G. D. A. **Justiça entre Gerações**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 323-351.
- GRAHAM, C. *An economist's perspective on Well-Being Analysis and Cost-Benefit Analysis*. **Duke Law Journal**, v.62, n. 8, mai. 2013. 1691-1700. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23792707>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- GRAHAM, J. D. *Saving Lives Through Administrative Law and Economics*. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 157, 2008. 395-540. Disponível em: <biotech.law.lsu.edu/blog/graham157upalrev3952008pdf.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- GROPPALI, A. **Doutrina do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1968.
- HABERMAS, J. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.
- HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo A. Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

- HAHN, R. W. **Reviving Regulatory Reform: a global perspective.** Washington, D.C.: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000.
- HANLEY, N.; BARBIER, E. B. **Pricing Nature: Cost-Benefit Analysis and Environmental Policy.** Camberley: Edward Elgar Publishing, 2009.
- HANSSON, S. *Philosophical Problems in Cost–Benefit Analysis.* **Economics and Philosophy**, n. 23, 2007. 163-83. Disponível em: <philpapers.org/rec/HANPPI>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- HARRINGTON, W.; HEINZERLING, L.; MORGENSTERN, R. D. **Reforming Regulatory Impact Analysis.** Whashington, DC.: Resources for the Future, 2009.
- HAYEK, F. A. **Individualism and Economic Order.** Chicago: The University of Chicago Press, 1947.
- HAYEK, F. A. **The constitution of liberty.** Chicago: University of Chicago Press, v. XVII, 2011.
- HERINGER, H. M. L. **O povo contra a corrupção.** São Paulo: Dialética, 2022.
- HERINGER, H. M. L.; SILVA, J. B. Coronelismo de Coalizão: o patrimonialismo clientelista como alicerce para um modelo presidencialista corrupto. **Anais do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI**, São Luís, 2017. 86-102. Disponível em: <site.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/54ij7ru0/3ek2SBVGo9cKsc43.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- HERINGER, H. M. L.; SILVEIRA, R. D. R. D.; COELHO, N. M. M. D. S. Democracia e Iniciativa Popular: uma análise do processo de elaboração de leis por meio da participação popular. **Paradigma**, Ribeirão Preto, jan/abr 2020. 194-215. Disponível em: <revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2087/1553>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- HESSE, K. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOCKLEY, N. *Cost–benefit analysis: a decision-support tool or a venue for contesting ecosystem knowledge?* **Environment and Planning C: Politics and Space**, 2, n. 32, Abril 2014. Disponível em: <research.bangor.ac.uk/portal/files/7482708/PDB59-00.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- HOUTZAGER, P. P.; LAVALLE, A. G.; ACHARYA, A. Atores da Sociedade Civil e Atores Políticos. In: AVRITZER, L. **A Participação em São Paulo.** [S.I.]: Fundação Editora Unesp, 2004. Disponível em: <11nq.com/wcNvn>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- IBIRUTE JR, H. C.; XAVIER, G. S. Discricionariedade judicial e a indeterminabilidade dos princípios. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, 2021. 1269-90. Disponível em: <e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/51644>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- IPEA. **Valor de uma vida estatística: uma revisão da literatura empírica para o Brasil.** Brasília: IPEA, 2022.
- JACOBS, S. H. *Overview of Regulatory Impact Analyses in OECD Countries.* In: JACOBS, S. H. **Regulatory Impact Analysis: best practices in OECD countries.** Paris: OECD, 1997. p. 13-30. Disponível em: <oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258828.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- JELLINEK, G. **Allgemeine Staatslehre.** 3ª. ed. Berlin: O. Häring, 1914.
- KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de E. Brandão, M. E. Galvão A. Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KORNHAUSER, L. A. *On Justifying Cost-Benefit Analysis.* **The Journal of Legal Studies**, v. 29, n. S2, p. 1037-57, 2000. Acesso em: 22 jul. 2022.
- KORNHAUSER, L. A. **The Economic Analysis of Law.** Stanford: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2022. Disponível em: <plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/#ArguForWelfRevi>. Acesso em: 07 mar. 2023.

- LADEGAARD, P. *Improving Business Environments through Regulatory Impact Analysis – Opportunities and challenges for developing countries. International Conference on Reforming the Business Environment. Cairo: [s.n.]. 2005.*
- LAYARD, R.; GLAISTER, S. *Cost-Benefit Analysis. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.* Disponível em: <doi.org/10.1017/CBO9780511521942>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- LEAL, V. N. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.** 7ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LOUGHLIN, M. *The Concept of Constituent Power. Political, Social and Legal Theory. Victória: University of Victoria.* 30 nov 2012.
- MACKAAY, E. *History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, B.; DE GEEST, GERRIT; NAGEL, C. F. Encyclopedia of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, v. 1, 2000. p. 65-117.* Disponível em: <sfu.ca/~allen/history.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- MAJONE, G. Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudança no modo de governança. **Revista do Servidor Público**, a. 50, n. 1, jan/mar 1999. 5-36. Disponível em: <revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/339/345>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTINEZ, A. P. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. **Revista de Direito Administrativo**, p. 29-59, maio 2009. Disponível em: <doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7527>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- MASUR, J.; POSNER, E. A. *Against Feasibility Analysis. University of Chicago Law Review*, n. 77, 2010. 657-716. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20722463>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno.** 21ª rev. e ampl. ed. Belo Horizonte: Fórum Ltda., 2018.
- MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo.** 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MESSITTE, P. J. O direito administrativo nos Estados Unidos. **Justiça & Cidadania**, Brasília, n. 177, mai 2015. 60-6. Disponível em: <editorajc.com.br/wp-content/uploads/2015/05/ED_177_dupla_ok.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- MILL, J. S.; BENTHAM, J. *Utilitarianism and other essays. London: Penguin, 2004.*
- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional.** 6ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, v. 1, 1997.
- MISHAN, E. J.; QUAH, E. *Cost Benefit Analysis.* 5ª. ed. London: Routledge, 2007.
- MODESTO, P. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, 51, n. 2, abr/jun 2000. 105-20. Disponível em: <doi.org/10.21874/rsp.v51i2.328>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- MONCERI, F. *Ancora sull'amministrazione di risultato. RBEP*, Belo Horizonte, v. 123, 2021. Disponível em: <pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/934>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Tradução de Cristina Murachco. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

- MORAES, A. D. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 243, 2006. 13-28. Disponível em: <doi.org/10.12660/rda.v243.2006.42538>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- MOTTA, P. C. Distribuição de renda e análise custo-benefício: a integração de eficiência e equidade. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, 4, n. 2, jun. 1974. 411-32. Disponível em: <<https://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/684/626>>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- MÜLLER, F. **Quem é o povo?** Tradução de Ralph Christensen. 3ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro: UNIC. 1945.
- NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 217 A (III). Paris: UN. 1948.
- NASCIMENTO, T. M. C. **Comentários à Constituição Federal: ordem econômica e financeira** : arts. 170 a 192. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- NEVES, M. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, v. 37, n. 2, 1994. 253-76.
- NEVES, M. Soberania do Estado e Soberania do Povo no Estado Democrático de Direito. In: TORRES, H. T. **Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005. Cap. 17, p. 413-25.
- OECD. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis (RIA)**. Paris: [s.n.], 2008. Disponível em: <oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- OECD. **OECD Regulatory Policy Outlook 2021**. Paris: OECD Publishing, 2021.
- OLIVEIRA, G. A. A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira. **R. Adm. Publ.**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, jul/dez 1970. 47-74. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/4847/3585>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- OMB. *Circular A-4. The White House*, 17 Set 2003. Disponível em: <obamawhitehouse.archives.gov/omb/circulars_a004_a-4/>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- PEARCE, D. *Cost-Benefit Analysis and Environmental Policy*. **Oxford Review of Economic Policy**, Oxford, v. 14, n. 4, p. 84-100, 1998. Disponível em: <[jstor.org/stable/23606639](https://www.jstor.org/stable/23606639)>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- PEARCE, D.; ATKINSON, G.; MOURATO, S. **Cost-Benefit Analysis and the Environment**. Paris: OECD Publishing, 2006.
- PORTO, A. J. M.; GAROUPA, N.; GUERRA, S. Análise de Impacto Regulatório: Dimensões Econômicas de sua Aplicação. **Economic Analysis of Law Review**, 10, n. 2, Mai-Ago 2019. 173-90. Disponível em: <portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/10524/6720>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. **Parlamento**, 25 abr. 1974. Disponível em: <parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- POSNER, E. A.; ADLER, M. D. *Implementing Cost-Benefit Analysis when Preferences are Distorted*. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, n. 88, 1999a. Disponível em: <[jstor.org/stable/10.1086/468106](https://www.jstor.org/stable/10.1086/468106)>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- POSNER, E. A.; ADLER, M. D. *Rethinking Cost-Benefit Analysis*. **Yale Law Journal**, n. 109, 1999b. Disponível em: <scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2602>. Acesso em: 22 jul. 2022.

- POSNER, E. A.; SUNSTEIN, C. R. Moral Commitments in Cost-Benefit Analysis. **Virginia Law Review**, n. 103, 2017. 1809-60. Disponível em: <chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13508&context=journal_articles>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- RADAELLI, C. M.; DE FRANCESCO, F. *Regulatory Impact Assessment*. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010. Cap. 13, p. 279-301.
- RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- RIGGS, F. W. **A Ecologia da Administração Pública**. Rio de Janeiro: FGV, 1964.
- RODRIGUES, F. Bresser quer criar o cidadão-cliente. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 out 1995. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/10/15/brasil/14.html>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- ROSA, W.; SILVA, J. B. Direito ao Reconhecimento: as ações afirmativas e o ativismo judicial como instrumentos de concreção de direitos. **Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 31, n. 1, jan/abr 2022. 240-68. Disponível em: <revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2643/1893>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- SAGOFF, M. *Regulatory Review and Cost-Benefit Analysis*. **Philosophy & Public Policy Quarterly, Fairfax**, v. 29, n. 3/4, p. 21-6, 2009. Disponível em: <philpapers.org/rec/SAGRRA>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SALAMA, B. M. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, 5, n. 2, março 2008.
- SALGADO, L. H. O Judiciário e as políticas públicas no mercado de cigarros. **Justiça & Cidadania**, n. 151, Mar 2013. 58-63. Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/154399/judiciario_politicas_publicas_salgado.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.
- SHLEIFER, A. *Understanding Regulation*. **European Financial Management**, v.11, n. 4, 2005. 439-51. Disponível em: <scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/02_eufm00121.pdf >. Acesso em: 20 mar. 2023.
- SILVA, J. A. Estado Democrático de Direito. **R. Dir. Adm.**, n. 173, 1988. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SINDEN, A. *Cost-Benefit Analysis, Ben Franklin, and the Supreme Court*. **UC Irvine Law Review, Irvine**, v. 4, n. 4, dez. 2014. 1175-214. Disponível em: <law.uci.edu/lawreview/vol4/no4/Sinden.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- SINDEN, A. *Formality and Informality in Cost-Benefit Analysis*. **Utah Law Review**, Art. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <dc.law.utah.edu/ulr/vol2015/iss1/3>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SOUSA, R. M. Análise de Impacto Regulatório (AIR) e o papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da regulação setorial. **Revista do TCU**, Brasília, n. 123, p. 102-13, jan./abr. 2012. Disponível em: <revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/151>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SPIEGELBERG, H. *Human dignity: A challenge to contemporary philosophy*. **The Philosophy Forum**, v. 9, n. 1-2, 1971. 39-64. Disponível em: <tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02604027.1971.9971711?journalCode=gwof19>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SUNSTEIN, C. R. *Cost-Benefit Analysis and the Separation of Powers*. **Arizona Law Review**, v.23, 1981. 1267-81. Disponível em: <chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8342/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

- SUNSTEIN, C. R. *Incommensurability and Valuation in Law*. *Michigan Law Review*, n. 92, 1993. 779-861. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol92/iss4/2/>>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SUNSTEIN, C. R. *The Cost-Benefit State*. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, Chicago, n. 39, 1996. Disponível em: <chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/498/>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SUNSTEIN, C. R. *Lives, Life-Years, and Willingness to Pay*. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, Chicago, n. 193, 2003. Disponível em: <chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/311/>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- SUNSTEIN, C. R. *Justice Breyer's Democratic Pragmatism*. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 111, 2005a. 1-32. Disponível em: <ssrn.com/abstract_id=845064>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- SUNSTEIN, C. R. *Laws of fear*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005b.
- SUNSTEIN, C. R. *Humanizing Cost-Benefit Analysis*. *European Journal of Risk Regulation*, Washington, V. 2, n. 1, fev 2011. 3-7. Disponível em: <jstor.org/stable/24323237>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- SUNSTEIN, C. R. *Financial Regulation and Cost-Benefit Analysis*. *The Yale Law Journal Forum*, v. 124, jan. 2015. 263-79. Disponível em: <yalelawjournal.org/pdf/SunsteinPDF_4nf1d4ar.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- SUNSTEIN, C. R. *The Cost-Benefit Revolution*. Cambridge: MIT Press, 2018.
- SUNSTEIN, C. R. *Some Benefits and Costs of Cost-Benefit Analysis*. *Daedalus*, Forthcoming, abr 2021. Disponível em: <dx.doi.org/10.2139/ssrn.3825061>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- SUNSTEIN, C. R.; HAHN, R. W. *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*. *Law and Economics Working Paper*, n. 150, 2002. Disponível em: <chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/10/>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- TABAK, B. M. A Análise Econômica do Direito: Proposições legislativas e políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 52, n. 205, jan/mar 2015. 321-45. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- TASSINARI, C.; LIMA, D. P. A construção da democracia no Brasil: a difícil relação entre direito e política. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 25, n. 2, jul/dez 2016. 154-72. Disponível em: <revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/154-172>. Acesso em: 20 mar. 2023.
- TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- URSI, R. *La Giuridificazione del Canone dell'Efficienza della Pubblica Amministrazione*. In: MARCHETTI, B.; RENNA, M. *Giuridificazione*. Firenze: Firenze University Press, v. III, 2016. Cap. 17, p. 445-75.
- VIEIRA, C. A.; COSTA, F. L.; BARBOSA, L. O. O "jeitinho" brasileiro como um recurso de poder. *Caderno EBAP - FGV*, n. 17, 1981. Disponível em: <app.ebape.fgv.br/comum/arq/jeitinho.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.
- VIEIRA, O. V. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR - Rev Inter Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007. 29-51. Disponível em: <doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- VISCUSI, W. K. *What's to Know? Puzzles in the Literature on the Value of Statistical Life*. *Vanderbilt Law and Economics Research Paper*, 11, n. 36, 2011. Disponível em: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1908376>. Acesso em: 22 jul. 2022.

VISCUSI, W. K.; ALDY, J. E. *The Value of a Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World*. **The Journal of Risk and Uncertainty**, 1, 2003. 5-76. Disponível em: <camra.msu.edu/documents/ViscusiandAldy2003.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

WARGHADE, S. *Policy formulation tool use in emerging policy spheres: a developing country perspective*. In: JORDAN, A. J.; TURNPENNY, J. R. **The tools of policy formulation**. [S.l.]: Edward Elgar Publishing, 2015. Cap. 10.

WEBER, M. **The theory of social and economic organization**. New York: Oxford University Press, 1947.

WEINSTEIN, M. C.; TORRANCE, G.; MCGUIRE, A. *QALYs: the basics*. **Value Health, Supp 1**, n. 12, 12 Mar 2009. S5-9. Disponível em: <pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19250132/>. Acesso em: 22 jul. 2022.

WETERMAN, D. Toffoli defende que reformas diminuam quantidade de textos na lei. **UOL Economia**, 29 mar. 2019. Disponível em: <economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/03/29/toffoli-defende-que-reformas-diminuam-quantidade-de-textos-na-lei.htm>. Acesso em: 22 jul. 2022.

WOLFF, J. *Making the World Safe for Utilitarianism*. In: O'HEAR, A. **Political philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1-22.

WRAY, H. *Performance Accountability for Regulations*. In: WILLIAMS, R. A. **21st century regulation**. Fairfax: George Mason University, 2009. p. 20-33.

YACK, B. *Popular Sovereignty and Nationalism*. **Political Theory**, v. 29, n. 4, ago. 2001. 517-36. Disponível em: <jstor.org/stable/3072522>. Acesso em: 22 jul. 2022.

YEUNG, L. L.; AZEVEDO, P. F. Além dos "achismos" e das evidências anedóticas: medindo a eficiência dos tribunais brasileiros. **Economia Aplicada [online]**, v. 16, n. 4, p. 643-63, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-80502012000400005>. Acesso em: 22 jul. 2022.