XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITOS SOCIAIS , POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE I

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos Sociais, Políticas públicas e Seguridade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Frederico Thales de Araújo Martos; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-565-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas públicas. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITOS SOCIAIS , POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE I

Apresentação

GRUPO DE TRABALHO

DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE I

A presente publicação é fruto dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) Direitos Sociais, Políticas Públicas e Seguridade I no XI Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de Santiago, no Chile, nos dias 13, 14 e 15 de outubro de 2022.

O GT "Direitos Sociais, Políticas Públicas e Seguridade I" vem se consolidando ao apresentar temas jurídicos e sociais pensados a partir das Políticas Públicas necessárias principalmente para a efetivação de direitos fundamentais e consequente cumprimento da Constituição Federal.

Como resultado da proposta de trabalho deste GT, foram apresentados 17 (dezessete) artigos científicos com temas inerentes aos "DIREITOS SOCIAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURIDADE", podendo-se apresentar a seguinte síntese:

No artigo intitulado "O PAPEL DO DIREITO NA ERRADICAÇÃO DA POBREZA E DA FOME" as autoras Sabrina da Silva Graciano Canovas e Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini apresentam uma análise dos dados mundiais e locais sobre pobreza, bem como os mecanismos adotados para o combate à pobreza no direito contemporâneo, tanto na normativa internacional quanto na nacional. Em seu desenvolvimento, apresenta a relação entre a pobreza, o superendividamento e a economia globalizada.

Katuscio Mottin realizou um estudo sobre a participação popular na definição, planejamento e execução das Políticas Públicas. Nesse contexto, tomou por base o modelo de Orçamento Participativo adotado pelo município de Porto Alegre/RS no ano de 1989, considerado uma referência mundial de democracia participativa, e como tal um exemplo seguido por várias outras cidades do Brasil e do mundo. Ao final, seu trabalho foi intitulado "A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA A EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS", apresentando importantes considerações acerca do tema.

No artigo intitulado “A RELATIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO NOVO SISTEMA DE CÁLCULO DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS A PARTIR DO PROJETO REFORMADOR DA EC. 103 DE 13/11/2019” os autores Sergio Henrique Salvador, Gilmara Valeria Gonçalves e Régis Willyan da Silva Andrade apresentaram críticas relevantes ao sistema de cálculo das prestações previdenciárias do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) a partir da recente Emenda Constitucional n.103 de 13 de novembro de 2019 que trouxe ao ambiente nacional diversas novidades, dentre elas, alterações no valor dos benefícios alocando-os a um patamar econômico diminuído e distante das constitucionais premissas previdenciárias protetivas.

Considerando que as leis ambientais relacionadas com as políticas públicas são fundamentais para prevenir violações de direitos e devem ser sustentáveis a fim de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a saúde humana e a segurança das pessoas, Marcus Luiz Dias Coelho, Luiz Otávio Braga Paulon e Márcio Luís de Oliveira apresentaram o artigo intitulado “A SUSTENTABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE RESÍDUOS SÓLIDOS MINERÁRIOS NOS DESASTRES AMBIENTAIS DE MARIANA, BRUMADINHO E VAL DI STAVA”

Helimara Moreira Lamounier Heringer, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho e Eliana Franco Neme apresentaram o artigo de título “ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO, POLÍTICAS PÚBLICAS E EFICIÊNCIA”. Neste trabalho os autores se debruçaram sobre a Análise de Custo-Benefício (ACB) como ferramenta de efetivação do Princípio da Eficiência na Administração Pública brasileira, no quadro dos princípios, valores e objetivos do constitucionalismo democrático brasileiro.

No artigo de autoria de Wadih Brazao e Silva, Melina Medeiros Dos Reis Ferreira e Lívia Teixeira Moura Lobo foi demonstrando que a alimentação inadequada resulta em variados problemas de saúde, bem como o fato de que a alimentação foi, a partir de 2010, alçada à categoria de direito social disposto na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 64. Assim sendo, o artigo intitulado “ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DA AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS DESTINADOS À ALIMENTAÇÃO ESCOLAR MUNICIPAL BELENENSE APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 64 /10” abordou a problemática acerca da baixa qualidade da alimentação escolar em alguns estabelecimentos de ensino em Belém, analisando os instrumentos normativos de aquisição pública municipal dos alimentos destinados à alimentação escolar à luz dos critérios de

qualidade preconizados pelo Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e das disposições da legislação vigente, e propõe alternativas para a mitigação da problemática apontada.

No artigo intitulado “CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM ACOLHIMENTO FAMILIAR: UMA ANÁLISE DESSA POLÍTICA PÚBLICA À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE” os autores Silvio Hideki Yamaguchi, Anara Rebeca Ciscoto Yoshioka e José Sebastião de Oliveira abordam a necessidade de afastamento de crianças e adolescentes em situação de risco de suas famílias. Nesta pesquisa é feita uma reflexão acerca da utilização do acolhimento familiar como um instrumento de tutela dos direitos da personalidade dessas pessoas.

Alisson Thales Moura Martins apresentou o artigo denominado “DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS FRENTE À EFICÁCIA DOS DISPOSTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A INCONSCIÊNCIA DO DECRETO 11.150/2022 TABELANDO O MÍNIMO EXISTENCIAL”. Em sua pesquisa o autor destaca que o Brasil atravessou grande crise econômica, sanitária e social durante e pós-pandemia, devido ao COVID-19, causando impacto ao poder de compra dos brasileiros, situação que resultou o superindividamento.

No artigo “ENSINO DOMICILIAR E AS AMEAÇAS À PERDA DA ALTERIDADE: A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DA ESCOLA NO CONTEXTO PÓS-PANDÊMICO”, Ana Luísa Dessoy Weiler , Guilherme Marques Laurini e Micheli Pilau de Oliveira, avaliam o possível impacto da educação domiciliar no Brasil à construção da identidade, alteridade e diversidade das crianças, a partir da experiência de isolamento imposto pela pandemia de COVID-19 no país.

Caroline Pereira da Conceição e Mônica Pereira Pilon, no artigo intitulado “ENSINO HÍBRIDO E AS PERSPECTIVAS DE ENSINO, APRENDIZAGEM E GESTÃO EDUCACIONAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA ENFRENTAMENTO DO CONVID-19”, refletem sobre as mudanças educacionais após a pandemia e sugerem a criação de um novo paradigma educacional devido à todas as transformações ocorridas desde o final do ano de 2019.

No artigo “O ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA DESIGUALDADE SOCIAL, DA VULNERABILIDADE DE SEUS PROTAGONISTAS E DA CRISE DE SOLIDARIEDADE”, Jane Mara Spessatto, discute o acesso à justiça diante da desigualdade social e da vulnerabilidade dos seus protagonistas, a qual se acentua diante do agravamento

da hiperdesigualdade social e da predominância da individualidade pela escassez de solidariedade coletiva.

Em artigo intitulado “O DIREITO À SAÚDE NA PROTEÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DE CASOS DENTRO DA CORTE INTERAMERICANA”, Germano André Doederlein Schwartz e Lucas Lanner De Camillis exploram o significado do direito social à saúde no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a sua proteção tanto na legislação quanto na jurisprudência interamericana da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ivone Fernandes Morcilo Lixa e Fabiel dos Santos Espíndola no artigo “O ESTADO CONSTITUCIONAL E O USO DA FORÇA:OS LIMITES DO LEVIATÃ CONTEMPORÂNEO”, apresentar estudos a partir do pensamento de Thomas Hobbes, discutem o uso legítimo e constitucional da força e a necessidade de criação de instrumentos ou mecanismos artificiais que ao mesmo tempo que limitam a liberdade sejam capazes de preservar a convivência coletiva.

No artigo “O SISTEMA SPEENHAMLAND E A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO BOLSA FAMÍLIA, DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DO SEGURO-DESEMPREGO”, Carolina Silva Campos , Victor Dantas de Maio Martinez e João Pedro Silva de Toledo, realizam um estudo comparado entre o sistema Speenhamland, o primeiro modelo de assistência social criado após a Revolução Industrial no Reino Unido, e as políticas sociais no Brasil do século XXI.

Ellen de Abreu Nascimento e Maria Lucia de Paula Oliveira, no artigo “O TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DE PASSAGEIROS NO CENÁRIO DA PANDEMIA DE COVID-19: OS DESAFIOS DAS POLÍTICAS DE SUBSÍDIOS NAS CIDADES”, analisam políticas de subsídios adotadas como forma de satisfação do direito social ao transporte, no contexto em que os Municípios são dotados de competência constitucional para implementação de políticas urbanas e enfrentam, muitas vezes, dificuldades para concretizá-las, sobretudo financeiras.

No artigo “POR UMA EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO BASEADA NA COMUNIDADE: UMA ABORDAGEM COMUNITARISTA À QUESTÃO DA FOME”, Lucas Oliveira Vianna e Maria Cougo Oliveira, abordam a questão da fome e as políticas que buscam sua erradicação, com ênfase no contexto brasileiro da contemporaneidade, com fundamento teórico nas proposições do comunitarismo enquanto tradição de filosofia política.

Sandra Helena Favaretto e Jair Aparecido Cardoso, no artigo “PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE COMO RESPOSTA AO DESMONTE DO SISTEMA DE GARANTIAS E DIREITOS SOCIAIS: ANÁLISE A PARTIR DO TEXTO ‘THE LONG CONSERVATIVE CORPORATIST ROAD TO WELFARE REFORMS’”, buscam compreender a validade da reforma do Estado de bem-estar social na União Europeia, tendo por base o texto “The Long Conservative Corporatist Road to Welfare Reforms”, demonstrando como o colapso dos subprime, ocorrido em 2008 nos Estados Unidos da América, impactou as políticas públicas sociais mundiais, particularmente, dos países europeus.

Registra-se, ainda, que depois das exposições orais dos trabalhos pelos autores e autoras, abriu-se espaço para debates que reiteraram a qualidade dos trabalhos e a relevância das temáticas trazidas pelos pesquisadores e pesquisadoras do GT.

Deste modo, é com grande satisfação que os coordenadores do Grupo de Trabalho, apresentam à comunidade jurídica e à sociedade a presente publicação.

Boa leitura!

Prof. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas e Centro Universitário Eurípides de Marília)

Prof. Dr. Frederico Thales de Araújo Martos (Faculdade de Direito de Franca e Universidade do Estado de Minas Gerais)

ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO, POLÍTICAS PÚBLICAS E EFICIÊNCIA

COST-BENEFIT ANALYSIS; PUBLIC POLICIES AND EFFICIENCY

Helimara Moreira Lamounier Heringer
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
Eliana Franco Neme

Resumo

O artigo versa sobre adoção da Análise de Custo-Benefício (ACB) como ferramenta de efetivação do Princípio da Eficiência na Administração Pública brasileira, no quadro dos princípios, valores e objetivos do constitucionalismo democrático brasileiro. Apresenta a ACB e verifica as principais críticas a ela. Verifica a sua relação com os fundamentos e objetivos da Constituição Federal e em relação aos demais princípios constitucionais da Administração, como instrumentos mitigadores de influências indesejadas na tomada de decisão de regulamentação. Conclui pelo reconhecimento de que, passadas duas décadas desde a inclusão do Princípio da Eficiência no texto constitucional brasileiro, este princípio está longe de ser efetivado, embora encontre amparo no ordenamento jurídico nacional, e que a sua efetivação fortalece o cumprimento dos demais princípios da Administração Pública e o fomento de políticas públicas que promovam o bem-estar social num contexto de recursos públicos escassos. Método hipotético-dedutivo, fundamentando a pesquisa em bibliografia científica e de legislação pertinente.

Palavras-chave: Princípio da eficiência, Políticas públicas, Administração pública, Análise de custo-benefício, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals with the adoption of the Cost-Benefit Analysis (CBA) as a tool to implement the Principle of Efficiency in the Brazilian Public Administration. It presents the CBA and checks the main criticisms of it. It verifies its relationship with the foundations and objectives of the Federal Constitution and in relation to other constitutional principles of the Administration, as instruments to mitigate unwanted influences in regulatory decision-making. It concludes by recognizing that, after two decades since the inclusion of the Principle of Efficiency in the constitutional text, it is far from being implemented, although it finds support in the national legal system, and that its implementation strengthens compliance with the other principles of Public Administration and the promotion of public policies that promote social well-being in a context of scarce public resources. Hypothetical-deductive method, basing the research on scientific bibliography and relevant legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of efficiency, Public policy, Public administration, Cba, Constitution

1 INTRODUÇÃO

O Princípio da Eficiência é um dos mais debatidos em tema de Administração Pública, desde a Reforma Administrativa ocorrida a partir da sua inclusão no art. 37 da Constituição Federal (CF), pela Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998. O entendimento de eficiência, no sentido de racionalização de gastos e efetivação de lucros, trouxe a preocupação de que a garantia dos direitos constitucionais, individuais e coletivos, estivesse ameaçada ou condicionada pela aplicação de princípios e valores oriundas da economia, enquanto ciência e racionalidade muitas vezes incapaz de instruir decisões justas e constitucionalmente adequadas desde o ponto de vista do constitucionalismo democrático brasileiro que tem, por fundamentos axiológico-normativos, os direitos fundamentais.

Passadas duas décadas desde a introdução da eficiência no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública, o Princípio da Eficiência continua sob o pálio da desconfiança até mesmo quanto a sua conceituação e implicações. Não há consenso, p.e., se o mesmo se aplica apenas aos atos do Poder Executivo ou se abrange os demais poderes. E se, em caso de abranger os poderes Legislativo e Judiciário, se isso envolveria as suas funções fins ou apenas seus atos administrativos.

Segue como tarefa a construção da sustentabilidade de políticas públicos por quais se asseguram direitos sociais, ponto de equilíbrio entre as exigências civilizatórias legítimas a que a Constituição dá expressão, e o imperativo de racionalização da atuação estatal (seja por sua atuação direta, seja pela interferência na autonomia privada) em seus esforços em favor da realização dos direitos.

Neste quadro, chama-se atenção para a Análise de Custo-benefício (ACB), uma das ferramentas mais utilizadas na Análise do Impacto Regulatório (AIR) e implementação de políticas públicas nos países ligados à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Amplamente utilizada nos Estados Unidos, ainda é subutilizada no Brasil e até mesmo pouco compreendida no setor público.

O presente trabalho busca analisar o Princípio da Eficiência à luz da aplicação da ACB como instrumento a emprestar eficiência à Administração Pública, por capaz de mitigar influências indesejadas na tomada de decisão de regulamentação capaz de promover o bem-estar dos cidadãos.

Essa análise se divide em quatro partes: as duas primeiras são uma breve exposição da ACB e algumas críticas relativas a ela. As duas últimas são uma análise da ACB à luz do

Princípio da Eficiência em relação aos fundamentos e princípios constitucionais da Administração Pública. Tais análises se darão através de pesquisa doutrinária e da legislação pertinente. As citações de obras em outros idiomas encontram-se traduzidos de forma livre pelos autores. O método empregado é o dialético – sob inspiração aristotélica – mobilizando diferentes perspectivas relevantes (expressas em fontes de pesquisa diversas, especialmente bibliográficas, e análise de textos normativos) acerca do problema proposto, com posicionamento dos autores a partir de sua consideração crítica.

2 ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO, POLÍTICAS PÚBLICAS E EFICIÊNCIA

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 incapazes de aferir questões relativas aos resultados esperados de uma norma ou regulamento.

Para a tomada de decisões executivas ou de regulação de setores da economia e sociedade, os elementos que determinam a tomada de decisão nem sempre são bem definidos, o que torna a tarefa dos administradores muito mais difícil, sejam eles políticos eleitos ou burocratas da Administração Pública. Construir uma ponte ou comprar uma carga de medicamentos? Estabelecer um limite de velocidade numa determinada via ou duplicá-la? São decisões para as quais “os prós” e “os contras” não são de fácil verificação.

A escolha de uma determinada política pública em detrimento de outras vai além da simples avaliação do cumprimento dos princípios administrativos, tais como economicidade e eficiência. A Administração Pública pode ser eficiente em executar uma decisão que talvez não seja aquela que melhor contemple os anseios dos cidadãos. Os benefícios obtidos podem não ser os benefícios desejados. Como observam Layard e Glaister (1994), para algumas pessoas, “um atributo particular da vida, como o silêncio do campo, é de absoluta importância. Para eles, a análise de custo-benefício é fácil: o valor de todos os outros benefícios e custos é insignificante”. A diversidade de parâmetros não tangíveis e de difícil mensuração tornam 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.

A eficiência de uma política pública 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. Nesse ponto, os conceitos trazidos por Cooter e Ulen (2011) acerca da noção de economia do bem-estar na teoria da Microeconomia se mostram necessários[1]. Por hora vale afirmar que, entre outras questões, a Microeconomia lida com o comportamento humano na tomada de decisões diante de fins e meios escassos.

É nesse contexto que se insere a Análise de Custo-Benefício (ACB), uma técnica econômica 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.

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 (SUNSTEIN, 2018).

Driesen (2006), um crítico da ACB, define-a a partir de 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".

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 de custo-benefício (KORNHAUSER, 2000).

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). 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), Sunstein afirma que, desde

[1] O pano de fundo teórico é o do utilitarismo, a qual avalia o bem-estar a partir da utilidade extraída de cada política pública ou norma em gerar bem-estar. Sunstein (2018) amplia essa noção, 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 de 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 de 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 de custo-benefício e o melhor pensamento sobre direitos humanos".

1981 (2021), 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. Essa transição, visava salvaguardar a concorrência predatória, o que levou a busca de uma estrutura regulatória apropriada à um 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 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, muitas vezes criados para atender a pressões políticas e/ou econômicas de determinados setores, não são analisados quanto aos benefícios e prejuízos que o mesmo pode trazer à sociedade como um todo.

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 de 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 de custo-benefício, ou torná-la uma justificativa *ex post* ou uma reflexão tardia, em vez de um condutor de decisões. No entanto, 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! (SUNSTEIN, 2021)

No contexto europeu, a maioria dos países utilizam a chamada Análise 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 é cada vez mais requerida dos gestores.

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 ainda 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).

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. 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 (RADAELLI e DE FRANCESCO, 2010).

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, diminuindo o espectro discricionário da Administração Pública. Além da Análise de Custo-benefício, as ferramentas mais utilizadas para avaliar os impactos de uma ação regulatória são a Análise Custo-efetividade, a Análise Multicritério e análises parciais.

Porém, 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). É parte de esforço para superar decisões baseadas em interesses pessoais e suposições não-científicas, por abordagem compreensível das consequências das iniciativas regulatórias e legislativas (SUNSTEIN, 1996).

> A análise de 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 de 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 (SUNSTEIN, 2018).

Jacobs (1997) 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. MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2015).

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). 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 pretenso regulamento.

Para Sunstein (2018), 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 a regulação, para adotar tomadas de decisão 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 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 (SAGOFF, 2009).

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 norma, anseio político e interesse da sociedade, mitigando a influência que interesses diversos incapazes de subsistir ao debate público.

3 A ABORDAGEM DE ALGUMAS CRÍTICAS PERTINENTES 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. Na medida em que 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 (SUNSTEIN, 2021).

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

Uma primeira crítica relevante, atribuída não só à ACB, 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).

O aparato jurídico e instrumental necessário à execução das análises torna a AIR e a ACB uma máquina pesada num Estado brasileiro já sobrecarregado pela burocracia. A disputa política natural pela demanda dos serviços e recompensas entre os diversos grupos de interesse na sociedade é dificultada pela complexidade da burocracia. Isso torna o ambiente mais propício a ações corruptas, na busca por celeridade ou favorecimento quanto a 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.

O segundo aspecto decorre do entendimento de que a ACB se torna mais uma barreira a ser superada na implantação de uma política que já teve que passar pelo difícil escrutínio do debate e convencimento político e burocrático, e que passa a enfrentar um novo campo de batalha.

Há forte hostilidade em alguns setores governamentais para aspectos da ACB, qualquer que seja a orientação oficial. A maioria dos argumentos tradicionais contra a monetização são de caráter emotivo e irracional, p.e., a partir da crença (para alguns, anedótica) de que os ativos ambientais são de alguma forma 'diferentes' e não devem estar sujeitos a negociação, mesmo que haja alguma coerência nesse ponto de vista (PEARCE, 1998).

O que nos leva à terceira crítica à aplicação da ACB, no caso específico do Brasil. A dificuldade de assimilação dos procedimentos de análise em virtude de crenças anedóticas. Não raro, 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 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).

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.

> A revolução concentrou os funcionários públicos nas consequências humanas de suas ações. 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, desafiava os desejos da esquerda e da direita (SUNSTEIN, 2018).

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

A quarta e uma das principais críticas à ACB é o fato de que, na prática, ela é 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).

Driesen (2006) defende que a posição do OMB[2] 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

[2] *Office of Management and Budget* (OMB), Gabinete de Gestão e Orçamento dos Estados Unidos da América.

pela qual sua adoção não pode e nem deve ser indiscriminada ou considerada como uma solução final para o processo decisório na elaboração de políticas públicas.

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, via de regra, tende a "relaxar" os regulamentos e decisões governamentais.

Por fim, e não menos relevante, a quinta crítica retoma o entendimento de que com a aplicação da ACB o poder discricionário sai das mãos do executivo/político eleito para as mãos de técnicos sem qualquer vínculo com o projeto político aprovado pelas urnas, surge o componente político que a própria ACB pode infringir na própria 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 (FUGUITT e WILCOX, 1999).

Fuguitt e Wilcox destacam o fato de 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 assuma o papel de um terceiro objetivo que não tem interesse, de uma forma ou de outra, no resultado analítico. A sua responsabilidade é conduzir a análise com objetividade profissional e minimizar influências subjetivas inadequadas. 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 discrição do analista ou do decisor for possível, escolha uma abordagem que minimize a influência subjetiva de cada um e demonstre a sensibilidade da análise à escolhas alternativa (subjetivas) (FUGUITT e WILCOX, 1999).

Assim, não se pode olvidar do aspecto político que qualquer decisão possui, ainda que numa análise eminentemente técnica. Como ponderam Mishan e Quah (2007), 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.

Tais críticas à ACB são relevantes e não podem ser desprezadas no debate público quanto a 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, especialmente, no que concerne à sua relação com a Constituição Federal, como será demonstrado a seguir.

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). Neste tópico, o propósito do presente trabalho é avaliar a adequação ou não da ACB aos princípios fundamentais da Constituição Federal do Brasil.

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

Nesse contexto, o conceito de cidadania se mostra intimamente ligado ao desenvolvimento da concepção de Estado Democrático de Direito, considerando que a construção e concretização da mesma se dá concomitantemente ao ordenamento teórico e jurídico que culmina no Estado Democrático de Direito, à medida que os direitos fundamentais vão gradativamente tornando parte do escopo jurídico-político-social do Estado instituído.

A Constituição se apresenta como o resultado e o balizador dos próximos movimentos da sociedade cidadã na consolidação do Estado Democrático. Na concepção de Habermas, a mediação entre Estado e mercado 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).

Os processos de comunicação intersubjetiva formada por associações livres não estatais e não econômicas, promovem e integram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. “A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e transmitem, a seguir, para a esfera pública política” (HABERMAS, 1997).

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.

A ACB se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito na medida 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 fortalecimento da cidadania.

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 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.

Os fundamentos constitucionais de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, 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 uma determinada 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 científica.

Duas questões são objeto de debate acerca do tema: se a Constituição Federal, com a Reforma Administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o art. 37, dando nova redação ao seu *caput*, incluindo o Princípio da Eficiência, 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 precípuas e não apenas administrativas?

Quanto a primeira questão, vale dizer que, mesmo com a inclusão do termo “eficiência” no elenco dos princípios da Administração Pública, no texto constitucional, há aqueles que

defendam que isso em nada acrescentou ao rol desses princípios[3], 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). Funcionando quase como que um alerta àqueles maus funcionários que tratam a coisa pública como algo de ninguém.

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.

Novamente, os conceitos de Microeconomia se aplicam. A noção de que os recursos públicos são escassos levam à necessidade de se fazer escolhas. As escolhas levam ao *trade-off*, que são "sacrifícios" compreendidos na noção de que para se alcançar determinado benefício tem-se que abrir mão de 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).

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. Outra forma de acepção 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

[3] 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" (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

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 a 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 (COOTER e ULEN, 2011).

> 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 de custo-benefício. Na análise de custo-benefício, um projeto é realizado quando seus benefícios excedem seus custos, o que implica que os ganhadores podem compensar os perdedores. A análise de custo-benefício tenta levar em conta 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 (COOTER e ULEN, 2011).

Ainda não há consenso acerca de qual dessas noções de eficiência (ou nenhuma delas) foi contemplada pelo legislador constituinte. A adoção pela Administração Pública do conceito de eficiência no sentido Kaldor-Hicks e, consequentemente, a adoção da ACB na definição de políticas públicas e normatização, ainda que passível de críticas, traz consigo a 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.

Quanto a segunda questão, a aplicação da ACB no âmbito dos três Poderes e suas diversas esferas, também não há consenso, 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 CF, sem, contudo, atingir a sua função precípua (MARTINEZ, 2009).

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 (por meio da 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.

5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, ACB E OS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já visto, o fundamento constitucional para a aplicação da ACB se encontra no art. 37, o qual apresenta entre outros, o "Princípio da Eficiência" como uma das bases da Administração Pública. Este princípio, mesmo que não haja consenso quanto ao seu significado na intenção do constituinte, tanto conceitualmente quanto empiricamente, como já salientado, está relacionado à aplicação da ACB como metodologia para alcança-lo.

Sem desprezar o debate conceitual acerca da diferença entre normas e princípios, porém, adotando o sentido de que princípios são normas imediatamente finalísticas, que estabelecem um fim a ser atingido (ÁVILA, 2018), que nos remetem aos fundamentos constitucionais, em especial, o art. 3º, IV, da CF/1988: "promover o bem de todos".

Portanto, se considerarmos a eficiência como sendo o princípio que exige a melhor aplicação dos recursos escassos, 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, poderemos assegurar 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.

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 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).

Paralelamente, no que diz respeito à Administração Pública, a eficiência envolve uma medida abrangente, composta pela melhor alocação dos escassos recursos públicos, de forma a

proporcionar o bem-estar dos beneficiários das políticas públicas e dos financiadores (o critério Kaldor-Hicks). Logo, o sistema jurídico que vise a eficiência da Administração Pública 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, é 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"[4], a legalidade toma proporções significativas. Segundo Aragão (2004), 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, CF) 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).

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 evolução na qual a conquista do estado liberal remonta à necessidade da administração ser sujeito 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 (MONCERI, 2021).

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, a legalidade obsta da validade jurídica qualquer ato oposto aos fundamentos e direitos constitucionais, e aos demais princípios democráticos da impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e segurança jurídica.

---

[4] No lugar de acrescentar o termo "eficiência", no art. 37, da CF, a PEC 173/1995 que deu origem à EC nº 19/1998 apresentava a expressão "qualidade do serviço prestado", que ao final foi substituído.

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) 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 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 implementa-las.

Isso, sem abordar a questão dos recursos escassos em face da garantia de direitos. Monceri (2021) chega a usar 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 de 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.

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 um

princípio constitucional. Na relação com os princípios constitucionais, a questão da ACB e do Princípio da Eficiência, portanto, não diz respeito à juridicidade ou colisão com outros princípios, mas, na efetividade da adoção do Princípio da Eficiência e da ACB, como seu instrumento, 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.

6 CONCLUSÃO

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.

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 eficiente, no sentido acima.

A ACB tem sido tratada com desconfiança em termos de garantia desses propósitos constitucionais. Pois, a *priori* a ideia de uma ferramenta que analise os atos públicos em termos custo-benefício pode trazer a ideia 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, na verdade, trabalha para equalização e benefício da sociedade como um todo. 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.

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

as 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 CF. 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, consequentemente, a própria Administração.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A. S. D. O Princípio da Eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 237, 2004. Disponivel em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>. Acesso em: 22 jul. 2022.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. ***The Brazilian Guide on Good Regulatory Practices***. Comitê Brasileiro de Regulamentação - CBR. Brasília. 2015.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 14ª reimpr. 7ª. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COOTER, R.; ULEN, T. ***Law and Economics***. 6th. ed. Boston: Addison-Wesley, 2011.

CORTINA, A. *Filosofia del diálogo en los umbrales del tercer milenio. In*: MUGUERZA, J.; CEREZO, P. ***La filosofia hoy***. Barcelona: Crítica, 2000.

DRIESEN, D. M. *Is Cost-Benefit Analysis Neutral?* ***College of Law Faculty - Scholarship***, Syracuse, 2006. Disponivel em: <surface.syr.edu/lawpub/17>. Acesso em: 22 jul. 2022.

FUGUITT, D.; WILCOX, S. J. ***Cost-Benefeti Analysis for Public Sector:*** *Decision Makers*. Westport, Connecticut: Quorum Books, 1999.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.

HOUTZAGER, P. P.; LAVALLE, A. G.; ACHARYA, A. Atores da Sociedade Civil e Atores Políticos. In: AVRITZER, L. **A Participação em São Paulo**. [S.l.]: Fundação Editora Unesp, 2004. Disponivel em: <l1nq.com/wcNvn>. Acesso em: 22 jul. 2022.

JACOBS, S. H. *Overview of Regulatory Impact Analyses in OECD Countries. In*: JACOBS, S. H. ***Regulatory Impact Analysis:*** *best pratices in OECD countries*. Paris: OECD, 1997. p. 13-30. Disponivel em: <oecd.org/regreform/regulatory-policy/35258828.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

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.

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.

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. Disponivel em: <doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7527>. Acesso em: 22 jul. 2022.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª rev. e ampl. ed. Belo Horizonte: Fórum Ltda., 2018.

MISHAN, E. J.; QUAH, E. ***Cost Benefit Analysis***. 5th. ed. London: Routledge, 2007.

MONCERI, F. *Ancora sull'amministrazione di risultato*. **RBEP**, Belo Horizonte, v. 123, 2021. Disponivel em: <pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/934>. Acesso em: 22 jul. 2022.

PEARCE, D. *Cost-Benefit Analysis and Environmental Policy*. ***Oxford Review of Economic Policy***, Oxford, v. 14, n. 4, p. 84-100, 1998. Disponivel em: <jstor.org/stable/23606639>. Acesso em: 22 jul. 2022.

RADAELLI, C. M.; DE FRANCESCO, F. *Regulatory Impact Assessment. In*: CAVE, M.; BALDWIN, R.; LODGE, M. ***The Oxford Handbook of Regulation***. Oxford: Oxford University Press, 2010. Cap. 15. Disponivel em: <https://strathprints.strath.ac.uk/41173/1/Radaelli_De_Francesco_OUP_2015_Regulatory_impact_assessment.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

SAGOFF, M. *Regulatory Review and Cost-Benefit Analysis*. ***Philosophy & Public Policy Quarterly***, Fairfax, v. 29, n. 3/4, p. 21-6, 2009. Disponivel em: <philpapers.org/rec/SAGRRA>. 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. Disponivel em: <revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/151>. Acesso em: 22 jul. 2022.

SUNSTEIN, C. R. *The Cost-Benefit State*. ***Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper***, Chicago, n. 39, 1996. Disponivel em: <chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1497&context=law_and_economics>. Acesso em: 22 jul. 2022.

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. Disponivel em: <dx.doi.org/10.2139/ssrn.3825061>. 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. Disponivel em: <https://doi.org/10.1590/S1413-80502012000400005>. Acesso em: 22 jul. 2022.