

Rodrigo Luís Kanayama

Direito, política e consenso: a escolha eficiente de políticas públicas

Tese apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Doutorado em Direito do Estado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, sob orientação da Professora Doutora Angela Cassia Costaldello e coorientação do Professor Doutor Egon Bockmann Moreira.

Curitiba

2012

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
PARTE 1. O ESTADO E A EFICIÊNCIA	4
1.1. DILEMAS DO ESTADO	4
1.1.1. O PAPEL DO ESTADO E O COMPROMISSO COM A EFICIÊNCIA	6
1.1.1.1. A reforma administrativa de 1967	7
1.1.1.2. A Constituição de 1988 e a Reforma Administrativa de 1998 (Emenda Constitucional 19 de 1998)	10
1.1.1.3. O papel do Estado brasileiro contemporâneo e a eficiência	13
1.1.1.4. Uma nova concepção da eficiência	17
1.2 ESCOLHAS, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESPESAS PÚBLICAS	18
1.3. A DEMOCRACIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS	20
1.4. OBSTÁCULOS À ESCOLHA EFICIENTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	24
1.4.1. INSUFICIÊNCIA DO PLANEJAMENTO	24
1.4.2. DEFEITOS NA DELIBERAÇÃO	28
1.4.3. A RELAÇÃO ENTRE O GOVERNO E O PARLAMENTO	36
1.4.4. O MODELO ORÇAMENTÁRIO ADOTADO NO BRASIL	39
1.4.5. A ESCASSEZ DE RECURSOS	46
1.4.6. UM [NOVO] CONCEITO DE EFICIÊNCIA: A <i>EFICIÊNCIA DA ESCOLHA</i>	49
PARTE 2. ESCOLHAS	50
2.1. A ESCOLHA RACIONAL	53
2.2. A TEORIA DA <i>PUBLIC CHOICE</i>	56
2.2.1. A TEORIA POSITIVA DA <i>PUBLIC CHOICE</i>	61
2.2.1.1. As decisões unânimes	61
2.2.1.2. As decisões majoritárias	63
2.2.1.3. A troca de votos (<i>Logrolling</i>)	65
2.2.2. A TEORIA NORMATIVA DA <i>PUBLIC CHOICE</i>	69
2.2.2.1. A escolha e a Constituição	70
2.3. CUSTOS	76
2.2.3. O CUSTO DA ESCOLHA	76
2.2.3.1. Custo de oportunidade	87

2.4. CONCLUSÃO PARCIAL: AS ESCOLHAS NO DIREITO BRASILEIRO	89
PARTE 3. CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA	92
3.1. A EFICIÊNCIA E O DIREITO	93
3.1.1. A BOA ADMINISTRAÇÃO	96
3.1.2. ECONOMICIDADE, CUSTO-BENEFÍCIO E O DIREITO	99
3.1.3. A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO DE DIREITO	102
3.2. NOÇÕES DE EFICIÊNCIA SOB O ASPECTO ECONÔMICO	104
3.2.1. O CRITÉRIO DE PARETO	109
3.2.2. CRITÉRIO DA COMPENSAÇÃO (DE <i>KALDOR-HICKS</i>)	114
3.2.3. MAXIMIZAÇÃO DE RIQUEZA	117
3.2.4. ANÁLISE DO <i>CUSTO-BENEFÍCIO</i>	122
3.3. CONCLUSÃO PARCIAL: OS CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA E AS ESCOLHAS	130
3.4. [PONTO EXTRA] BEM-ESTAR SOCIAL E SUA IMPOSSIBILIDADE: O TEOREMA DA IMPOSSIBILIDADE DE ARROW E DE SEN.	134
PARTE 4. A ESCOLHA EFICIENTE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	141
4.1. AS ESCOLHAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	146
4.1.1. ESCOLHAS AMPLAS E ESCOLHAS ESPECÍFICAS	146
4.1.2. ESCOLHAS FÁCEIS, DIFÍCEIS E TRÁGICAS	150
4.1.3. OS LIMITES DA ESCOLHA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	153
4.1.3.1. Limites formais	154
4.1.3.2. Limites materiais	156
4.2. AS ESCOLHAS SOB O ARGUMENTO <i>INTERESSE PÚBLICO</i>	159
4.3. EFICIÊNCIA DA ESCOLHA COMO ARGUMENTO POLÍTICO E TÉCNICO	164
4.3.1. ESCOLHAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS	167
4.3.2. A REGRA DA MAIORIA E DECISÕES TÉCNICAS	175
4.4. A EFICIÊNCIA DA ESCOLHA SOB O ORDENAMENTO BRASILEIRO	177
4.5. O CONCEITO DE EFICIÊNCIA E A ESCOLHA DAS POLÍTICAS	183
CONCLUSÃO	190
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	202

Resumo

A prestação de políticas públicas, cuja finalidade é satisfazer necessidades públicas, é dever do Estado. Para concretizá-las, receitas públicas são requeridas. Devido à escassez de recursos, não pode o Estado satisfazer absolutamente todas as necessidades. E, por isso, o Estado deve realizar escolhas. Deve eleger prioridades. Para tanto, segue procedimento político adequado. Promove, então, escolhas políticas, feitas individual e coletivamente, por indivíduos participantes desse procedimento. Reconhecida a inexistência indivíduos altruístas e a impossibilidade de alcance da unanimidade, mister a negociação das pretensões individuais a fim de obter o consenso. Ao contrário do que costumeiramente se estuda no Direito - fim eficiente como o objetivo das ações de governo - estudou-se, aqui, a eficiência da escolha, ou seja, intentou-se determinar quais os critérios que devem ser atendidos no procedimento para decisões individuais e decisões coletivas, técnicas e políticas, visando à eficiência, desejando o consenso. Nesses moldes, espera-se que os fins do Estado estampados na Constituição da República possam ser alcançados, efetivando direitos e promovendo o bem-estar.

Abstract

The provision of public policies, whose purpose is to satisfy public needs, is a duty of the State. To realize them, revenues are required. Because of resources scarcity, it is not possible the absolute satisfaction by the State of all needs. And, then, the State needs making choices. It needs to define priorities. For this goal, it follows a political process. Promotes, so, public choices, individual or colective, by individuals participating in this process. Recognized the inexistence of altruistic individuals and the impossibility of the unanimity, it is important the negotiation among them for obtain consensus. Instead of law studies that object is efficient goal of government actions, what has been studied in this search was the efficient choice, in other words, the intention has been the study of criteria of choice process, individual or colective, technical or political, desiring the consensus. In this case, it is expected that the goals exposed in the Constitution can be achieved, materializing the rights and welfare.

Résumé

C'est à l'Etat la charge de mettre en œuvre des politiques publiques dont l'objectif est d'assurer les nécessités publiques. Pour en exécuter, l'Etat a besoin des recettes publiques. Cependant, étant donné le défaut de ressources, l'Etat ne peut pas satisfaire pleinement toutes les nécessités. Par conséquent, l'Etat doit faire des choix. Il doit élire des priorités. Et pour en réaliser, il doit suivre la procédure la plus conforme. L'Etat accomplit des choix politiques par l'intermédiaire des sujets qui appartiennent à ce procès, soit à travers des actions individuelles, soit par des actions collectives. Une fois qu'on constate qu'il n'existe pas d'individus altruistes et devant l'impossibilité d'atteindre l'unanimité, il est requis la négociation des demandes individuelles de façon à obtenir un consensus. Contrairement le flux des études ordinaires de droit, qui posent l'efficacité d'un résultat en tant que finalité principale des actions gouvernementales, dans cette recherche le développement a été autour de l'efficacité des choix. C'est-à-dire, l'investissement théorique s'est orienté vers la détermination des critères qui doivent être observés lors des procédures pour que les décisions, soient individuelles, soient collectives ; soient techniques, soient politiques; prennent toujours en compte l'achèvement de l'efficacité et du consensus. Dans ce cadre, on espère pouvoir parvenir aux finalités de l'Etat présents à la Constitution de la République brésilienne, pour la mise en œuvre des droits et pour la promotion du bien-être de la population.

Zusammenfassung

Das Erbringen von öffentlichen Dienstleistungen, deren Zweck darin besteht, die öffentlichen Bedürfnisse nachzukommen, ist eine Staatspflicht. Um sie zu erfüllen, sind öffentliche Einkommen vorgesezt. Aufgrund der Knappheit von Ressourcen, gelingt es nicht dem Staat, unbedingt alle Bedürfnisse zu erfüllen. Deswegen muss der Staat Wähler treffen. Er muss sich also entscheiden, was den Vorrang zu geben ist. Dazu befolgt er ein geeignetes politisches Verfahren. Somit führt er politische Entscheidungen aus, die individuell und kollektiv von an dem Verfahren teilnehmenden Einzelnen getroffen werden. Weil die Abwesenheit von selbstloseren Menschen und die Unmöglichkeit von umfassender Übereinstimmung allerdings anerkannt sind, ist es erforderlich, die einzelnen Ansprüche zu verhandeln, damit den Konsens erreicht werden kann. Im Gegenteil dazu was normalerweise von der Rechtswissenschaft geforscht wird – das effizienteste Ziel als der Zweck des Regierungshandelns – hat sich die vorliegende Arbeit mit der Wirkungsgrad solcher Entscheidungen beschäftigt, d.h. sie versucht die Voraussetzungen festzustellen, welche im Entscheidungsverfahren geschafft werden müssen, damit individuelle und kollektive, technische und politische, auf Effizienz und Konsens abgezielte Entscheidungen getroffen werden können. Dadurch wird erwartet, dass die auf die Verfassung der Brasilianischen Republik hingewiesene Staatsziele erreicht werden können, um Rechte zu verwirklichen und das Gemeinwohl zu fördern.

Introdução

Direito, política e consenso. Inseparáveis, permeiam as escolhas públicas de todos os dias, as escolhas realizadas pelos agentes públicos. O Direito surge como o limitador, o conformador dos comportamentos dos indivíduos; a política, como o terreno fértil para discussões e embates de ideias; o consenso é o ocaso do processo de escolha, é seu objetivo. Sobre esses três fundamentos vem o objeto principal do trabalho: a *escolha eficiente* de políticas públicas.

Trata-se das escolhas que os agentes políticos (o governo - Poder Executivo - e membros do parlamento - Poder Legislativo)¹, normalmente egoístas, realizam para alocar recursos em políticas públicas. São, de fato, *escolhas* orçamentárias.

Grande parte das políticas públicas depende de recursos - pecúnia - fixados na lei orçamentária. E, constatada esta característica, desde já é importante fazer um recorte: há políticas públicas que dependem diretamente de recursos orçamentários e há políticas públicas que não dependem, ao menos diretamente. Estas não serão objeto do trabalho (não se aplicam nelas as categorias aqui expostas).² Somente serão cuidadas as políticas públicas dependentes de recursos orçamentários, ou seja, necessitam de dinheiro.

¹ Adotou-se neste trabalho o termo *governo* como sinônimo de Poder Executivo, enquanto que *parlamento* se refere ao Poder Legislativo. Ressalta-se que, embora o *governo* seja composto por aparato administrativo e burocrático, com a coordenação de ações de diversos agentes públicos que sustentam e fundamentam as decisões e escolhas públicas, o sujeito responsável pela *última palavra* é o governante, o chefe do Poder Executivo. Então, a despeito de o governo possuir composição múltipla, com diversos sujeitos, age como se fosse apenas um (apenas uma decisão será expressada). Segue-se o conceito de governo exposto por J. J. Canotilho: "A palavra governo é plurissignificativa: (1) é o complexo organizatório do Estado (conjunto de órgãos) ao qual é reconhecida competência de direção política (ex.: forma de governo); (2) conjunto de todos os órgãos que desempenham tarefas e funções não enquadráveis no 'poder legislativo' e no 'poder jurisdicional' (ex.: 'poder executivo'); (3) órgão constitucional de soberania com competência para a condução da política geral do país e superintendente na administração pública." (CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 634). O Chefe de Governo (neste trabalho, governante) é o chefe do Poder Executivo.

² São políticas públicas que não dependem, *a priori*, de recursos públicos, por exemplo, políticas de reconhecimento e *nudging*. Sobre as políticas de reconhecimento, conferir: FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética?*. Sobre *nudging*: THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*.

De qualquer feita, busca-se a prestação eficiente de políticas públicas. Enfim, qualquer ação governamental deve respeitar ao *princípio da eficiência* estampado na Constituição da República, que não é, somente, a *eficiência como fim*³ – como tradicionalmente se estuda a eficiência (finalidade de obter resultados). Tratar-se-á da *eficiência da escolha*, diante da impossibilidade de se determinar, *a priori*, se uma política pública será eficiente ao final. Escolhas bem promovidas são mais aptas a produzir resultados eficientes, pois significa melhor destinação de recursos.

A *escolha*, que tem conotação primordialmente política, deve ser bem realizada. Não basta apenas o cuidado do governo na *execução* da política pública. Mister que se façam *escolhas* prudentes, ponderadas, bem fundadas, motivadas. É preciso saber como equilibrar interesses das partes participantes do processo político, como alocar satisfatoriamente os recursos escassos. Ao mesmo tempo, reconhecendo os limites impostos pelo Direito e a liberdade oferecida pela política, é imprescindível, ao coletivizar decisões que envolvam políticas públicas, buscar o consenso.

A escolha baseada em critérios de eficiência econômica e, simultaneamente, consensual representa a *eficiência da escolha*. Unem-se, assim, elementos técnicos e políticos, ambos voltados à escolha adequada e ponderada. Não basta critério de eficiência econômica. Não é suficiente. Não atende a princípios de justiça. Requer-se o consenso como uma forma de prestigiar todos os participantes do debate político, de incluir os indivíduos às deliberações e escolhas públicas.⁴

Toma-se como exemplo a política de saúde, prestada de forma diferente para cada um dos grupos de uma sociedade. Havendo grupo A (rico) e grupo B

³ Sobre o tema, conferir: BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, p. 129-131.

⁴ “Nas sociedades mais profundamente divididas, como a Irlanda do Norte, o governo majoritário implica não propriamente uma democracia, mas sim uma ditadura da maioria e enfrentamento civil. Essas sociedades precisam é de um regime democrático que estimule o consenso, em vez da oposição; que promova a inclusão, em vez da exclusão, e que tente ampliar a maioria governante, em vez de se satisfazer com uma pequena maioria: essa é a democracia de consenso”. (LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia*, p. 53).

(pobre), o grupo A, que paga mais impostos, sustentará o serviço público de saúde em benefício do grupo B, que não pode custear o serviço privado. Ocorreria a redistribuição de recursos na sociedade. Houve prejuízo para A? Nesse trabalho, e atendendo às suas condições, a resposta deverá ser *negativa*. Considerando que a redistribuição atende a um dos critérios de eficiência econômica, resultado benesses a toda a sociedade, trará benefícios, mesmo que potenciais, ao grupo A (ele será, por exemplo, beneficiado com a redução dos impostos, diante da erradicação de doenças, além de que o tratamento da saúde proporcionará melhoria na qualidade de vida e, por consequência, na produtividade). Todavia, não basta este critério. A *escolha eficiente* tem de se dar com o consenso obtido no processo decisório. A negociação entre os interesses opostos leva ao consenso (o grupo A faz concessões ao B e vice-versa). A escolha será, enfim, eficiente.

O texto inicia analisando a relação do Estado com o conceito atual de eficiência. Questiona-se, na parte 1, se o conceito de eficiência adotado hodiernamente pela doutrina jurídica é suficiente (*a eficiência como fim*) e quais são os obstáculos existentes para que este conceito se efetive; sugere-se, então, uma nova forma: a *eficiência da escolha*. Na parte 2 serão analisadas as escolhas, ou seja, como elas devem ocorrer, individual e coletivamente. Na parte 3 abordar-se-á os conceitos de eficiência, tanto os adotados pelo Direito, quanto os elaborados pela economia. E, por fim, na parte 4, estudar-se-á a escolha eficiente das políticas públicas.

Parte 1. O Estado e a eficiência

1.1. Dilemas do Estado

Como primeira explicação dos motivos do trabalho, coloca-se em questão a despesa, que sustentará a política pública. Como será bem escolhida a fim de produzir resultados eficientes? Será o resultado eficiente preocupação imprescindível ou suficiente à ação governamental? É finalidade do estudo da eficiência das políticas públicas a apreciação da alocação correta dos recursos públicos – o que se chamou de *escolha* ou *decisão* – e não o funcionamento das instituições burocráticas do Estado.

A eficiência das políticas públicas, essencial para a efetividade dos direitos constitucionais, é importante para o deslinde dos dilemas do financiamento público. Para tanto, faz-se necessária adequada escolha e destinação de dinheiro pelo orçamento público às ações governamentais. Ao contrário do setor econômico privado, cuja tarefa é primordialmente visar benefícios particulares, o setor público tem de ter consciência de que sua função primeira não é a de buscar vantagens econômicas (exceto as em benefício público), mas uma ação eficiente pública que gere mais responsabilidade e controle. O Estado deve sempre prestar seus serviços públicos e promover suas políticas públicas, especialmente quando a iniciativa privada não cumpre adequadamente as tarefas por ela executadas.

Eficiência se junta a outros princípios constitucionais, como a legalidade, moralidade, além dos direitos fundamentais e sociais, e dos escopos da República. O impasse que se apresenta é que o chamado *princípio da eficiência* é mal compreendido, colocado sobre a mesa sem rigor científico e técnico, dificultando sua aplicação. A eficiência não pode ser aplicada ao gosto do governo ou do controlador, subjetivamente, sob pena de ser deixada de lado, ao léu, cada qual determinando o que é *eficiente*.

O texto começará expondo os problemas contemporâneos da eficiência das políticas públicas. Revelar-se-ão os defeitos na prestação estatal de benefícios,

desde a escolha, o processo de deliberação, até o controle. A exposição é requerida para definição das premissas da análise.

No momento, considera-se política pública um conjunto de programas e ações governamentais com vista a atender aos preceitos constitucionais – servem à satisfação de necessidades públicas, de efetivação de direitos, de garantia do funcionamento do Estado, de solução de problemas, a partir de eleição de objetivos gerais e específicos pelos governo. Limita-se a análise neste trabalho à política pública que depende de recursos financeiros (exclui-se a que não a requer). Observe-se que se expõe que os objetivos são estatais, mas as ações são de governo, ou seja, dependem de decisões políticas de quem detém o poder instituído.⁵

Salienta-se que, conforme ensina Eros Grau, a Constituição não se interpreta em tiras, ou seja, não se permite interpretar uma norma presente no texto constitucional e não considerá-la como parte de um sistema que, por óbvio, é entrelaçado e requer uma leitura ampla.⁶ As decisões relacionadas à alocação de recursos e definição de políticas de governo devem levar em consideração outros princípios e regras presentes na Constituição da República; não se tolera a eficiência por si só, sem concatená-la a princípios da legalidade, da publicidade, moralidade,

⁵ Conforme Joan Subirats, Peter Knoepfel, Corinne Larrue e Frédéric Varone, “Toda política pública aponta para a resolução de um problema público reconhecido como tal na agenda governamental. Representa pois a resposta do sistema político-administrativo a uma situação da realidade social julgada politicamente como inaceitável” (*Análisis y gestión de políticas públicas*, p. 35). Para saber mais: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*, p. 251-269. BREUS, Thiago Lima. *Política Públicas no Estado Constitucional*, 211-229. LUFT, Rosangela Marina. *Políticas Públicas Urbanas*, p. 78-81. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, p. 112. Ressalta-se a análise de Egon Bockmann Moreira, que critica a ausência de políticas públicas estáveis: “(...) misturam-se políticas públicas de desenvolvimento (plano macroeconômico de longo prazo) com negócios *administrativos* do Estado (plano microeconômico de médio e curto prazo). (...) Logo, não existe a política pública concebida como um plano de *longo prazo* com foco num determinado setor da economia *vital ao país* e em toda a rede a ele circundante” (MOREIRA, Egon Bockmann. *Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas (Passado, Presente e Futuro de uma Perene Transformação)*, p. 198-199)

⁶ “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma até a Constituição. Uma norma jurídica isolada, destacada, despreendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum”. (GRAU, Eros Roberto *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, p.176-177)

impessoalidade ou direitos constitucionais. A eficiência, no mundo jurídico, só se justifica com o acolhimento das normas jurídicas.

Mister o esclarecimento do termo *escolha*. Não se deve confundi-lo com a discricionariedade administrativa. Ao se tratar de discricionariedade, o governo – em sentido amplo – tem liberdade para agir dentro de um limite legal e constitucional, ou seja, dentro da ideia de legalidade, o Estado age somente se autorizado por lei e nos limites dela e das normas constitucionais (juridicidade). Quando se estuda a *escolha*, diz-se que é a decisão política, ou seja, possui liberdade ampla para decidir em qual ação governamental, em qual política pública ou programa que dedicará seus esforços. Eventualmente, haverá norma que limita a escolha de governo, cabendo a quem possa decidir fazê-lo com fundamento em normas constitucionais ou legais ou, mesmo, de acordo com seus próprios interesses ou dos interesses alheios. É por esse motivo que, ao se abordar a *escolha eficiente*, se estuda concomitantemente a democracia, a participação política, o conceito de interesse público, o orçamento público.

1.1.1. O papel do Estado e o compromisso com a eficiência

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 19/1998, da reforma administrativa, sob a Constituição de 1988, positivou-se a eficiência como um princípio constitucional. A rigor, a medida não inova, pois a eficiência é condição da atuação estatal que decorre do texto constitucional. Não foi, contudo, a primeira vez que a eficiência foi buscada. Na década de 1960, no Brasil, já se propunham mudanças que proporcionassem melhor funcionamento da administração pública.⁷

⁷ Na verdade, reformas administrativas e a semente do gerencialismo vêm antes desse “segundo momento reformista” (de 1967), como nomeia Vanice Regina Lírio do Valle. O “primeiro momento” ocorreu, conforme a autora, na Era Vargas (com “destaque à função orçamentária, e ao Departamento Administrativo do Serviço Público” – DASP) e, mais tarde, com Juscelino Kubitschek (com seu “Conselho de Desenvolvimento”). VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa* (Tese de Pós-doutorado), p. 21-33.

1.1.1.1. A reforma administrativa de 1967

A busca pelo desenvolvimento – pretensão própria do regime militar, sob coordenação do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral e do então presidente Castello Branco – foi um dos motes da chamada *reforma administrativa* na década de 60, que se consubstanciou no Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1967. Na verdade, o que se observou era a clara pretensão de *flexibilização* burocrática, com intenção de melhorar o funcionamento da máquina administrativa⁸, ou seja, atuar eficientemente.

Durante o regime militar, a partir de 1964, com a Lei 4.320, o Brasil encontrou-se preocupado com a fixação de um sistema orçamentário organizado, a despeito da estrutura administrativa ainda permanecer bastante rígida e redundante. Logo depois, com o Decreto-lei 200/1967, da reforma administrativa da União, procurou-se mitigar os defeitos da administração pública que vinham desde a década de 1930 (as reformas dessa época visavam à profissionalização da administração pública, sendo o orçamento elaborado pelo Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP) sem sucesso, contudo. Tão verdade é a manutenção da burocracia administrativa enferrujada que, com palavras certas, Gilberto Bercovici cita frase do administrativista alemão Otto Mayer: “o Direito Constitucional passa, o Direito administrativo permanece”.⁹ Conforme o autor, persiste a estrutura administrativa de 1967, a despeito da tentativa de desconcentração das decisões – que antes eram tomadas apenas pelo presidente da República – e das medidas de eficiência das empresas públicas.

Três anos antes de 1967 criara-se uma Comissão Especial (de 1964), presidida por Hélio Beltrão, com a finalidade de desenvolver a nova estrutura administrativa federal. Reconhecia Hélio Beltrão que apenas a imposição de norma jurídica pouco poderia fazer pela reforma administrativa. A mudança não seria automática. Ainda, não bastava apenas reforma do organograma federal, ou a

⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública. O Direito de Reclamação*, p. 102. A autora observa que a idéia de burocracia era proveniente da Era Vargas.

⁹ Título do artigo publicado em: TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura*, p. 77-90.

reformulação dos Ministérios, nem uniformização de Departamentos. Dizia Hélio Beltrão que a estrutura administrativa não era a causa, mas o efeito de concepção incorreta do papel do Estado; criticava fortemente a centralização da autoridade administrativa (qualquer decisão era de competência de autoridades superiores); e normas extremamente minuciosas. Para que se alcançasse o intento, era preciso determinar qual deveria ser o papel do Estado, qual deveria ser sua configuração. Assim, em primeiro lugar, eram necessárias a desconcentração e descentralização administrativas, a promoção do planejamento, a coordenação, a desburocratização, a dinamização da administração pública. Fixadas essas premissas, passar-se-ia à *operação de desemperramento*, que seria executada dentro de cada órgão ou ente governamental.

A reforma administrativa de 1964-67 baseou-se nos seguintes princípios, na exposição de Hélio Beltrão: a) desconcentração administrativa: a execução deveria ser desconcentrada para *órgãos locais*, devendo os *órgãos centrais* manter as funções diretoras, orientadores e normativas; delegação de tarefas executivas não essenciais para a órbita privada, mediante contrato; delegação de competências aos entes federativos – Estados-membros e Municípios – mediante convênios – além de fortalecer a Federação; b) restabelecer a competência regulamentar do Poder Executivo, evitando excesso de leis – excessivamente detalhadas – que invadissem a atribuição da administração; c) suprimir os controles apenas formais, ou cujo custo fosse superior ao risco; d) estabelecer um mecanismo de planejamento, programação e coordenação da ação governamental – instituição do orçamento-programa; e) valorização do servidor público, tratando-o como profissional, com incentivo ao mérito; criar carreiras e fixar adequadas remunerações; f) restabelecer o contribuinte como centro de interesse e destinatário da administração; g) buscar a organização regional da atividade federal – integração regional;¹⁰ e h) coibir a ausência de continuidade administrativa na transição de mandatos.¹¹ A partir da reforma de 1964-67, a administração pública recebe nova roupagem, até hoje, em parte,

¹⁰ BELTRÃO, Hélio. *Reforma Administrativa*, p. 15.

¹¹ BELTRÃO, Hélio. *Reforma Administrativa*, p. 43.

utilizada. Nesse sentido, a desconcentração administrativa permanece, da mesma forma que o planejamento e coordenação da ação governamental.

Com a finalidade de melhorar o funcionamento da máquina administrativa, evitando *embaraços de natureza institucional*¹², idealizou-se a *operação desemperramento*, para simplificar e acelerar os assuntos de interesse público e da própria administração. Tal operação colocaria em prática os princípios expostos acima. Sobrevém, então, o Decreto-lei n. 200/1967. Ainda em vigor, as normas alteraram parte da estrutura administrativa, em especial com a desconcentração de funções e o planejamento e coordenação, esses dois últimos relacionados à atuação administrativa e ao orçamento público.¹³

Quanto à excessiva concentração de poderes decisórios o problema era evidente: todas as decisões ainda eram tomadas por um único agente ou órgão, provocando demora e ineficiência na atuação estatal. Nesse sentido, não se trata apenas do organograma federal, mas também da possibilidade de entes políticos – Municípios e Estados – serem capazes de decidir sobre serviços e investimentos próprios, até mesmo porque seria mais simples para os entes menores tomarem decisões que lhes dissessem respeito.

O planejamento das ações governamentais promoveu melhora na organização administrativa, mais ainda com relação às finanças públicas. Havia uma preocupação na ação governamental de longo prazo, sendo requerido, para evitar desperdícios de recursos escassos, monetários, o exercício de planejamento. Enfim, a reforma tinha como intenção extirpar alguns dos defeitos estruturais do Estado e que dificultavam seu funcionamento. Todavia, a eficiência das ações de governo não foi sentida, pois seu mote não era a melhora da prestação de políticas.

¹² BELTRÃO, Hélio. *Reforma Administrativa*, p. 17.

¹³ “O que surpreende no Decreto-lei n.º 200, como ordenação jurídica e sistemática conceitual, é com exatidão retratar, nas suas proposições, alguns princípios fundamentais que na modernidade se fazem indispensáveis às práticas administrativas. Planejando, coordenando, descentralizando, delegando competência e exercendo o controle, a Administração se instrumentaliza em termos de melhor atendimento dos serviços públicos. E a ação governamental passa a obedecer regras imperativas de rigorosa aplicabilidade no procedimento programado”. (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Comentários à Reforma Administrativa Federal*, p. 30.)

Tentativas posteriores com intuito de desburocratizar (Decreto 83.740/1979, dirigido por Hélio Beltrão) e Desestatizar (Decreto 86.215/1981) não surtiram efeito (este último foi retomado na década de 1990). Idealizou-se, no Governo José Sarney, uma Lei Orgânica da Administração Pública Federal - em substituição ao Decreto-lei 200/67 - e uma Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), mas deficiências fiscais e monetárias impediram levar novos planos adiante.¹⁴

1.1.1.2. A Constituição de 1988 e a Reforma Administrativa de 1998 (Emenda Constitucional 19 de 1998)

Os caracteres trazidos pela reforma de 1967, mesmo que colhidos durante o regime autoritário, acarretaram efeitos no Estado¹⁵. No entanto, problemas estruturais detectados pelo Decreto-lei n. 200 ainda permaneciam, após algum tempo, e prejudicavam o funcionamento do Estado: excesso de órgãos, distorção da burocracia, entre outros. Na realidade, mesmo antes da Constituição de 1988 já existia forte protesto contra o modelo burocrático.¹⁶

Os reclames da administração pública ao fim do século XX permanecem similares aos da reforma de 1967, diante da busca pelo *desemperramento* da função administrativa. No entanto, o ângulo de observação mudou: busca-se agora a

¹⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa* (Tese de Pós-doutorado), p. 38-39.

¹⁵ Adriana da Costa Ricardo Schier entende que a “flexibilização” do Decreto-lei 200/67 não foi recepcionada pela Constituição de 1988, que utilizou-se dos principais cânones burocráticos. (obra citada, p. 102). Diz a autora, ainda: “Com efeito, ciente dos desmandos causados pela tentativa de flexibilização do Decreto-Lei n. 200/67, buscou-se uma organização que vinculasse o administrador público ao atendimento do interesse dos cidadãos, tentando-se abolir os mecanismos que permitiram a corrupção e a apropriação privada dos recursos públicos” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública. O Direito de Reclamação*, p. 102)

¹⁶ “O próprio ambiente burocrático, mesmo antes das reformas gerenciais da década de 90, já era fortemente criticado, e em geral com razão. Exemplo paradigmático disso é o ‘Programa Nacional de Desburocratização’ instituído em 1979, cujo objetivo era ‘simplificar e dinamizar o funcionamento da Administração Federal, reduzir a interferência do Governo na atividade privada e facilitar o atendimento dos usuários do serviço público’. A idéia de reforma e modernização da Administração Pública burocrática, portanto, não nasceu com o gerencialismo típico da década de 1990, e nem com ele se encerrou, como se ele tivesse realizado uma ‘superação dialética’ ou mesmo uma ‘ruptura de paradigma epistemológico’”. (GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*, p. 117).

eficiência – com caráter teleológico – e a participação popular – o funcionamento da administração em prol da sociedade e existência de instrumentos de controle.

De fato, a reforma gerencial já se formava mesmo antes da Constituição de 1988. Junto com essa busca por eficiência – que visava a transformar a estrutura estatal – sobreveio protesto pela participação popular, que ganhou corpo nos anos que antecederam à nova Constituição. Já vem do final da década de 1970 a luta em favor da liberdade, da democracia e dos direitos sociais.¹⁷ A participação popular nas decisões públicas tornar-se-ia fundamento para a melhor gestão da coisa pública, a ponto de Patrícia Baptista afirmar estar vigendo uma verdadeira crise na democracia representativa.¹⁸ A constatação da autora é a de que os partidos políticos seriam incapazes de canalizar as informações para a montagem da “vontade geral”¹⁹. De fato, os governos têm dificuldade de determinar quais são as necessidades públicas. Enfim, há um “déficit de legitimação democrática”.²⁰

A forma de escolha das políticas é problema estrutural que se relaciona com a própria definição das necessidades públicas e, ao mesmo tempo, da inexistência de participação da sociedade nas discussões que dizem respeito às políticas públicas e, em *ultima ratio*, das despesas públicas. Nesse sentido, no que diz respeito aos Municípios, a legislação infraconstitucional passou a prever a participação popular ativa. Em tese, os defeitos da escolha das políticas públicas podem ser reduzidos com o aumento da participação popular, pois não apenas o controle se torna eficaz, mas as poderão ser melhor escolhidas após processo democrático (serão um guia ou termômetro para a decisão institucional).

Nada obstante a opinião de que a eficiência se materializa em critério econômico finalístico de aferição da ação administrativa, ou melhor, em parâmetro para determinação algébrica da atividade da administração pública, seus efeitos

¹⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*, p. 109.

¹⁸ “Nas últimas décadas do século XX, a insuficiência das fórmulas tradicionais da democracia representativa e a necessidade de revalorização do indivíduo como figura central da vida do Estado impulsionaram o desenvolvimento de uma nova dimensão do fenômeno participativo na sociedade contemporânea”. (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 120).

¹⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 123.

²⁰ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, p. 124.

prolongam-se e espraiam-se para produzir benesses à sociedade.²¹ Mesmo que exista quem defenda²² não ser possível compreender o princípio da eficiência num viés “*neoliberal*”, possuindo múltiplos sentidos e visando à reconstrução da gestão do Estado, substituindo o modelo burocrático por este, gerencial, já que este possui um cunho “*pragmático*”, sendo insuficiente para a administração atual, além de concluir pela não-flexibilização do regime jurídico administrativo e pelo controle da eficiência administrativa sem necessidade de parâmetros de eficiência *a priori*, discorda-se. Objetivar o alcance de resultados do planejamento na administração pública contemporânea é caminho sem retorno, a despeito dos entraves existentes na sua própria estrutura. O direito público passa a ter como um postulado principal: a eficiência.

Crítica Gilberto Bercovici o resultado da reforma da década de 1990 no Brasil: as agências que regulam e fiscalizam os serviços públicos (“órgãos reguladores”), cuja independência, de fato, não existiria, seriam a representação da incongruência administrativa, pois separou-se política pública do serviço público, trazendo ao Estado uma aparência de modernidade, apontando para a “teoria da captura”, que entende como tão ou mais perniciosas que as ‘falhas de mercado’ (*market failures*) as ‘falhas de governo’ (*government failures*) provenientes da cooptação do Estado e dos órgãos reguladores para fins privados”.²³ Afirma que os

²¹ “Será eficiente a Administração Pública que cumprir com excelência a lei e a moral, de forma impessoal e pública. A violação a qualquer um desses princípios implica inequívoca violação à eficiência. O princípio configura máxima instrumental, que deve ser utilizada de molde a atingir excelentemente as demais previsões constitucionais”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*, p. 193)

²² GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, p. 146-147.

²³ BERCOVICI, Gilberto. TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura*, p. 89. Quando disse o autor que políticas públicas não podem ser separadas de serviços públicos, quis dizer que: “Com a Reforma do Estado, criaram-se duas áreas distintas de atuação para o poder público: de um lado, a administração pública centralizada, que formula e planeja políticas públicas. De outro, os órgãos reguladores (as ‘agências’), que regulam e fiscalizam a prestação dos serviços públicos. Isto contraria o próprio fundamento das políticas públicas, que é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, ou seja, por meio dos serviços públicos. Política pública e serviço público estão interligados, não podem ser separados, sob pena de serem esvaziados de seu significado”. (p. 88)

Segundo Paulo Todescan Lessa Mattos, as agências reguladoras, que possuem autonomia decisória, sendo a única revisão possível a judicial, submetem-se a controles públicos (consultas e audiências públicas), destacando-se pelo possível avanço em “*accountability* do processo decisório sobre políticas

defensores do gerencialismo (em prol da criação de agências e privatização das empresas estatais) visavam, com tais medidas, a deixar público o Estado e manter a eficiência dos serviços públicos, pois as agências reguladoras seriam independentes, técnicas, neutras, sem sofrer ingerências políticas.

A crítica não procede. A busca pela eficiência é movimento que não pode ser censurado, embora falhas existam na prestação de serviços públicos (diretamente ou mediante concessão ou permissão) e na formatação e execução de políticas públicas. Outrossim, nada impede que estas sejam determinadas por órgãos políticos, vinculados ao Estado, pertencentes à administração direta ou indireta – e nem poderia ser diferente, pois não poderiam ser, se instituídos por particulares, políticas públicas, tal como ações governamentais – e a execução de serviços que visem ao bem-estar, que dependam de vultosos investimentos e que possam ser pagos pelos usuários, proporcionalmente ao uso – à exceção dos hipossuficientes – sejam prestados por particulares sob regime de concessão ou permissão, e sob forte regulação. A prestação, nesses moldes, tem como meta a eficiência do serviço, que não poderia ser prestado da mesma maneira pelo Estado.

1.1.1.3. O papel do Estado brasileiro contemporâneo e a eficiência

O Estado burocrático, figura típica dos dois primeiros terços do século XX, inspirado na ideia de burocracia de Max Weber²⁴, tinha como característica a busca por organização e coordenação das funções estatais, além de formulação de instrumentos para que se mantivesse a administração imparcial (impessoal) a influências externas tendentes a distorcer sua finalidade.

Em razão dos acontecimentos da segunda metade dos novecentos, a presença do Estado na esfera privada, mesmo que ainda presente, tornou-se menor, com o abandono da visão do Estado do bem-estar social, para um modelo que

setoriais no Brasil”, em detrimento às decisões fechadas dos ministérios. (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Regulação econômica e social, accountability e democracia: contexto e perspectivas do debate (introdução)*).

²⁴ Cf. MOTTA, Fernando C. Prestes. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Introdução à organização burocrática*, 2004.

também não fosse liberal. A revisão da estrutura burocrática para administração gerencial, no Brasil, na década de 1990, trouxe um elemento ainda sem conteúdo firme e definido, disforme: a eficiência da administração pública. Alguns podem defender essa faceta gasosa do chamado *princípio da eficiência*, pois princípios possuem essa característica. Contudo, a dificuldade na exposição de um conceito acarreta também um entrave à aplicação prática.²⁵

A Constituição de 1988 enumera objetivos fundamentais que devem ser respeitados pela República: *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Pautam a atuação do Estado, mediante ações de governo e políticas públicas. Enfim, quer-se o desenvolvimento.

Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira, desenvolvimento é “um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo”.²⁶ Para ele, não se pode defender um desenvolvimento apenas econômico, senão não será desenvolvimento, mas é preciso que junto venha o desenvolvimento social e político. Se isso não ocorrer não há desenvolvimento (apenas o aumento da riqueza não representa desenvolvimento). O desenvolvimento representa o crescimento da melhoria da situação das pessoas de forma automática, ou seja, “essa melhoria será automática no sentido de que o processo de desenvolvimento econômico passará a gerar a si mesmo”²⁷. No momento em que o processo se auto-alimentar, alcançar-se-

²⁵ “O objetivo da Reforma da Gestão Pública de 1995 é contribuir para a formação no Brasil de um aparelho de Estado forte e eficiente. Ela compreende três dimensões: a) uma dimensão institucional-legal, voltada à descentralização da estrutura organizacional do aparelho do Estado através da criação de novos formatos organizacionais, como as agências executivas, regulatórias, e as organizações sociais; b) uma dimensão gestão, definida pela maior autonomia e a introdução de três novas formas de responsabilização dos gestores – a administração por resultados, a competição administrada por excelência, e o controle social – em substituição parcial dos regulamentos rígidos, da supervisão e da auditoria, que caracterizam a administração burocrática; e c) uma dimensão cultural, de mudança de mentalidade, visando passar da desconfiança generalizada que caracteriza a administração burocrática para uma confiança maior, ainda que limitada, própria da administração gerencial”. (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma Gerencial de 1995*).

²⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*, p. 21.

²⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*, p. 22.

á um patamar apropriado de desenvolvimento. Ao promulgar-se a Constituição (1988) com o propósito de pugnar por uma sociedade justa, democrática, pelo respeito a direitos fundamentais, visando ao desenvolvimento e equilíbrio das regiões brasileiras, criou-se, conseqüentemente, a tarefa do Estado para satisfazer essas novas necessidades públicas.

Com novos direitos, e com a obrigação do Estado em implementá-los, as despesas públicas cresceram. O vulto da atuação estatal para concretização do disposto na Constituição da República fica maior, mais pesado, necessitam-se de mais receitas públicas para sustento das despesas. O rol de direitos sociais passou a ser tido em conta quando da elaboração orçamentária (e o Estado não pode se furtar a prestá-los). Mais despesas provocam necessidade de mais receitas, especialmente impostos, a maior fonte de receitas do Estado contemporâneo. Não apenas a quantidade dos serviços públicos, mas a qualidade igualmente teve de ser respeitada.²⁸

Para Luiz Carlos Bresser-Pereira, a burocracia é uma estratégia de administração (aplicada à organização de empresas).²⁹ Nessa linha, entende que a descentralização é necessária para tomada de decisões (e ao optar pela descentralização, abrir-se-á mão das vantagens da centralização), estando relacionada à própria vertente da democracia, já que o centro decisório dilui-se. As funções governamentais são distribuídas entre órgãos decisórios e de execução, com o intuito de produzir resultados eficientes e que a ação governamental esteja apta a colocar a Constituição da República em prática.

A descentralização que se tentara na década de 1960 volta com nova roupagem e visando a resultado eficiente da atuação do Estado (o que, por evidente, envolve a racionalização do uso de recursos públicos para alcance de fins dignos). Aponta Gustavo Justino de Oliveira que, em 1998, a reforma administrativa

²⁸ O crescimento nominal e com atualização monetária da despesa pública (e, por consequência, políticas públicas) pode ser conferido em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/contabilidade_governamental/execucao_orcamentaria_do_GF/Despesa_Grupo.xls (acesso em maio de 2011).

²⁹ MOTTA, Fernando C. Prestes. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Introdução à organização burocrática*, p. xv.

brasileira (ou *modernização*, como prefere, pois é um processo constante e menos enérgico) visava à modificação das estruturas, melhor organização e funcionamento, capacitando a administração pública para cumprimento de seu desiderato. A representação dessa nova figura é, entre outros, o contrato de gestão, que foi constitucionalizado (pela EC 19/1998).

A eficiência é o fim da administração pública renovada, com princípio expresso na Constituição de 1988, art. 37, incluído pela EC 19/1998. É uma administração que visa a resultados, com o uso de menos recursos para produzir mais bens. Serviço público deve, então, ser prestado com o menor consumo possível de recursos financeiros, mas o resultado deve ser ótimo, ou seja, deve produzir os efeitos esperados para essa atividade. Serviço público que tenha como função o tratamento de enfermos deve, com a menor quantidade de recursos, curá-los ou tratá-los conforme a sua meta definida previamente.

Egon Bockmann Moreira afirma que foi outorgada “à Administração Pública uma máxima não jurídica, típica da Administração e Economia, que se referem basicamente ao desempenho de entes privados”, configurando-se “vínculo entre custos e o produto final”: a eficiência.³⁰ E, então, “a mera inserção no texto constitucional não gerará qualquer novidade ou benefício concreto” e para que se defina o que é eficiência é preciso fixar premissas (“pautas de comportamento predefinidas”), solução que independe de qualquer posituação.³¹ O comprometimento da ação governamental, da prestação de serviços públicos, ou qualquer outro agir estatal voltado aos direitos sociais deve ser com a eficiência, mesmo que não houvesse previsão constitucional. E esse pressuposto da ação pública decorre de interpretação lógica dos objetivos da República, dos direitos

³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*, p. 181. Nas palavras do professor, “A eficiência apresenta basicamente três noções clássicas: (a) eficiência produtiva (ou técnica, vinculada à relação entre os fatores de produção e a quantidade de bens produzidos); (b) eficiência de Pareto (ou alocativa, vinculada à distribuição dos recursos em vista à ampliação do bem-estar social); e (c) eficiência de Kaldor-Hicks (ou ‘princípio da compensação’, em que a alocação dos recursos é eficiente quando maximiza a riqueza, independentemente de sua distribuição social). Em termos jurídicos, tais conceitos referem-se basicamente ao gerenciamento da Administração Pública, à regulação econômica e à tutela da concorrência” (p. 181).

³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*, p. 182.

fundamentais e sociais, e da escassez de recursos. Ainda assim, previsto no texto constitucional, o “princípio” da eficiência é que torna evidente mais uma baliza ao governo, que não deve se recusar a atender.

1.1.1.4. Uma nova concepção da eficiência

Abordagem praticamente inexistente no Brasil, ao contrário dos estudos da *eficiência como fim*, a *eficiência da escolha* (referente ao processo de escolha) é particular forma de apreciar a eficiência das escolhas públicas. É costumeiro o estudo da eficiência como o escopo a ser alcançado mediante prestações de políticas públicas. Visam-se resultados com o menor dispêndio de recursos. Aqui, diferentemente, busca-se determinar regras procedimentais de escolha, a fim de fazer com que a alocação de recursos alcance o ponto ótimo de distribuição de recursos na sociedade.

No processo deliberativo, como não se obtém unanimidade, ou seja, impossível – ou quase –, numa sociedade heterogênea, decisão idêntica de todos os personagens, a regra de eficiência da escolha deve apontar no sentido do consenso. É a eficiência aplicada ao procedimento, que não deve ser ignorada no estudo jurídico.

Não se atinge resultado eficiente se não houver escolha alocativa consistente com os postulados democráticos e normativos. É imperativo que se prestigiem maioria e minoria, vontades e interesses de grupos, tanto aqueles que prestam tributos, como aqueles que usufruem dos serviços sustentados pelos recursos públicos. Deve-se encontrar a alocação ideal de recursos e a tributação adequada.

Não se pretende desconstruir o que foi produzido sobre a eficiência administrativa. Pelo contrário. A diferença, aqui, é o reconhecimento de que toda escolha governamental envolve política, remete a conflitos de interesses, não havendo, sempre, a escolha fundada numa imagem transcendental de governo ético. Pessoas decidem como pessoas e não é porque estão ocupando cargo público que

mudam sua forma de pensar. A decisão que tenda a prestigiar somente um grupo de indivíduos pode ser, mais tarde, ao fim de sua execução, ser considerada eficiente (*eficiência como fim*), mas não se respeitou a *eficiência na escolha*.

1.2 Escolhas, políticas públicas e despesas públicas

Em um mundo real, os recursos são escassos, as pessoas são imperfeitas e as opções são variadas. Nesse lugar, as pessoas cometem erros, faltam bens para alguns, tomam-se decisões não acertadas. É no mundo real em que se vive; no mundo que não existe – o mundo ideal e utópico – todos têm direitos a todos os bens, não há desigualdades econômicas e sociais, as decisões são sempre corretas. Diante disso, não há outra constatação: no mundo em que se vive os recursos são escassos, e exigem decisões, escolhas, daqueles que os gerem, para atender a necessidades públicas quase infinitas. Ignorar que a característica da gestão pública – de qualquer gestão, aliás – é a tomada de decisão e realização de escolhas representa o *virar de costas* para a realidade, é majorar riscos na tomada de decisões.

Não há, por óbvio, um manual que auxilie o gestor a tomar a decisão *correta* – se ela existir – no que toca à eficiência decorrente do resultado de sua escolha e, ressalta-se, existe mais de uma decisão que pode ser tomada quando o agente público deve proceder à escolha das finalidades dos recursos públicos. É presente, pois, discricionariedade.

Quando se trata das políticas públicas, deve-se analisá-las do ângulo financeiro, ou seja, essas atividades estatais dependem de recursos para que sejam transferidas de planos governamentais para a realidade. Os recursos são limitados e a boa gestão – que envolve a boa escolha – deve ser o primeiro passo do governo para que sejam bem utilizados. Tal escolha envolve processos políticos e debates público e privados, que findarão em uma resolução para aplicação concreta de recursos. Esses processos políticos – eventos decisórios públicos de alocação de recursos – têm importância ímpar para destinação adequada de recursos escassos, já que um debate – amplo, ao menos em teoria – termina por resumir diversas

pretensões para algumas poucas consensuais ou majoritárias, e igualmente tendem a fixar o que se espera dessas medidas públicas.

Escolhas devem ser feitas. Pelo fato de os recursos serem escassos – são advindos dos próprios particulares (direta ou indiretamente), em forma de tributos – a escolha deve sofrer reflexões profundas; não se toleram – ou não deveriam ser toleradas – escolhas que não levem em consideração elementos fáticos ou que desrespeitem normas jurídicas. Pelo contrário: as escolhas devem ser fundadas em dados materiais e devem visar à efetivação dos preceitos constitucionais e, no caso em tela, à eficiência.³²

Necessário considerar a escassez dos recursos quando trata de temas como a efetivação dos direitos fundamentais, o mínimo existencial, as políticas públicas. De fato, compete ao Estado prestar serviços públicos, pois é uma função essencial prevista na Constituição, sendo um instrumento de redistribuição³³ de renda e de efetividade do texto constitucional; porém, não há prestação se não existirem recursos, especialmente dinheiro que é arrecadado dos particulares: *There ain't no such thing as a free lunch*.³⁴

Coloca-se a indagação de como, perante a escassez, o governo deve decidir sobre os destinos das verbas públicas, visando a fazê-lo eficientemente, buscando a prestação adequada das políticas públicas. Nessa incerteza e liquidez,

³² Conforme Donald F. Kettl, “Budgeting is always about making the best use of scarce resources. In government, that means squeezing the most out of tax dollars. Since ancient times, nothing has infuriated taxpayers more than a sense that government is wasting their money, or the fear that government is not listening to them about how it should be spent” (*Prefácio*. In.: WILDAVSKY, Aaron. CAIDEN, Naomi. *The New Politics of the Budgetary Process*, p. xi).

³³ Bem colocada a classificação de Nazaré da Costa Cabral: “Os conceitos de redistribuição, distribuição e de repartição, até aqui usados indiferenciadamente, não significam todavia a mesma coisa. A este propósito, cumpre distinguir os conceitos de distribuição *primária* e distribuição *secundária*. Aquela consiste na distribuição inicial baseada em certos factores como a herança, capacidades naturais, educação e a própria estrutura do mercado. Utiliza-se, a este respeito, o termo repartição. A distribuição secundária, por sua vez, implica a correcção da repartição inicialmente realizada, através da utilização dos mais variados instrumentos. A esta se denomina redistribuição”. (CABRAL, Nazaré da Costa. *A redistribuição económica. Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas*, p. 7-8).

³⁴ Conta Egon Bockmann Moreira que a “expressão *there ain't no such thing as a free lunch*, que resultou no acrônimo ‘TANSTAAFL’, tem origem nos Estados Unidos da América de meados do século XIX (cujos *saloons* ofereciam ‘almoço de graça’ contra o pagamento de bebidas) e deu origem ao título do célebre livro de Milton Friedman publicado em 1975)” (*Direito das Concessões*, p. 30, nota 18)

mister a construção de argumentação que possa orientar e balizar o processo decisório público, embora as dificuldades da alocação de recursos sejam grandes.

1.3. A democracia e as políticas públicas

Os dois termos usados por estudiosos de ciências sociais – democracia e políticas públicas – são relacionados. Políticas públicas são requeridas para garantia da liberdade e da democracia, como ensina Amartya Sen.³⁵ Já a democracia – ou, propriamente, o seu exercício – é fundamental para que políticas públicas alcancem efetiva e eficientemente seu destinatário. De fato, políticas públicas, além de imprescindíveis para manutenção da liberdade, já que promovem aproximação entre os indivíduos – promove igualdade material –, podem representar forma de redistribuição de renda.³⁶

A democracia traz à mente a ideia de governo do povo e de soberania popular.³⁷ É desejável que a participação seja ampla e que seja um espaço aberto para que todos tenham voz. Por questões evidentes – *v.g.* tamanho das sociedades

³⁵ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, p. 170. Em defesa do direito à participação popular: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração*. Conforme a autora, a democratização (ou o direito de participação) é fundamental para o eficiente funcionamento da administração pública, flexibilizando a burocracia e caminhando para a administração gerencial, com resultados eficientes.

³⁶ Conforme Richard Musgrave são três objetivos da política orçamentária: a) satisfazer necessidades públicas; b) redistribuir renda; c) contribuir para a estabilidade econômica. Essa lição servirá, adiante, para a análise da relação política pública e orçamento público. (MUSGRAVE, Richard. *Teoría de la Hacienda Pública*, p. 5).

³⁷ Por democracia, compreende-se, nas palavras de Robert Dahl: “todos os cidadãos devem ter oportunidades plenas: 1. De formular preferências. 2. De expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva. 3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte de preferência”. Nesses caracteres, para dar essas oportunidades, são necessárias as seguintes garantias institucionais: 1. Para formular preferências: liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, direito de voto, direito de líderes políticos disputarem apoio, fontes alternativas de informação. 2. Para exprimir preferências: liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, direito de voto, elegibilidade para cargos públicos, direito de líderes políticos disputarem apoio, fontes alternativas de informação, eleições livres e idôneas. 3. Para a oportunidade de ter preferências igualmente consideradas na conduta do governo: liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, direito de voto, elegibilidade para cargos públicos, direito de líderes políticos disputarem apoio (e votos), fontes alternativas de informação, eleições livres e idôneas, instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência”. (DAHL, Robert. A. *Poliarquia*, p. 26-27).

contemporâneas – um debate direto entre os cidadãos tornou-se inviável e, diante disso, espera-se que a representação – por representantes eleitos – possa reduzir, ao menos em parte, a dificuldade de se tomar decisões coletivas na sociedade. O termo “política pública”, por si só, remete à imagem de uma discussão pública (e, por isso, “política”). É no momento do debate que se elegerão prioridades, descobrir-se-ão necessidades e fixar-se-ão interesses, particulares ou não, mas que têm relevância para a atividade pública: só se alocam recursos adequadamente ao conhecer quem são os destinatários, quais são suas necessidades, quais são seus interesses.

No Estado em que vige a democracia majoritária, as pretensões da minoria dos membros de um debate público são, costumeiramente, ignoradas. Arend Lijphart demonstrou empiricamente que países onde há participação de todos, incluindo a oposição, tendem a ser mais democráticos – chama de democracias consensuais, diferenciando-as dos países em que a democracia é majoritária, cujos perdedores nas eleições têm como função fazer oposição, apenas. Quanto mais consensual for a democracia, quando mais extensa a maioria de aprovação de lei, mais um Estado tem condições de melhor atender as necessidades públicas.³⁸ Tal posição, que garante maior participação, pode ser fundamental onde a heterogeneidade do povo é maior, já que faz respeitar diferenças entre indivíduos.

Se a participação popular é prioridade no debate sobre alocação de recursos públicos, as pretensões, em tese, podem ser melhor atendidas, haja vista a necessidade de que o governo preste contas constantes aos seus eleitores (*accountability*). Há, entretanto, problemas inerentes ao processo de escolha: a discussão, as regras de deliberação, os interesses individuais, a noção de interesse público, a eleição das necessidades públicas, a posição na sociedade de cada indivíduo, os valores de cada participante. Cada um desses fatores pode influenciar

³⁸ Afirma o autor que o modelo majoritário “concentra o poder político nas mãos de uma pequena maioria, e muitas vezes, mesmo, de uma maioria simples (*plurality*), em vez de uma maioria absoluta (...), ao passo que o modelo consensual tenta compartilhar, dispersar e limitar o poder de várias maneiras” (p. 18). Além disso, elenca três características para cada um: o modelo majoritário é “exclusivo, competitivo e combativo” enquanto o modelo consensual é “abrangente, de negociação e de concessão”. Por essa razão, diz que este modelo é a democracia de negociação. (LIJPHART. *Modelos de democracia*, p. 18)

o processo de escolha, podendo resultar política pública não eficiente, diante dos vícios que contaminariam o processo deliberativo.³⁹

Nesse sentido, a deliberação permanece, mas sem qualquer pressuposto que possa fazer com que os participantes esqueçam ou não considerem sua posição na sociedade. Deve-se, então, admitir as diferenças materiais e buscar mitigá-las, a ponto de evitar que interfiram na escolha. A hipótese não é difícil de ser demonstrada. Uma decisão limitada por recursos escassos sempre requer debates e, normalmente, interfere em interesses privados de alguns indivíduos. Ademais, determinadas decisões políticas podem trazer externalidades negativas (custos externos) para certas pessoas ou grupos – para aqueles que não arcam com os custos.

Jürgen Habermas entende que pelo discurso poderá ser alcançado o consenso. Conforme o autor, o Direito moderno deve manter um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo, e o entendimento – pelo procedimento – entre os participantes legitimará a decisão.⁴⁰ A reflexão sobre a legitimidade do direito após processo deliberativo aplica-se à ideia da necessária legitimidade da decisão alocativa de recursos públicos e das ações governamentais, já que ocorreriam apenas após a discussão ampla entre os integrantes da sociedade.

Por evidente, a diferença entre a teoria habermasiana e o tema deste trabalho é que este é sobreposto a uma Constituição – ou normas jurídicas amplas ou específicas – já postas, ou seja, já existe o direito positivo. Nesse caso, caberá ao

³⁹ O “véu da ignorância”, de John Rawls, mitigaria o defeito resultante de escolhas primordiais feitas por indivíduos que conhecem sua posição na sociedade e que escolheriam conforme suas conveniências. A “posição originária” (fundamento da “justiça como equidade”, ou “*justice as fairness*”), que descreveu em sua “Teoria da Justiça”, pretendia garantir um procedimento imparcial, justo, puramente procedimental. A ideia não se faz concretizável. É formal sua teoria e impossível de ser aplicada no processo de escolha (RAWLS, John. *Teoria da Justiça*, 1981, p. 163); Crítica: DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*, p. 177. Breve exposição sobre o liberalismo político: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*, p. 97-99.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1, p. 115. Conforme Nino, é bastante difícil determinar quais são os direitos *a priori*, que são pré-requisitos da validade do processo democrático, e quais são direitos *a posteriori*, que são determinados pelo processo democrático. Alguns são óbvios, outros, nem tanto. Por exemplo, há os direitos políticos, de liberdade de expressão, visivelmente *a priori*. Já outros, como o direito à vida, são difíceis de determinar seu caráter. (NINO, Carlos Santiago. *La Constitución e la Democracia Deliberativa*, p. 275)

poder político – o parlamento – a definição dos objetivos a serem alcançados pelas finanças públicas no que toca à ação governamental. Obrigatoriamente, deverão ser observadas as normas constitucionais, com amplo debate para eleição de políticas públicas e das despesas públicas. As regras do processo de escolha devem ser definidas e conhecidas por todos os participantes, além dos recursos disponíveis para a efetividade da decisão – na ausência de recursos, o orçamento público e, por consequência, as políticas públicas não serão efetivas.

A escolha das políticas públicas é bastante complexa de acordo com os grupos que participam da discussão. Quando a sociedade possui grupos ou indivíduos que têm pretensões similares entre si, o custo de uma decisão coletiva é menor se comparado ao custo da decisão de uma sociedade plural, heterogênea ou fragmentada. Robert Dahl afirma a existência do que chama de *Poliarquia*, que significa a existência de vários corpos que participam da discussão num sistema aberto e inclusivo e com agentes que agem simultaneamente, com ampla possibilidade de contestação. Para ele, democracia é um sistema pluralista e que “tenha a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os cidadãos”⁴¹.

A discussão popular – direta ou indireta –, brasileira tem o ingrediente da heterogeneidade presente. De fato, a Constituição de 1988 expõe o que espera encontrar: as diferenças regionais.⁴² No entanto, as diferenças – ou, se for de preferência do leitor, diversidade – não podem ser entraves para o desenvolvimento isonômico no sentido de reduzir as desigualdades regionais e, nesta linha, a despeito da dificuldade, o consenso na escolha deve ser o norte na eleição das políticas públicas e das despesas públicas, mesmo considerando o custo de uma decisão. Difícil tarefa.

⁴¹ DAHL, Robert. *Poliarquia*, p. 26. Sobre a teoria de Robert Dahl, aborda Pietro Costa: “È una teoria che si muove sulla scia della riflessione schumpeteriana e sottolinea l'impossibilità di esportare nel Novecento l'immagine rousseauviana e marxiana della democrazia. Non esiste un *demos* unitario, titolare di un potere univoco e compatto. Il potere è diffuso e frammentato fra una pluralità di gruppi variamente influenti sul processo decisionale complessivo (...). La democrazia non è il potere di un *demos* unitario: è l'interazione fra gruppi e poteri diversi, è una poliarchia. (COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*, p. 60).

⁴² Art. 1º, V; Art. 3º, III; Art. 43 são alguns exemplos.

Nesse passo, é mister que se levantem alguns desafios das políticas públicas – ou de seu processo de escolha – diante dos defeitos que as instituições democráticas de um Estado podem apresentar. Há, por exemplo, insuficiência e desconsideração da ideia de planejamento no Brasil, cuja importância é ser o guia para decisões e escolhas futuras; igualmente, a forma de debates e de votação das alternativas – que serão colocadas para serem escolhidas – são deficientes. Enfim, necessário que sejam destacados os entraves e eleitos pressupostos para que fundamentem a análise que virá.

1.4. Obstáculos à escolha eficiente das políticas públicas

Abordar-se-ão alguns defeitos referentes ao funcionamento das políticas públicas, partindo da *escolha*. A ação governamental, envolta por normas jurídicas, nem sempre proporciona o fim que os diplomas legais prevêem. Há diversos obstáculos, degraus do debate político e muros do funcionamento do Estado. Gargalos, diminuição do planejamento, formatação dos debates, mitigação das discussões públicas, inexistência de controle externo popular. Todos esses podem produzir políticas públicas não-eficientes, que não atendem ao pressuposto constitucional e provocam desperdício de recursos públicos, resultado da alocação inadequada. É preciso, portanto, encontrá-las para, após, promover a reconstrução de caracteres inerentes à história da administração pública brasileira.

1.4.1. Insuficiência do planejamento

O Planejamento é imprescindível para a alocação eficiente de recursos e previsibilidade dos eventos futuros. Entende-se por planejamento um processo de eleição de ações, prioridades, metas, com o intuito de evitar desperdícios de recursos, determinar o caminho a ser trilhado e dos instrumentos a serem utilizados, além de coordenar as ações do agente público e buscar a previsibilidade dos seus

efeitos. A atividade – o processo de planejar – requer, hoje, que seja amplo e aberto para a discussão coletiva.⁴³

Há alguma experiência no Brasil, conforme relatam Floriano de Azevedo Marques Neto⁴⁴, Marcelo Minghelli⁴⁵, Graham Smith⁴⁶, porém não é, ainda, prática comum. Não há um processo efetivo de deliberação, que vise a provocar resultados eficientes da destinação dos recursos orçamentários. Há, sim, planos orçamentários, mas o debate – e igualmente a elaboração e execução – ou não existe ou é precário.⁴⁷ Por isso, a escolha torna-se deficiente, sem qualquer parâmetro e sem previsibilidade.

⁴³ “O *Government by policies* em substituição ao *Government by Law*, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Planejar o Desenvolvimento: a perspectiva institucional*, p. 74)

No Brasil, o planejamento urbanístico e o planejamento orçamentário requerem a participação popular. Há normas na Constituição da República – relacionadas à soberania popular – e normas infraconstitucionais Sobre o conceito de planejamento: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Planejamento*, p. 40-127. MINDLIN, Betty. *O conceito de planejamento (introdução)*, p. 9-28; GRAU, Eros. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, p. 12.

⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. *Planejamento*, p. 118.

⁴⁵ MINGHELLI, Marcelo. *Estado e Orçamento: uma cartografia jurídico-política para a consolidação de um orçamento democrático*. 2009, p. 116. Interessante a análise quantitativa das cidades brasileiras que adotam um orçamento participativo.

⁴⁶ SMITH, Graham. *Democratic Innovations. Designing Institutions for Citizen Participation*. Conforme o autor, “By 2001 an impressive 16,600 citizens were participating in the annual popular assemblies held across the city [Porto Alegre, Brasil]. Their initial participation eventually culminated in decisions about the distribution of a significant element of the municipal budget, with a substantial proportion destined for investments in poor neighbourhoods” (Location 104).

⁴⁷ Conforme demonstra Leonardo Avritzer, que se fundamenta em estudo de Cláudia Teixeira, entre 1989 e 1992, apenas 12 municípios realizaram orçamento participativo no Brasil; entre 1993 e 1997, 36 municípios; entre 1997 e 2000, 103 municípios. (AVRITZER, Leonardo. *O Orçamento Público e a Teoria Democrática: um balanço crítico*, p. 19). Para Graham Smith, modelos de participação em que os participantes apresentem uma quantidade muito grande de demandas resulta redução da participação, pois a administração não pode lidar com o volume. (SMITH, Graham. *Democratic Innovations*, p. 37).

No Brasil, a semente do planejamento foi plantada no início do século XX⁴⁸. Inicialmente como mera peça de programação, que pouco influenciava o orçamento público, tinha como intuito a organização viária, urbana – com o Plano de Remodelação, Extensão e Embelezamento da Cidade do Rio de Janeiro, de Alfred Agache, entre 1927 e 1930 –, econômica – como o Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional, de 1939, decorrente da Segunda Guerra Mundial.⁴⁹ Para Betty Mindlin, o uso sistemático do planejamento foi na década de 1920, na União Soviética – tinha como função substituir o mercado – e foi um planejamento vinculativo. Nos países capitalistas, o plano surgiu para fixação dos objetivos. Vigia, antes, nos países capitalistas, o *laissez-faire*, e a ideia de que o ótimo de Pareto fosse suficiente e automático.⁵⁰

O ótimo paretiano, segundo Betty Mindlin, traz a imagem de que toda intervenção na economia pelo Estado rompe a competição e sem o equilíbrio competitivo não haveria um ótimo (a distribuição de renda não seria eficiente). Não obstante, uma “sociedade pode preferir uma situação com ineficiente alocação de recursos” e menor concentração de renda, com a intervenção estatal, “a uma situação em que a alocação seja ótima [Pareto] mas a renda muito concentrada”, mitigando a importância da eficiência paretiana do mercado em favor de um melhor cenário social. O estímulo de desenvolvimento pode ser maior quando ocorre a intervenção do Estado.⁵¹

⁴⁸ Eros Grau considera o Decreto n. 524, de 26 de junho de 1890 – plano geral de viação – como primeira tentativa de planejamento. Entretanto, o plano sairia do papel apenas no Decreto 24.497 de 28 de junho de 1934. (GRAU, Eros. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, p. 128)

⁴⁹ GRAU, Eros. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, p. 128-131.

⁵⁰ De acordo com Betty Mindlin, “(...) o planejamento governamental se faz necessário, não para substituir o sistema de preços (como ocorre em países onde os meios de produção pertencem ao Estado) mas para corrigir-lhe as distorções, aproximando a alocação de recursos da correspondente a um ótimo paretiano e aumentando a eficiência dinâmica do sistema, ou seja, promovendo o desenvolvimento econômico”. (*O conceito de planejamento (introdução)*, p. 16). Para compreender: é *pareto-efficient* “qualquer melhoria de bem-estar que não afecte a situação dos restantes membros da sociedade; uma situação (que correctamente não pode dizer-se ‘ótima’) é eficiente quando não for possível nenhuma melhoria na situação de qualquer dos membros sem prejudicar os restantes” (SOUSA FRANCO, António L. *Finanças públicas e direito financeiro*, p. 23).

⁵¹ “Do ponto de vista teórico, há duas linhas de argumentação para mostrar que o funcionamento do mercado não pode ser automático mas sim corrigido pela interferência do Governo. A primeira é feita em termos do equilíbrio da *renda global* e a segunda discute os termos de mercado como

O objeto desse trabalho não é a análise do planejamento, por si só – ou como se desenvolveu no Brasil –, mas relaciona-se com o a escolha na alocação de recursos e com o orçamento público, por consequência. Nesses termos, o Brasil, da mesma forma que, até meados do século XX, pouco havia feito no tocante à atividade de planejar, igualmente não se preocupou em relacioná-la ao orçamento público, com a finalidade de gerir com mais prudência os recursos públicos. O orçamento-programa, adotado no Brasil em 1964 pela Lei 4.320 e no Decreto-lei 200/1967⁵², além de ter seus princípios fixados somente na Constituição de 1967 (e na Emenda 1/69), veio na mesma época em que surgia a iniciativa norte-americana (*Planning-Programming-Budgeting System*) e norteou o planejamento orçamentário brasileiro a partir de então.⁵³ Tem como fio condutor a organização das despesas e receitas, vinculando-as a programas de governo, com o sentido de promover uma integração entre ações governamentais e recursos disponíveis. Assim, as escolhas que a serem feitas deixariam de ser promessas inexecutáveis e tornar-se-iam realidade, considerando que as ações de governo requerem recursos financeiros para efetividade.

Como entrave para que se efetive o planejamento há, nas escolhas, a falta de nexos com a realidade: a inexecutabilidade. A existência do planejamento, por si só, não sana a dificuldade da escolha da alocação dos recursos públicos e das políticas públicas. É imprescindível que a escolha reflita uma situação de fato que seja real, que possa ser executada materialmente (igualmente não prescinde da suficiência de recursos e da necessidade de que seja sincera, real, verossímil). A doutrina aborda essa faceta do planejamento orçamentário e nomeia princípio: princípio da sinceridade (ou da verdade ou rigor orçamentário)⁵⁴.

orientadores da aplicação de recursos”. Cita, nessa linha, a teoria Keynesiana, que auxilia a compreensão da “crise dos anos trinta e mostrava que o Governo tem um importante papel a desempenhar na eliminação do desemprego”. (MINDLIN. *Conceito de planejamento*, p. 15)

⁵² Segundo Eros Grau, “o Decreto-lei n. 200/67, embora a tivesse esboçado, não consumou a definição de uma linha de vinculação precisa entre plano e orçamento, ainda que tenha erigido o planejamento à condição de princípio fundamental da ação administrativa” (GRAU, Eros. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica*, p. 148),

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*, p. 20-22.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*, p. 153-154.

O planejamento que dá origem ao orçamento público deve, necessariamente, representar a realidade do passado e do futuro. Planos são guias capazes de indicar e limitar escolhas, ou seja, reduzem os custos da deliberação. Servem, portanto, para permitir a escolha eficiente de alocação de recursos. Um orçamento que resulta de escolha eficiente da aplicação dos recursos deve ter tal providência (o planejamento) em mente.⁵⁵

1.4.2. Defeitos na deliberação

A participação de um número grande de pessoas em um debate político é bem-vinda, pois o resultado representa – ou tenderá a representar – a coletividade. Não é sempre possível, todavia, e, às vezes, desaconselhável a coletivização da discussão, haja vista existirem temas que requeiram conhecimento técnico e deve estar fora do debate político – como, por exemplo, decisões da política monetária.⁵⁶

Em outras situações, como o povo é representado por parlamentares, as deliberações ocorrem em locais próprios, sem a participação direta, não obstante tal providência ser necessária e exigida, em certos casos, em normas jurídicas. Quando sujeitos livres e – ao menos, formalmente – iguais participam de um debate, com a finalidade de realizar escolhas, e têm consciência da escassez de recursos públicos – por isso, sabem que a escolha deve ser criteriosa e não há modo de atender integralmente a todas as pretensões – a argumentação deve se fundar em pressupostos bastante claros, com a manifestação de discursos variados (incluindo os pragmáticos, éticos e morais), trazendo à baila a ideia de “igual respeito e

⁵⁵ “At one level a budget is a prediction. A budget contains words and figures that propose expenditures for certain objects and purposes. The words describe types of expenditures for certain objects and purposes. The words describe types of expenditures (salaries, equipment, travel) or purposes (preventing war, improving mental health, providing low-income housing), and the figures are attached to each item. Presumably, those who make a budget intend there to be a direct connection between what is written in it and future events. (WILDAVSKY, Aaron. CAIDEN, Naomi. *The New Politics of the Budgetary Process*, p. 2).

⁵⁶ O Banco Central do Brasil tem um grau de autonomia limitada, pois sempre mantém relações com o Poder Executivo. Tal constatação é derivada da Lei 4.595/1964, art. 14.

consideração”⁵⁷, sempre levando em conta as dificuldades próprias das escolhas resultantes de colegiados.

Em toda deliberação devem existir normas procedimentais, as quais são imprescindíveis para a manutenção da própria democracia e da legitimidade do processo de escolha. No caso, há normas constitucionais, em especial direitos fundamentais.⁵⁸

A priori, o obstáculo não existe no processo decisório em si, mas no próprio sujeito que decide, pois pode ele ser conduzido por preferências primordialmente pessoais e egoísticas, ainda que considere sua decisão como benéfica ao *bem comum*⁵⁹ ou ao chamado *interesse público* (ou não). Decisões altruístas são difíceis de se compreender se o ponto de partida for uma consciência moral coletiva, ou a busca por uma resolução que traga benefícios coletivos.

Mesmo assim, segundo Anthony Downs, “os homens não são sempre egoístas, mesmo na política”.⁶⁰ Ele reconhece que sua teoria se baseia no “axioma do interesse pessoal”, mas “deixa espaço para o altruísmo”, pois entende que “a caridade desinteressada é frequentemente uma grande fonte de benefícios para nós mesmos”.⁶¹ Jon Elster confirma que é possível dizer que presentes motivos altruístas se duas condições são satisfeitas: (a) a ação que beneficia outros é proativa, não reativa; (b) é anônima a ação, no sentido de que é desconhecida a identidade do ator

⁵⁷ Esta seria, segundo Jürgen Habermas, a norma fundamental de Ronald Dworkin. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. 1, p. 287)

⁵⁸ Segundo lição de Jürgen Habermas: “O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais” (*Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, p. 171).

⁵⁹ Sobre o *bem comum*, diante da multiplicidade de interpretações e sentidos, conferir: SCHUMPETER, J. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, p. 305-310 ; e MATEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*, p. 106. Segundo lição de Joseph Schumpeter, haveria um bem comum, que é a bússola da política. Para ele, tal *bem comum* é “sempre fácil de definir e de entender por todas as pessoas normais, mediante uma explicação racional. Não há, por conseguinte, razão para não entendê-lo e, de fato, nenhuma explicação para a existência dos que não o compreendem, salvo a ignorância (que pode ser remediada), a estupidez e o interesse anti-social” (*Capitalismo, Socialismo e Democracia*, p. 305). O autor defende a existência de uma vontade comum de todas as pessoas sensatas; reconhece, contudo, que o conteúdo do *bem comum* varia dentro de uma mesma sociedade. (Retirado de notas do artigo publicado por: TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; KANAYAMA, Rodrigo Luís. *Democracias majoritárias e escolhas políticas: a insuficiência do argumento do interesse público* – ainda não publicado).

⁶⁰ DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 49.

⁶¹ DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 58.

pelo beneficiário ou por terceiros.⁶² Sendo assim, parte-se da pressuposição de que os sujeitos participantes do processo político são egoístas.

A consciência justa (tal como a *justiça como equidade*, se falarmos de uma decisão original) não pode ser considerada quando se trata de conflitos de interesses entre grupos ou indivíduos. Esse modelo ora apresentado não destoaria, necessariamente, do ideal democrático, pois o conflito no debate é parte integrante da democracia.⁶³

A pressuposição de que todos os indivíduos participantes do debate – e o Estado ou governo – são benevolentes é equivocada.⁶⁴ Não existe impeditivo para que o sejam, mas as decisões serão prioritariamente defensoras de interesses próprios – no sentido de melhorar ou, ao menos, não piorar a condição do participante ou do grupo. Considerar o fato de as decisões individuais se sobreporem ao ideal coletivo é enfrentar o problema, ao invés de simplesmente tentar ver um altruísmo teórico e utópico.⁶⁵ James M. Buchanan e Gordon Tullock, estudando a democracia sob o prisma econômico, avaliaram que, normalmente, a análise tradicional desse tema conclui que a escolha coletiva sempre visaria a um bem comum, ou a um interesse público, desconsiderando e desvalorizando a escolha individual – no sentido de maximizar um bem individual. O ganho

⁶² ELSTER, Jon. *Explaining Social Behavior*, p. 106. O estudo do altruísmo não é exclusividade da Ciência Política. É histórico o estudo do tema na biologia. Em artigo na revista *The New Yorker*, de 5 de março de 2012, Jonah Lehrer (*Kin and Kind. A fight about the genetics of altruism*) explica o estudo do altruísmo nos animais, que conflitaria com a teoria da seleção natural, de Darwin. De qualquer forma, conclui – e é conclusão semelhante à de Anthony Downs – que o homem vive entre as forças do altruísmo e egoísmo. Em sentido semelhante, Herbert A. Simon defende que a vida em sociedade não permite que os indivíduos sejam egoístas. (SIMON, Herbert. *Administrative Behavior*, p. 302)

⁶³ Demonstra esse cenário James M. Buchanan quando afirma que a *public choice* desdisse os entusiastas das decisões coletivas como solução para os problemas sociais (*Public Choice and Ideology*, p. 173).

⁶⁴ BUCHANAN, James M. *Origins, Experiences, and Ideas*, p. 17.

⁶⁵ Kenneth Arrow e os seus críticos buscavam demonstrar a existência de um interesse público ou bem-estar social independente das preferências individuais dos membros de uma sociedade. Ou seja, haveria um interesse que não se confunde com os interesses individuais, como defende Arrow em seu teorema da impossibilidade. (BUCHANAN, James M. MUSGRAVE, Richard A. *Public Finance and Public Choice. Two Contrasting Visions of the State*, p. 19).

individual foi demonizado (*condemned as "evil"*), sem ao menos dar-lhe uma chance de ser aplicado às discussões políticas.⁶⁶

Numa sociedade em que o mercado é livre, problemas sociais não podem ser satisfeitos apenas pela sua racionalidade, mas dependem de um processo político, institucional ou não, para que a solução seja eficiente. Pretensões a políticas públicas devem ser postas à mesa para debates e, tal qual o mercado, sofrerão ponderações e negociações, a ponto dos autores norte-americanos – Buchanan e Tullock – compará-las à *mão invisível*.⁶⁷

Segundo os mesmos autores, aceitando-se a concepção orgânica para a *teoria da escolha coletiva* – que leva em consideração a decisão tomada numa coletividade – a pretensão seria bastante simplificada. Nesse caso, a coletividade seria tomada como um único indivíduo e bastaria ao estudioso encontrar o padrão que motivaria uma ação independente do Estado e poderia ignorar a vontade individual, cujo papel teria relevância apenas se integrante do todo.⁶⁸

O raciocínio – de vontade orgânica do Estado – não é adotado neste trabalho, da mesma forma que não se reconhece o risco, em tese, de que o processo político de escolha possa ser usado em prol de apenas uma parte dos participantes. Nesse sentido, o Estado seria um campo de debates entre indivíduos, não havendo, pois, um interesse público independente, o do Estado.⁶⁹

Imperativo, pois, que se considerem indivíduos como membros capazes de decidir e participar de um processo de escolha, e não conceber um ser coletivo dotado de consciência e conhecedor nato de seus deveres morais. É por isso que se afirma a necessária relevância da opinião pessoal, do interesse individual, ao invés de abandoná-los e tentar forjar a imagem de um interesse público orgânico que, de

⁶⁶ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 19.

⁶⁷ "The visible hand of budgetary process, in short, is no less 'natural' than the invisible hand of the market" (BUCHANAN, James M. MUSGRAVE, Richard A. *Public Finance and Public Choice. Two Contrasting Visions of the State*, p. 31).

⁶⁸ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 11.

⁶⁹ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 13.

fato, não existe.⁷⁰ E nesse ponto vem a teoria da *public choice* – a ser abordada adiante –, cuja contribuição, contrapondo-se ao *market failure*, enriqueceu o debate sobre o *government failure*.⁷¹

Como explica Gordon Tullock, *peessoas são pessoas* e seu comportamento individual deve ser considerado quando se trata de escolhas públicas. Face a essa óbvia constatação, resta apenas admitir que algumas políticas públicas podem parecer impossíveis de ser concretizadas, como uma que pretenda *maximizar o interesse público*, nos termos da explicação do economista.⁷² As pessoas têm interesses individuais bem definidos e têm como princípio defendê-los. Elas pensam, eventualmente, na coletividade quando não conflitam no debate de temas relacionados aos seus interesses, mas normalmente têm intenção de maximizar seu próprio bem-estar social.

No Brasil, o processo de escolha, no que se refere à deliberação de políticas públicas, ainda é incipiente. Conforme Ricardo Lobo Torres, falta à sociedade brasileira a “cultura orçamentária” que corresponde à necessidade de participar das discussões do orçamento público. Nessa mesma linha, Luis Roberto Barroso afirma faltar “maturidade institucional” aos poderes instituídos, diante da comum demora do parlamento em debater e aprovar leis orçamentárias. A escolha é atividade indispensável à efetivação das políticas públicas tão exigidas e aclamadas pela sociedade, mas sem seriedade na participação não há ação governamental eficiente para satisfação de necessidades públicas.⁷³

Toda decisão tomada, seja diretamente pelo povo, ou por representantes eleitos, envolve critérios pessoais, idiosincrasias que podem influir no resultado. A

⁷⁰ Conforme James Buchanan, “People vote because they want to – period. And they vote how they want to – period” (BUCHANAN, James M. *Politics as Public Choice*, p. 155).

⁷¹ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 5 (ou location 60 – Amazon Kindle). A teoria da *public choice* também é conhecida como *teoria das escolhas racionais*, como lembra Jean-Pierre Gaudin (*L’Action publique: sociologie et politique*, p. 120).

⁷² TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 5 – ou location 60 – Amazon Kindle.

⁷³ Falta “cultura orçamentária” (TORRES, Ricardo Lobo. *Orçamento na Constituição*, p. 29) ou “maturidade institucional” (BARROSO, Luis Roberto. *Orçamento, Democracia e Maturidade Institucional*), ou, ainda, um nível razoável de *convivência republicana* (SCAFF, Fernando F. *República, tributação, finanças*, p. 347-348).

escolha racional demandaria que o participante da discussão conhecesse fatos completos, ou seja, a informação deveria ser absoluta, o que não pode ser obtida.⁷⁴ Aliás, a forma como a informação é apresentada aos participantes do debate pode fazer com que o resultado da deliberação seja outro se comparado à situação em que a informação seja passada de maneira completa. Não se está tratando de informações ou elementos que motivam a decisão incorretos deliberadamente – mesmo que isso também possa ocorrer no âmbito da discussão; trata-se de transmitir informações verdadeiras, mas organizadas de modo a obter resultados favoráveis a quem apresenta os dados.

Nesse sentido, uma discussão de alocação de recursos pode começar com dados positivos e, somente após, apresentam-se as informações negativas; ou vice-versa. Num orçamento público, pode-se transmitir a informação de que há risco da política pública não ser prudente em certo momento; ou se transmitirá a informação de que a política pública trará bons efeitos, mesmo o momento não sendo propício. A manipulação da decisão, pois, é possível e isso pode afastar a eficiência da escolha de uma política pública.⁷⁵

O que pode aprimorar a realização da decisão? Geoffrey F. Segal e Adam Summers entendem que, dentre outros elementos, como a identificação das prioridades e a quantidade de informação, fazer perguntas certas é imprescindível para a melhoria da eficiência (*performance*) e *accountability* governamentais.⁷⁶ Conforme os autores, para se compreender qual é a qualidade do serviço prestado – a prestação deve priorizar qualidade à quantidade – ouvem-se opiniões de usuários, após questionamentos adequados, para fim de avaliação dos serviços públicos e, então, determinar as despesas públicas e realizar a escolha. Entre os norte-americanos não é incomum a adoção de *surveys*, nos quais as perguntas são feitas

⁷⁴ Anthony Downs analisa a sociedade que não possui informações absolutas e apresenta os decorrentes problemas. (DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*, p. 139)

⁷⁵ É possível apresentar as informações de forma a conformar o comportamento das pessoas. Sobre o tema, ver: THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, p. 17.

⁷⁶ *Citizens' Budget Reports: Improving Performance and Accountability in Government*, p. 12-13.

aos usuários dos serviços públicos com intenção de se determinar onde estão os defeitos, gargalos ou desperdícios de recursos públicos e a efetiva prestação dos serviços. No cenário exposto por Geoffrey F. Segal e Adam Summers, a cidade de Phoenix, no Estado do Arizona, envia questões para os trabalhadores da cidade, recebendo resposta de 45% deles, com 95% de nível de confiabilidade. A pesquisa, realizada bienalmente, é bastante produtiva, e os dados são analisados em conjunto com grupos organizados da sociedade civil (comitês, comissões temáticas, como comissão de trânsito, dos parques, da educação). Mais tarde, esses elementos são colocados em quadros analíticos, contrapondo-se *importância* com *eficiência*. Então, um serviço pode ser considerado bastante importante e igualmente eficiente, ou eficiente, mas sem importância para os usuários; ou, ainda, muito importante, mas pouco eficiente e, enfim, pouco importante e pouco desejado pelos usuários (neste caso, deve-se alocar-se recursos para outra finalidade).⁷⁷

Experiências similares brasileiras já vem acontecendo, como retrata Marcelo Minghelli, que elaborou tese sobre orçamento participativo. Antes da experiência de participação, as pessoas buscavam contato com vereadores ou deputados, enquanto que, após a instituição da participação orçamentária popular organizada, a mobilização – *pressão* popular – fez-se suficiente – como ocorreu em Porto Alegre (retratado pelo próprio autor e por Graham Smith⁷⁸), alocando melhor os recursos e priorizando investimentos para áreas mais carentes do Município.⁷⁹

Em 2005, segundo Leonardo Avritzer, cento e três municípios brasileiros praticavam o orçamento participativo, iniciado pelo Município de Porto Alegre, em 1989. Para o autor, o exercício é caracterizado por quatro elementos: a) delegação de poderes, do Prefeito Municipal para assembleias regionais e temáticas, com participação aberta de cidadãos; b) combinação entre diferentes elementos de participação que pertencem a diferentes “tradições de participação” – *v.g.* participação direta ou conselheiros eleitos; c) autorregulação pelos participantes –

⁷⁷ *Citizens' Budget Reports: Improving Performance and Accountability in Government*, p. 13-15.

⁷⁸ SMITH, Graham. *Democratic Innovations*.

⁷⁹ MINGHELLI, Marcelo. *Estado e Orçamento: uma cartografia jurídico-política para a consolidação de um orçamento democrático*, p. 118.

normas novas todos os anos; e d) tentativa de inverter prioridades, confrontando e combinando participação política e decisões técnicas.⁸⁰ Ainda, para Herbert A. Simon, que coloca o administrador público no centro da discussão, é possível trazer melhores resultados nas decisões com a coordenação daqueles que participam do processo, ou seja, coordenação da organização da entidade na qual far-se-á o processo decisório.⁸¹

Não somente serve a participação popular à direção das decisões do governo – embora toda decisão popular não seja vinculativa, mas opinativa, consultiva –, mas também tem como finalidade dar publicidade – *accountability e responsividade* – às escolhas realizadas.⁸² Tal medida pode constranger o governante a fazer escolhas prudentes, procurando prestigiar a coletividade como um todo. É o controle das decisões políticas que ocorrem no momento elaboração, e não após, como o faz o parlamento.

Na prática, o controle popular é difícil de se realizar devido ao tamanho e à complexidade da elaboração e execução orçamentárias. As discussões populares em torno das escolhas orçamentárias são prévias à decisão do governo. Não se retira deste a competência de elaboração do orçamento público, mas se exige a consulta e audiência públicas. É uma forma de aprimoramento da eficiência de escolhas governamentais, tendo em vista a busca por dados e informações sócio-econômicos que servem para fundamentar a ação governamental.

⁸⁰ AVRITZER, Leonardo. *New public spheres in Brazil*, p. 56.

⁸¹ Além da coordenação, o processo de *decisão-making* também deve contar com *expertise* dos envolvidos e *responsibility* (responsividade), segundo Herbert A. Simon (*Administrative Behavior*, p. 7-9). Demonstra Adriana Sbicca Fernandes, “segundo Simon (1979, p. 500), tratava-se de um problema de representação, tema muito estudado na psicologia. A questão era “(d)ados um determinado ambiente de estímulo e um determinado cabedal de conhecimentos, como uma pessoa organizará essa complexa massa de informações para formular um problema que diminua seus esforços na busca por uma solução? Como a experiência da maçã de Newton, se é que houve uma, tornou-se representada como uma instância da atração da maçã pela Terra?” (Simon, 1979, p. 500). Questões semelhantes foram o tema central de *Administrative Behavior*, sua tese de doutorado em Ciência Política publicada em 1947, onde o autor assumiu que a decisão é o coração da administração e a partir desse pressuposto procurou instrumentos úteis para sua pesquisa em administração pública.” (FERNANDES, Adriana Sbicca. *Heurísticas na decisão do consumidor* (tese de doutorado), p. 17.

⁸² LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*, p. 89.

As informações são importantes em todas as searas de decisão. Nas escolhas populares, o governo é responsável pela revelação das informações (deve ser transparente e responsivo, e os dados devem ser de fácil compreensão). E o governo também é responsável pela colheita de dados para também decidir.

1.4.3. A relação entre o governo e o parlamento

No Brasil, as políticas públicas que requerem recursos são escolhidas pelo governo⁸³ e, em menor grau, pelo parlamento. Cada um deles pode definir suas políticas ao elaborar as propostas orçamentárias nos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias de cada ano. Também, como não poderia ser diferente, o parlamento participa da discussão política, sendo capaz de manejar a proposta orçamentária, nos limites constitucionais – por “emendas à proposta” e outros determinados pelo governo.⁸⁴

Dessa feita, possível ponderar que são duas esferas institucionais de decisão: o governo decide em primeiro lugar; o parlamento, após, com muitas limitações. A forma de participação, contudo, é criticada. Eduardo Bastos de Mendonça pensa que os três poderes – Legislativo, Executivo e o Judiciário – devem

⁸³ Vide nota 1. Weaver e Rockman elencam dez específicas habilidades do governo: “setting and maintaining priorities, targeting resources, innovating, coordinating conflicting objectives, imposing losses, representing diffuse interests, ensuring effective implementation, ensuring policy stability, making and maintaining international commitments, and managing political cleavages. They assume that a political structure that has advantages for some of these tasks may have disadvantages for others” (QUIRCK, Paul. *Resenha sobre a obra de: WEAVER, R. Kent. ROCKMAN, Bert A. Do Institutions Matter? Government Capabilities in the United States and Abroad*, p. 1175). Bem explicadas essas habilidades por: LABRA, Maria Eliana. *Análise de Políticas, Modos de Policy-Making e Intermediação de Interesses: uma Revisão*, p. 134.

⁸⁴ Segundo o Art. 63, da Constituição de 1988: “Não será admitido aumento da despesa prevista: I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º”. Há divergência com relação à despesa criada por emenda constitucional (considerando que se criem políticas públicas que requerem recursos por emenda, como reforma de Estado, privatizações). O Supremo Tribunal Federal julgou, em 1981, que é inconstitucional Emenda à Constituição de Estado que estabeleceu majoração periódica dos vencimentos do funcionalismo estadual por importar aumento de despesa sem participação do Poder Executivo (Rp. 1.087 – Rel. Cunha Peixoto, *in.*: Revista de Direito Administrativo, n. 147, p. 92). Julgado recente, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, reafirma a inconstitucionalidade de vinculações constitucionais criadas por meio de emenda constitucional de iniciativa do Poder Legislativo (ADI 2447, J. 4 de março de 2009).

participar das discussões orçamentárias⁸⁵. A partir daí, um defeito do processo decisório orçamentário deve ser denunciado: a concentração das decisões no governo, com pequena ou nenhuma participação popular, e a diminuta capacidade do parlamento influir, definitivamente, na decisão de políticas.

Criticar o funcionamento do parlamento e do governo é lugar comum. Quanto ao governo, a crítica é a centralização das escolhas públicas, a falta de critérios na alocação de recursos, a alocação de recursos conforme interesse do próprio governante ou de grupos articulados e capazes de melhor influir nas escolhas. Conforme Irene Rubin, grupos de interesse têm condições de influir nas ponderações governamentais, reduzindo a flexibilidade das decisões e evitando que certas políticas sejam abandonadas. Não necessariamente os grupos realizam *lobby* ou se juntam a grupos de *lobby*, porém costumam apoiar com fervor candidatos a cargos eletivos que se alinham com suas pretensões.⁸⁶ De fato, grupos organizados possuem maiores possibilidades de terem suas vontades atendidas.

A política requer a participação – e ela ocorre de variadas formas, inclusive por métodos não condizentes com princípios constitucionais. A política não é, sempre, republicana, pois participam dela indivíduos egoístas; o uso dos recursos, contudo, deve ser. Cabe ao parlamento – e ao controle popular – determinar o que é ou não adequado, conforme seus interesses.

Eduardo Bastos de Mendonça levanta outro defeito no processo institucional de escolhas orçamentárias: as emendas apresentadas pelo parlamento à proposta de orçamento, que visam a alterar a alocação das despesas. A interferência parlamentar, embora exista uma crença em torno de uma maior participação na definição das despesas públicas, poderia prejudicar ainda mais o resultado eficiente. Os motivos são variados, conforme os apresenta o autor, analisando a Resolução 1/2006 do Congresso Nacional no tocante à despesa. Prevê a Resolução: emendas em função do órgão de origem (de relator, de comissão, de bancada estadual,

⁸⁵ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*, p. 285-286.

⁸⁶ RUBIN, Irene. *The politics of public budgeting. Getting an Spending, Borrowing and Balancing*, p. 15.

individual) e quanto ao objeto (de remanejamento, de apropriação, de cancelamento).⁸⁷ Não importa a exposição detalhada de cada uma delas, mas é relevante determinar se essa participação na elaboração do orçamento público é viável ou não, ao menos, ou é apenas mais um problema para alcance da eficiência das políticas públicas.

Por óbvio, as emendas parlamentares, como as chama a Resolução 1/2006 do Congresso Nacional, têm a função de corrigir eventuais desvios ou impropriedades na proposta enviada pelo governo (art. 165, Constituição da República). As emendas relacionadas à receita possuem essa conotação. No caso da despesa, as emendas parlamentares poderiam, segundo a doutrina exposta, causar desordem na proposta orçamentária, pois requerem anulações ou remanejamento de dotações de despesas. A despeito da exigência constitucional de não criação de novas despesas (art. 63, I, Constituição), ou de que as alterações sejam compatíveis com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 166, §3º, Constituição), ou, ainda, de que as modificações indiquem os recursos necessários (art. 166, §3º, Constituição), haveria possibilidade de distorções no planejamento do governo e, conseqüentemente, ineficiência das ações governamentais.⁸⁸

Por óbvio, a harmonia deve preponderar na elaboração de planos governamentais. Devem ser interligados entre si (por exemplo, urbanismo, gestão de água, iluminação pública, rodovias, agricultura), e todos eles devem se relacionar

⁸⁷ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*, p. 41 e ss. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça defende o fim das emendas individuais à despesa, devendo ser submetidas à discussão na Comissão Mista do Orçamento, por duas razões: a) “provável redução do número de emendas que chega à CMO e exigência de que todas elas tenham passado por uma votação preliminar”; b) fim da associação direta entre parlamentares individuais e emendas aprovadas, na tentativa de reduzir a utilização desse mecanismo como capital político nos ‘redutos eleitorais’”. (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*, p. 299).

⁸⁸ Um exemplo do tratamento dispensado às emendas parlamentares pôde ser observado no “ajuste fiscal” promovido pelo Poder Executivo da União no início de 2011, lido em todos os jornais, v.g. O Estado de S. Paulo: “O corte de despesas pretendido pelo governo era de R\$ 50,1 bilhões, mas a redução de gastos anunciada ontem foi de R\$ 53,6 bilhões, para compensar dispêndios não previstos de R\$ 3,5 bilhões. Desses R\$ 53,6 bilhões, R\$ 18 bilhões são emendas de parlamentares, que o governo nunca pretendeu executar.” (“Corte real no Orçamento é de R\$ 13 bi e vai afetar Minha Casa, Minha Vida”, *In.*: O Estado de S. Paulo, 1º de março de 2011, p. A4).

com os planos financeiros – ou o contrário: estes com aqueles.⁸⁹ Nesse sentido, a inclusão, nos planos, de programas e despesas por meio de emendas parlamentares requer a devida coerência ou harmonia com o restante do plano orçamentário e com os demais planos não-orçamentários. Caso contrário, na mesma linha da proibição constitucional (art. 166, §3º, I, Constituição), as emendas não serão aprovadas.⁹⁰

Embora se reconheça a importância da crítica às emendas parlamentares, não se compartilha da opinião de que, mesmo as individuais, são prejudiciais ao orçamento público. Demonstrar-se-á que, pelo contrário, elas têm sua importância para as escolhas públicas.

De fato, a relação política entre governo e parlamento é saudável, no sentido de que é necessário fazer concessões para que se aprove rapidamente as leis orçamentárias. A finalidade, política, é prestigiar parlamentares e partidos de oposição – ou a minoria dos membros, eventualmente. Há possibilidade de melhor distribuição de recursos, resultando escolha eficiente.

1.4.4. O modelo orçamentário adotado no Brasil

O orçamento público é peça fundamental para o funcionamento do Estado contemporâneo e é ínsito à ideia da separação entre as esferas pública e

⁸⁹ No Direito Urbanístico, o plano orçamentário deve observar os planos urbanísticos da cidade: Lei 10.257/2001, art. 40, §1º.

⁹⁰ O orçamento público dos Estados Unidos diferencia-se do brasileiro pela atuação do Congresso. Lá, o Poder Legislativo detém uma parcela maior de competências orçamentárias, podendo fazer o orçamento – em tese – sem a participação do Poder Executivo. Mesmo assim, nas últimas décadas, o orçamento norte-americano vem sendo elaborado e concentrado nas mãos do Presidente – especialmente a partir da gestão de Richard Nixon, 1974 –, que vem exercendo um poder maior desde da criação do órgão *Office of Management and Budget* (originalmente chamado de *Bureau of the Budget*), na primeira metade do século XX. Em 2010-2011, em razão de impasse entre Democratas e Republicanos, o orçamento não foi aprovado até final de setembro de 2010, o que manteve os Estados Unidos sem um orçamento público federal por mais de 6 meses, acarretando o risco de *shutdown*, que é a paralisação dos serviços públicos devido à impossibilidade de gastar recursos pecuniários. Para tanto, conferir: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110408/not_imp703300,0.php (também publicado no O Estado de S. Paulo, 8 de abril, primeiro caderno); http://www.washingtonpost.com/politics/a-qanda-for-federal-workers/2011/04/07/AFeoNXxC_story.html?tid=obinsite (The Washington Post, acesso em 7 de abril de 2011, sobre os efeitos práticos do *shutdown*).

privada.⁹¹ Sem um orçamento bem elaborado – e que esteja relacionado ao planejamento estatal como um todo – não se alcança a prestação adequada de políticas públicas do Estado, as quais, sem coordenação, serão ações pontuais e desconexas de ações mais amplas.

A escolha da alocação de recursos tem como intenção bem idealizar o orçamento, que é uma peça documental, contábil e programática. Determinadas as despesas públicas, monta-se o projeto de lei orçamentária, cuja apreciação deve ser realizada pelo parlamento, cuja tarefa é autorizar ou não despesas para o exercício financeiro subsequente, proceder a pequenas alterações e supressões de despesas, recalcular receitas públicas. Enfim, aprimora, na medida do possível, o projeto e, então, aprova-o.

Com o documento legislativo pronto, restam a sanção do governo, a promulgação e, para vigorar, a publicação. A lei orçamentária anual começa a vigorar. Entretanto, essa lei é diferente da maioria das outras leis ordinárias, pois enquanto estas obrigam ou proíbem o destinatário, aquela apenas o autoriza. Se é lei no sentido formal, lei no sentido material, ato-condição, ato administrativo, debate-se o assunto desde o século XIX, a partir do estudo de Paul Laband, que despia o orçamento de qualquer significação jurídica, considerando-o apenas um documento capaz de ordenar a administração, como interpretou Francisco Campos. Teria como uma das funções exonerar o governante da responsabilidade nas despesas públicas.⁹²

O estudo da natureza da lei orçamentária vincula-se à exposição das obrigações do governo; se pode ser considerada como impositiva, cria uma obrigação governamental; se é apenas autorizativa, não resulta qualquer sanção

⁹¹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*, p. 97 e seguintes.

⁹² LABAND, Paul. *Traité de Droit Constitutionnel*, p. 294-295. Ainda, ver: CAMPOS, Francisco. *Orçamento – Natureza Jurídica (Parecer)*, p. 324; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. 5, p. 93; BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças, p. 528. VIDIGAL, Geraldo. *Fundamentos do Direito Financeiro*, p. 263; PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*, p. 5; MONCADA, Luís S. Cabral de. *Novo direito orçamental português*, p. 93. Sobre a diferença entre lei no sentido formal e lei no sentido material, ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, p. 234; FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 23-28.

jurídica – somente o ônus político pelo não cumprimento. Então, compreendendo a lei orçamentária – qualquer das leis orçamentárias brasileiras, frise-se – como lei no sentido formal, pode o governo não efetivar uma dotação orçamentária, uma despesa, e essa omissão não trará qualquer prejuízo jurídico ao governante. Diversamente, se lei no sentido material (que, concomitantemente, e neste caso, é lei em sentido formal) cria-se a obrigação ao cumprimento da lei, sob pena de ilegalidade por omissão.

A distinção entre lei formal e lei material não é, aqui, proveitosa. O conflito ocorre, em verdade, entre lei autorizativa e lei impositiva, como espécies opostas da lei de orçamento, sendo a lei autorizativa aquela que apenas autoriza a execução da despesa, não exigindo a atuação do governo; já a lei impositiva, como o próprio nome demonstra, impõe a atuação a ele.⁹³ Colocando-as em uma linha *dégradé*, cada uma em um extremo, há, entre elas, as vinculações constitucionais – exceções ao princípio da não-afetação de impostos a despesas, órgão ou fundo (art. 167, IV, Constituição de 1988) – e obrigações legais – em leis outras, não a lei orçamentária.

É mera crença que lei orçamentária impositiva trará melhores resultados. Os principais motivos da desconfiança são os de ordem material: a dependência de recursos, cuja escassez é patente; a exiguidade do tempo, que exige o cumprimento da lei em um ano, segundo o conceito de exercício financeiro; os eventuais danos ao erário por não cumprimento da lei, face a responsabilidade extracontratual do Estado.⁹⁴

⁹³ Uma alternativa trazida pela doutrina e por propostas de emendas à Constituição da República que consideram a lei orçamentária como impositiva é a determinação ao administrador público de expor os motivos que o levaram a não execução de uma dotação orçamentária, submetê-los ao Poder Legislativo, que o desoneraria do cumprimento, sem qualquer sanção. O entendimento é compreensível, mas além de alterar profundamente a característica da Constituição Orçamentária, comprimiria o exercício financeiro, que se tornaria exíguo para tantas discussões no âmbito do Poder Legislativo. Em defesa da impositividade do orçamento, ver: MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*, p. 308 e ss.

⁹⁴ KANAYAMA, Rodrigo Luís. *A ineficiência do orçamento público impositivo*, p. 127-144. É comum a defesa de um orçamento impositivo como solução para a falta de aplicação de recursos públicos. Ver, por exemplo, o artigo publicado no jornal O Estado de S. Paulo (A “socialização” do Orçamento, edição de 4 de fevereiro de 2011, p. 3; também neste link: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110204/not_imp675097,0.php).

A eficiência na efetivação da lei orçamentária (*eficiência como fim*) é conseguida não a custo de imposições legislativas ou vinculações, mas nas boas escolhas que são realizadas, com regras procedimentais adequadas. Por exemplo, as vinculações de impostos a determinadas políticas públicas – *v.g.* saúde e educação, arts. 198, §2º e 212 da Constituição, respectivamente – não garantem a efetivação dos direitos, pois obrigam apenas a efetiva despesa, mas não explicitam a forma que deve ocorrer a escolha ou os resultados requeridos ou esperados. Assim, tanto a alocação de recursos no orçamento público, quanto a execução da despesa nessas políticas públicas, ambas podem ser eficientes ou não, de acordo com as regras procedimentais da escolha e da execução.

Exigir uma certa quantia a ser despendida numa política pública não garante que será atendido o princípio da eficiência. Promover *vinculações* – entre impostos e despesas – é o mesmo que retirar a faculdade da escolha a ser realizada pelo governo e parlamento. É reduzir, em parte, a amplitude da escolha; representa a impossibilidade de se alocar conforme se necessite em determinado momento.

A solução à ineficiência de políticas públicas não pode se dar apenas com a mutação da ideia de orçamento público. Evidente que uma arma para exigir que o orçamento torne-se efetivo e eficiente é a participação popular, exercendo pressão (*lobby*, grupos de pressão, manifestações populares) sobre governos e sobre o parlamento. Essa, talvez, seja a solução imediata e que não requer qualquer mudança constitucional, mas, ao contrário, estar-se-á materializando o que a Constituição dispõe em matéria de direitos substantivos.

Nos Estados Unidos, o orçamento público flerta com o modelo do orçamento impositivo, além de o parlamento ter a competência de, igualmente ao Presidente, criar ou alterar o orçamento – já que a Constituição dos Estados Unidos não define o poder da iniciativa legislativa. Os parlamentares têm a faculdade de autorizar os contingenciamentos (cancelamentos - *rescissions*) ou retardamentos (*deferrals*) propostos pelo Presidente, em formato diferente do brasileiro, cujas decisões de contingenciar podem ser tomadas somente pelo governo (há algumas exceções: flexibilizações nas dotações, com possibilidade de remanejamentos e

transposições, sem comunicação ao Congresso, desde que autorizados pelo orçamento). Importante ressaltar que, a despeito dessas colocações, o Presidente prossegue com consideráveis poderes – é tão verdade que se criou na primeira metade do século XX o *Bureau of the Budget*, renomeado em 1970 para *Office of Management and Budget* (OMB), e o conflito com o Congresso permanece.⁹⁵ O processo é diferenciado. Por isso, o Presidente terá de promover as escolhas corretamente, com cuidado, pois deverá executar suas próprias decisões e as do parlamento.

No Brasil, em diferente roupagem das imposições orçamentárias, existem as chamadas vinculações orçamentárias, previstas na Constituição da República como exceção ao princípio da não-afetação (previsto no art. 167, IV). Sua finalidade é obrigar o elaborador da proposta orçamentária a fixar despesas em determinadas políticas consideradas de caráter essencial para o funcionamento do Estado ou para a promoção dos direitos sociais. Seu funcionamento é complexo: em regra, impostos não podem ser vinculados a fim específico. Por exemplo, não é permitido prever na Lei Orgânica de um Município que 10% da arrecadação de impostos (IPTU, por exemplo) será destinado a construção e reparação de pavimentação. A situação é diferente para outros tributos, que podem ser vinculados a uma finalidade (como taxas, contribuições, entre outros).⁹⁶ A

⁹⁵ As dúvidas sobre a competência em matéria orçamentária do Congresso dos Estados Unidos persistiram por bastante tempo, somente solucionadas em 1974, com o *Congressional Budget and Impoundment Control Act*, criando-se um órgão no Congresso (o *Congressional Budget Office*) com a atribuição de proceder à “avaliação autônoma das opções orçamentárias, tanto na receita quanto na despesa”, fortalecendo o Congresso para que pudesse controlar o Presidente nas execução orçamentária. (MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*, p. 353-372). Ver sobre o tema: SCHICK, Allen. *Congress and Money: Budgeting, Spending and Taxing*, p. 51-53; SCHICK, Allen. *The Federal Budget: Politics, Policy, Process*, p. 8-18. Além disso, a decisão no caso *Kendall vs. United States*, de 1838, também definiu que o Poder Executivo não pode deixar de cumprir as leis e, nesse caso, era obrigado a pagar o débito com uma empresa de transporte de correspondências. (Sobre o tema, além de MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*, p. 361, nota 536, ver também <http://law.jrank.org/pages/13608/Kendall-v-United-States.html>. Acesso em março de 2011). Interessante acompanhar o orçamento público norte-americano no site do *Office of Management and Budget*: www.whitehouse.gov/omb.

⁹⁶ O conceito de “imposto” já traz a informação: “Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.” (Código Tributário Nacional).

Constituição, entretanto, aos poucos, e por emendas constitucionais, vinculou parte de alguns impostos para serem utilizados em fins específicos, que possuem relação com os direitos sociais, como saúde, educação, fundos diversos.⁹⁷

O efeito concreto em nada se coaduna com o ideal de escolha eficiente. A alocação dos recursos torna-se engessada, sem a devida maleabilidade na elaboração dos orçamentos públicos pelo Poder Executivo. Antes livres, agora os recursos devem ser obrigatoriamente destinados a uma finalidade, mesmo que não sobrevenha a necessidade; ainda, não é porque está sendo direcionado para um programa social de saúde que o seu uso será adequado, já que a alocação, dentro da finalidade saúde, pode ser realizada de diferentes maneiras.⁹⁸

Em tentativa para reduzir o excesso de vinculações, promulgaram-se emendas constitucionais, chamadas de DRU ou Desvinculação das Receitas da União (a 27/2000, a 42/2003, a 56/2007 e a 68/2011 – esta última deu nova redação

⁹⁷ A CR88 foi promulgada com as seguintes vinculações de impostos: nas ações de desenvolvimento do ensino e nas operações de crédito por antecipação de receita (art. 167, IV e art. 212, art. 60 da ADCT, com modificações das Emendas 14/1996 e 53/2006, esta última modificou o FUNDEB). Adicionadas outras vinculações pela Emenda Constitucional n. 3 (garantia e contragarantia à União para pagamento de débitos para com ela), Emenda de Revisão n. 4 (Fundo Social de Emergência), Emenda 29/2000 (saúde, art. 167, IV e art. 77, ADCT), emenda 42/2003 (atividades da administração tributária, art. 37, XXII; Programa de Apoio à Inclusão e Promoção Social, art. 204, parágrafo único, para os Estados e Distrito Federal; Fundo Estadual de Fomento à Cultura, art. 216, §6º, para Estados e Distrito Federal), Emenda de Revisão 1/1994 (Fundo Social de Emergência, alterado para Fundo de Estabilização Fiscal pela Emenda 10/1996, que vigeu até 1999 com a prorrogação feita pela Emenda 17/1999), Emenda 31/2000 (art. 80, ADCT – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, da União, Estados e Municípios). Bem retrata, resumidamente, as vinculações orçamentárias Ricardo Lobo Torres: “No período do Governo Fernando Henrique e no início do Governo Lula a Constituição Brasileira foi profundamente reformada. Interessam-nos aqui as Emendas Constitucionais ns 14/96 (educação pública e vinculação de receitas), no 29/2000 (vinculação de receitas da União, Estados e Municípios a ações e serviços públicos de saúde), no 31 (criação do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza) e 42 (Reforma Tributária, com autorização para vinculação de receita a programa de apoio à inclusão e promoção social – art. 204)”. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível*, p. 74). A análise mais completa pode ser lida em: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. 5, p. 338-355.

⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. 5, p. 338. Conforme o professor, “o então Deputado José Serra relator geral do capítulo do Orçamento na Constituição de 1988, calculou, com referência ao exercício de 1989, que 48 por cento da receita orçamentária estava vinculada a certas despesas, percentual que com as transferências intergovernamentais subia para 94,4, representando as despesas não condicionadas tão-somente 5,7 por cento do orçamento, equivalendo a 1,5 por cento do PIB. Nos Estados Unidos ocorre o mesmo fenômeno e juristas e financeiros anotam que, em razão de decisões pretéritas e de direitos e titulações (*entitlements*) diversos, o orçamento fica permanentemente comprometido” (p. 338).

ao *caput* do art. 76 da ADCT para prorrogar até 31 de dezembro de 2015). A finalidade, “como já se acontecera com o Fundo de Estabilização Monetária, foi o de contingenciar dotações orçamentárias e gerar superávit primário para o pagamento da dívida pública, o que se conseguiu com sucesso nos últimos anos”⁹⁹. De fato, a despeito de a medida ter uma função primeira contábil, para dar aparência saudável às finanças públicas brasileiras, denota preocupação com o número bastante elevado de vinculações, que, como dito, não garantem a gestão eficiente e a aplicação adequada dos recursos públicos.

A escolha das despesas torna-se bastante limitada quando a norma constitucional define, de antemão, os fins que devem ser buscados. Não há um debate público anual, mas apenas aplicação de decisão formal que foi tomada há tempos. As despesas públicas devem ser decididas anualmente, já que não é previsível a conjuntura econômica para períodos longos (nem para curtos, às vezes). Por isso, não é possível, *a priori*, determinar critérios imutáveis que antecedam a decisão política de gastar, porque a cada ano (exercício financeiro) novas necessidades públicas surgem, fontes de receitas escasseiam ou aumentam, requerendo medidas diferentes para cada caso.¹⁰⁰

Não é importante a necessidade ou obrigação de gastar, mas que a escolha se dê de forma a prestigiar todos. Um orçamento impositivo ou vinculações constitucionais de receitas a despesas podem ser, até uma margem, efetivos, mas não necessariamente eficiente (tanto na *escolha* quanto com relação ao *fim*).

⁹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. 5, p. 355.

¹⁰⁰ “A principal crítica às vinculações constitucionais é que engessam o orçamento, retirando da Administração e do próprio Legislativo a competência discricionária para as escolhas acerca dos investimentos e das políticas sociais. Constituem instrumento pouco democrático porque transformam em regras superiores as escolhas dos partidos políticos, que deveriam ficar ao sabor das manifestações da cidadania nas eleições periódicas” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. 5, p. 338)

Segundo Saldanha Sanches, sobre a necessidade de revisão dos rumos do Estado, mesmo diante de “cláusula de retrocesso”: “Por isso, e por exemplo, quando se passa de um período de crescimento rápido para um outro em que existe uma persistente estagnação, quando a pirâmide etária se altera ou aumenta a esperança de vida, as prestações, a idade da reforma ou a estrutura do sistema têm de ser revistas como condição de sua sobrevivência. Trata-se de uma alteração que não pode ser impedida pela barreira jurídica da proibição do retrocesso, a qual impediria qualquer reforma substantiva, uma vez que qualquer reforma deste tipo implicará alterações que porão em causa direitos adquiridos”. (SANCHES, J. L. Saldanha. *Direito Econômico. Um Projecto de Reconstrução*, p. 88).

Procurar-se-á demonstrar uma possível solução ao impasse da *eficiência da escolha* das políticas públicas, elaborando um modelo misto de eficiência (aplicada ao Direito). Destarte, não se pretende revelar nesse momento como a execução do orçamento público pode ser eficiente; apenas busca-se expor que as soluções apresentadas costumeiramente pela doutrina não resolvem o problema da escolha.

1.4.5. A escassez de recursos

Antes da alocação, é obrigatório que existam recursos, os quais são escassos. Tem-se como escasso um bem que não satisfaz todos os indivíduos.¹⁰¹ E nem é preciso considerar apenas bens monetários, mas é possível imaginar a escassez de órgãos humanos para transplante, ou mesmo vagas em universidades. Algumas pessoas podem concluir que é imoral, ou repugnante, pensar que uma vida pode ser ponderada com os recursos que estão à disposição, todavia na distribuição de órgãos humanos para transplante é exatamente o que ocorre.

A escolha e a alocação de recursos fazem parte do tema da escassez, pois se houvesse bens ilimitados não haveria necessidade, *a priori*, de se fazer escolhas: todos poderiam deles usufruir. Aliás, bens tornam-se bens econômicos quando sua disponibilidade fica comprometida: um bem como o ar não tem valor econômico se estiver livre no ambiente, se todos tiverem acesso sem qualquer obstáculo; se fosse diferente – por exemplo, numa colônia lunar – o ar seria escasso e, portanto, econômico. Então, “o bem econômico é aquele útil e escasso”.¹⁰²

Neste ponto discutem-se receitas públicas – dinheiro, apenas – e claro que a sua arrecadação não pode ser afastada neste momento, embora não seja o objeto principal do estudo. É dever fundamental ao pagamento de impostos.¹⁰³ De fato, o Estado não cumprirá seu papel sem dinheiro, e a contribuição dos particulares em prol da coletividade se dá, na maior parte das vezes, com tributos,

¹⁰¹ ELSTER, Jon. Local Justice. *How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*. p. 21.

¹⁰² NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. *Introdução ao Direito Econômico*, p. 31.

¹⁰³ Como afirma José Casalta Nabais, é um tema relativamente esquecido. (NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 15-40). Ainda, ver: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, 163-175.

ou especificamente, com impostos. Vive-se num Estado Fiscal, que depende de receitas de tributos, apesar de não ignorar outras fontes de receita, como as patrimoniais.

A elasticidade de majoração de tributos não é ilimitada. Além dos limites formais, como a vedação do confisco, há limites materiais, como a capacidade contributiva¹⁰⁴, e há a própria limitação material dos contribuintes. Portanto, é preciso gerir com sabedoria e parcimônia, e evitar o uso ineficiente das receitas públicas. O Estado não pode, a seu bel prazer, instituir tributos que excedam limites formais e materiais para sustento da máquina (não existiria sentido de o Estado, numa ânsia de prestar serviços públicos para todos, retirar grande parte das riquezas dos particulares – ficaria sem receitas no futuro provenientes dessas mesmas pessoas e não poderia prestar serviços públicos). Busca-se a *tributação ótima*.¹⁰⁵

Importante expor a *Curva de Laffer*. De acordo com Joseph Stiglitz, “majorando impostos além de um certo nível por reduzir incentivos suficientes para reduzir resultados e receitas de impostos. Existe, então, um nível em cuja receita de impostos é maximizada”. Em outras palavras, definir o percentual de exigência de tributos em zero por cento e cem por cento tem o mesmo resultado: nenhuma receita. Exigir demais impede o exercício da atividade econômica privada (e a desencoraja), reduzindo e anulando a arrecadação. Deve-se encontrar o ponto ótimo, em que a quantidade de receitas seja maximizada.¹⁰⁶

A previsão da captação de receitas inconsistente com a realidade prejudica o funcionamento das políticas públicas, pois, sendo o orçamento público uma espécie de planejamento das ações governamentais, resultará ausência de recursos para as despesas públicas no exercício financeiro subsequente. A previsão

¹⁰⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 443. VILLEGAS, Héctor B. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, p. 258-264. CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 86-100. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 267-284. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 138-144.

¹⁰⁵ Importante ressaltar que se concorda com a afirmação “o melhor mecanismo de justiça social é a tributação”, segundo Luciano Benetti Timm (*Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*, p. 62-63).

¹⁰⁶ STIGLITZ, Joseph. *Economics of the Public Sector*, p. 699-700.

de receitas públicas para o exercício financeiro seguinte ao qual o orçamento é elaborado deve seguir um método previsto em lei¹⁰⁷, além de ser compatível com a situação real da economia e da sociedade. Quanto menor a atividade econômica, ou quanto pior for a situação social, menor deverá ser a arrecadação de receitas. Por isso, leva-se em conta tal fato para melhor determinação do valor das receitas.

A deficiente previsão - deliberada ou não - afeta a produção de resultados das políticas, pois muitos programas iniciados no começo do exercício financeiro podem não contar com recursos ao final e, mesmo sendo garantida sua continuidade, deixará dívida para o futuro, com resultados ruins no longo prazo.

Pelo fato de a escassez de recursos ser evidente, as despesas e a efetivação de políticas requerem escolhas. Cabe àqueles que possuem competência promovê-las. As escolhas tornam-se mais difíceis quanto mais escassos forem os recursos. Em um extremo, há *escolhas fáceis*; do outro, *escolhas trágicas*. Nestas, a eficiência pode perder sua importância para outros elementos, como honestidade e igualdade, como preceituam Guido Calabresi e Philip Bobbit.¹⁰⁸

De todo modo, a escassez de recursos demanda *escolhas eficientes*. Requer-se a observação e cumprimento de determinadas regras de escolha, regras procedimentais, que permitem o atingimento dos fins esperados (o bem-estar, a efetivação dos direitos constitucionalmente protegidos). Governo e parlamento têm de saber ponderar interesses a fim de equilibrar os recursos disponíveis (escassos) com as necessidades públicas (quase ilimitadas). A *eficiência da escolha* é imprescindível para a alocação de recursos.

¹⁰⁷ A Lei 4.320/64 e a Lei Complementar 101/2000 definem o método de previsão.

¹⁰⁸ *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, p. 23-24. Sobre eficiência no sentido econômico: "Certamente, a eficiência econômica é melhor do que a ineficiência, mas muitas vezes uma situação de eficiência pode não corresponder a uma distribuição justa dos recursos entre os indivíduos. Embora os mercados competitivos alcancem eficiência, eles também podem produzir distribuições de renda moralmente inaceitáveis. Como bem ressaltou Posner, a ciência econômica não responde à questão se a distribuição de renda e riqueza na sociedade é boa ou má, justa ou injusta, e, por isso, a competência do economista para discutir questões jurídicas é limitada". (MAURICIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias*, p. 125).

1.4.6. Um [novo] conceito de eficiência: a *eficiência da escolha*

O conceito de eficiência é tradicionalmente relacionado ao fim.¹⁰⁹ Tem cunho teleológico, flerta com a noção de economicidade ou *custo-benefício*. Nesse sentido, é correto afirmar que os parâmetros para controle da eficiência das políticas públicas devem ser fixados previamente, não posteriormente à execução. Não é esse enfoque que será dado à eficiência.

As escolhas são realizadas pelos governos, junto aos parlamentos e à participação popular. Nelas, estão presentes pretensões e interesses conflitantes. Buscam, os participantes do debate público, que a alocação satisfaça suas necessidades: eleitorais (como agentes políticos que querem votos); tributários (como pessoas que desejam pagar menos impostos); sociais (pessoas que exigem mais serviços públicos); econômicos (pessoas que querem auxílios do Estado para desenvolver atividades econômicas). Enfim, a sociedade é plural e heterogênea.

A devida ponderação de interesses permite o que os economistas do bem-estar (*welfare economics*) pugnavam: o bem-estar. Criaram-se fórmulas e funções capazes de demonstrar, em tese, como se obtém o bem-estar social e econômico. Consenso é o fim do processo político, embora o bem-estar também o seja. As ponderações e trocas que ocorrem nesse ambiente devem, então, levar a esse estado consensual. Não obstante, regras procedimentais que respeitam a eficiência econômica, relacionadas às trocas de vontades e interesses, são estritamente necessárias. Assim, o consenso é possível, em razão da – quase – impossibilidade da unanimidade. O consenso requer trocas. Essas trocas devem ser eficientes. E será a partir daí

¹⁰⁹ Segundo Herbert A. Simon, o conceito de eficiência é mais fácil de ser aplicado nas organizações comerciais que nas não-comerciais. O que se visa é a maximização da receita com a minimização do custo, simples raciocínio comercial. Na definição dos objetivos dos serviços públicos, segundo o autor, a tarefa é mais complicada. Determina-se o fim; definem-se os fins intermediários. Contudo, há elementos que não aparecem nas contas pública. Simon conceitua o critério de eficiência como: “escolha das alternativas que produzem o maior resultado para aplicação dos recursos dados” (p. 256). Apresenta críticas, como o risco de a administração adotar um conceito mecânico de eficiência, ou que “os fins justificam os meios”, “avaliações com preconceitos”. (SIMON, Herbert A. *Administrative Behaviour*, p. 250-271)

Parte 2. Escolhas

Escolhas são imprescindíveis se recursos são escassos. Dinheiro, bens, tempo: todos escassos. O pedestre escolhe entre percorrer o caminho à esquerda e o caminho à direita, ao se deparar com uma bifurcação, e só escolhe devido à impossibilidade de percorrer ambos os caminhos simultaneamente. O pedestre é apenas um único indivíduo e não pode se dividir. Ele possui preferências – prefere ir para o caminho à direita em detrimento ao caminho à esquerda; à esquerda, ao invés de retornar por onde veio. O sujeito escolhe conforme essas preferências, racionalmente. Se um grupo – ao invés do indivíduo só – tiver que escolher entre essas alternativas: qual será o resultado da escolha? Quem ou quantos devem tomar a decisão?

Na ambiência pública, as decisões não são facilmente tomadas. Algumas são realizadas por um indivíduo; outras, por um colegiado. A escassez de recursos é a primeira barreira fática ao atendimento de todas as necessidades públicas. Nem sempre é possível dividir os recursos; há situações em que o governo deve optar entre o caminho A ou B. Evidentemente que, em outras ocasiões, os recursos podem ser repartidos de forma proporcional, com atendimento parcial das necessidades. São cenários que devem ser apreciados concretamente, caso a caso.

No estudo do Direito, nos bancos escolares, não é incomum que a abordagem do tema se inicie pelo conceito de *interesse público*, princípio em que todos os agentes públicos devem se pautar. Parte-se de uma imagem altruísta e puritana da função pública; às vezes, ingênua. É claro que os cidadãos de qualquer cidade desejam representantes moralmente irrepreensíveis e possuidores de virtudes, capazes de promover a tarefa delegada a estes democraticamente. A decisão tomada pelo indivíduo ou pelo colegiado representa esse *interesse*? Ele de fato existe? A indagação é importante, pois sua resposta permite determinar qual o sujeito que pode fazer escolhas em ambiente público.

O ideal republicano requer condutas públicas em prol da coletividade. Não tolera benefícios pessoais e comportamentos egoístas por parte dos agentes públicos. *Ser republicano* é observar, cumprir, respeitar a Constituição Federal. É

saber separar o espaço público do privado e tratar o público como público. Nem sempre (ou quase nunca), contudo, os debates públicos e escolhas são feitos conforme essa visão virtuosa da sociedade. Ao contrário, as decisões políticas são próprias de grupos e interesses pessoais - o agente público decidirá republicanamente se essa decisão não contraria suas pretensões. Reconhecer esse fato, ao invés de prometer uma sociedade ideal, é o primeiro passo para superar os problemas das ações de governo, dos programas e, especificamente, das políticas públicas. Aproximam-se, então, as escolhas públicas e as escolhas privadas, o espaço público e o mercado.

O embate entre mercado e Estado é comum. Contrapõem-se na doutrina jurídica. Enquanto o Estado parece tentar superar o mercado, a recíproca também será verdadeira.¹¹⁰ No mercado, trocas acontecem e as partes sentem-se satisfeitas; no Estado, em decisão coletiva, segundo o sentimento comum, não se toleram trocas e enquanto uma parte vence, a outra perde. As partes, quando agem na esfera pública, sempre o fariam como sujeito éticos, visando ao bem coletivo. Essa é a noção tradicional do espaço público. Entretanto, qual o motivo que leva a crer que as pessoas pensam diferente no ambiente privado - no mercado - do público - decisões coletivas?

Os resultados das decisões públicas coletivas não são mensuráveis com exatidão.¹¹¹ Por isso, não é possível simplesmente transportar modelos empresariais para o espaço público. Outrossim, não se desconsidera que as pessoas numa sociedade decidirão conforme seus próprios interesses - se a escolha o prejudica, o sujeito opta por uma outra alternativa -, mas para isso, tal qual ocorre no mercado, aceitam negociações e trocas. As pessoas têm, no mercado e nas escolhas públicas,

¹¹⁰ Maria Eliana Labra diferencia o mercado econômico e o mercado político. "No mercado econômico, as ações dos competidores seriam independentes e baseadas em fatores como concorrência dispersa, racionalidade econômica e maximização de benefícios, sendo exercida a regulação mediante contratos privados, controles hierárquicos das grandes empresas e normas estatais. No mercado político, a competência também é dispersa; os atores são partidos e os votantes; o objetivo é a vitória eleitoral e a maximização de coalizões; a representação política é o *leit motiv*; e as regras do jogo são constitucionalmente garantidas". (LABRA, Maria Eliana. *Análise de Políticas, Modos de Policy-Making e Intermediação de Interesses: uma Revisão*, p. 136)

¹¹¹ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 36-37.

preferências e as ordenam conforme seus interesses e concepções sobre a realidade a sua volta.

A eficiência das políticas públicas depende de como as escolhas forem feitas. Se as trocas forem eficientes, entender-se-á a alocação de recursos como adequada, o que resultará, ao menos em tese, políticas públicas eficientes – a execução também é relevante, mas nela não se aterá.

Caso as escolhas promovidas pelos agentes públicos sempre sejam feitas em prol deles próprios, e se eles forem maioria, a minoria sempre terá prejuízo. Por isso, obstáculos devem existir – a Constituição, por exemplo. A necessidade do estudo do processo de escolha se impõe. É preciso apresentar algumas construções teóricas com o intuito de desmistificá-la.

Como ora se trata do conceito de eficiência, é evidente que o estudo deve abranger a escolha das políticas – só a escolha pautada pela noção de eficiência pode produzir resultados eficientes. Faz-se necessário analisá-la – no sentido apresentado – aplicada às decisões de políticas. Tem-se dois momentos: (a) no processo de escolha as negociações ou decisões devem ser fundadas por critérios de eficiência, ou seja, devem ocorrer benefícios mútuos nas trocas de pretensões dos participantes do debate coletivo – visa-se o consenso; (b) na elaboração das políticas deve-se, igualmente, atender à eficiência, determinando adequadamente a alocação de recursos.

No Brasil, as escolhas públicas devem se dar em duas grandes fases, pela ordem: (a) escolha unipessoal (pelo governo – o Presidente da República, por exemplo); (b) escolha coletiva (o parlamento). Há uma terceira, que precede a escolha unipessoal: a popular (faz parte do chamado *orçamento participativo*). Poderão o governo e o parlamento, nessa situação, decidir politicamente, desde que observe critérios de eficiência. A tarefa do governo é sobretudo técnica, cabendo a ele determinar em quais políticas públicas serão gastos os recursos; a diferença com o parlamento é que este tem tarefa preponderantemente política, não técnica.

Nessa linha, estudar-se-á: a escolha racional, apresentando critérios para que as escolhas sejam refletidas; a *public choice*, teoria econômica da escolha,

elaborada nos Estados Unidos em meados do século XX, em resposta àqueles que defendiam que o mercado possui falhas (*market failure*) e, em contestação, afirmavam que o governo tem falhas (*government failure*). Não oferece o fim do governo, mas propõe uma visão nova. Assim sendo, a democracia deve ser analisada, em razão de a democracia majoritária resultar efeitos indesejáveis em certos momentos.

2.1. A escolha racional

A despeito do seu sentido trivial, a racionalidade da escolha tem, nestas reflexões, um conceito delimitado e técnico. É, pois, o instrumento que ordena e guia o processo de escolha.¹¹²

As pessoas fazem escolhas e, para tanto, ordenam suas preferências. O processo de escolha é baseado na ordem dessas preferências (sujeito A prefere laranjas a maçãs, mas maçãs a bananas). O intuito é a *maximização da utilidade*¹¹³, ou seja, o indivíduo escolhe conforme a alternativa que lhe seja mais útil (o melhor resultado global).

Assim, conforme Jon Elster, “a escolha racional busca encontrar os *melhores* meios para os fins dados”.¹¹⁴ Entretanto, alerta que o método não é infalível e está sujeito a erros. As informações ou crenças que o indivíduo possui influem profundamente na decisão.¹¹⁵ Se o governo precisa agir para conter uma epidemia,

¹¹² ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens da ciência social*, p.38. Segundo o autor, “a escolha racional é instrumental: é guiada pelo resultado da ação. As ações são avaliadas e escolhidas não por elas mesmas, mas como meios mais ou menos eficientes para um fim ulterior” (p. 38).

¹¹³ Racionalidade e maximização costumeiramente estão juntas (ARROW, Kenneth. *Social Choice & Individual Values*, p. 3). Ainda, como diz Amos Tversky e Daniel Kahneman, escolha (racional) é como um processo de maximização. (*Rational Choice and the Framing of Decisions*, p. 251).

DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*, p. 26-28.

¹¹⁴ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens da ciência social*, p. 41.

¹¹⁵ John Ferejohn e Pasquale Pasquino adotam “uma definição mínima de ação racional: convencionalmente, um ato racional é um ato que foi escolhido porque está entre os melhores atos disponíveis para o agente, dadas as suas crenças e os seus desejos. Ato racional maximiza preferências ou desejos, dadas determinadas crenças. Colocado de outra forma, a racionalidade requer que crenças, desejos e ações se relacionem de uma forma particular. Nesse sentido, a racionalidade é uma condição de consistência que sustenta que essa relação seja válida para todas as

necessita saber de que forma a doença é transmitida. Sua decisão refletirá as informações oferecidas: uma doença que seja transmissível pelo ar exige medidas diferentes das requeridas se a contaminação ocorresse pelo contato físico.

Não apenas esses elementos informativos devem estar presentes. O tempo deve ser considerado. O custo variará proporcionalmente ao tempo que se leva para a tomada de decisão. No caso acima, a decisão, se não tomada com brevidade, terá custos maiores (pessoas morrerão, mais medicamentos, mais leitos de hospital). Então, a decisão racional deve ser imediata. Mesmo que não haja informação total (no sentido de todas as variáveis e dados terem sido estudados e calculados), o custo será menor se se tomar a decisão rapidamente. À propósito, muitas decisões são tomadas fundadas em crenças, e não em dados estatísticos ou previsões científicas (embora muitas dessas previsões e dados sejam, de fato, crenças). É, na verdade, um jogo de probabilidades.

Um agricultor, por exemplo, optará entre dois cultivos (A e B) e são possíveis duas condições climáticas (boa e ruim). A decisão a ser tomada pelo agricultor, em conjunto com um clima, resulta utilidades diferentes (um dos cultivos é mais próprio para clima ruim).¹¹⁶ Com relação às políticas públicas, cenário semelhante é o governo, face à epidemia grave de doença fatal, optará entre dois remédios para curar a doença (A e B), sendo um experimental e outro reconhecido pela sua eficácia. O experimental é de cura mais rápida, mas pode causar reação alérgica que também provoca a morte; o reconhecido é mais efetivo, embora seus resultados sejam lentos, o que pode acelerar a expansão da doença. Cada quadro tem variáveis próprias e resultados imprevisíveis.

Essas decisões sempre carregam custos e riscos. A recomendação às pessoas que decidem é maximizar a utilidade.¹¹⁷ E é nesse ponto que a análise pormenorizada, com cálculo das probabilidades, é requerida. Tudo com base na informação recebida (como chama Jon Elster: probabilidades subjetivas ou palpites

crenças, desejos e ações.” (FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. *A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política*, p. 7).

¹¹⁶ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens da ciência social*, p. 43.

¹¹⁷ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens da ciência social*, p. 44.

informados).¹¹⁸ O agir racional é bom para o indivíduo – a interação sem qualquer escolha racional pode ser catastrófica.

Além do mais, as decisões são interdependentes, tal qual demonstra a *teoria dos jogos* e, com mais vigor, o *dilema do prisioneiro*.¹¹⁹ Neste, colocados dois prisioneiros em celas separadas, suspeitos de crime; a polícia informa a cada um deles que aquele (A) que denunciar o outro (B), e o outro (B) não o denunciando (A), o indivíduo que denunciar será libertado (o A) e o outro será condenado a 5 anos de prisão (o B). Se ambos denunciarem um ao outro, serão condenados a 3 anos de prisão cada um. Se nenhum denunciar o outro, cada um deles receberá 1 ano de prisão. Nessa situação, a estratégia cooperativa é melhor para ambos (A e B não se denunciam reciprocamente); entretanto, a estratégia não-cooperativa será a escolhida (A escolherá denunciar B, pois sabe que B fará o mesmo e vice-versa). E, por esse fato, seria a alternativa vantajosa (a cooperação não ocorrerá, por certo). O *dilema do prisioneiro* ilustra como é o comportamento dos agentes que decidem, mas demonstra que a estratégia cooperativa é a que traz melhores resultados globais.

A cooperação ocorre na escolha política, principalmente, em todos os Estados em que há participação direta ou por representantes. Agentes decisórios promovem seus jogos para alcançar seus objetivos. O indivíduo participante pode cooperar ou não, se lhe convier, se houver utilidade para ele. Para que uma ação seja racional se exigem três decisões ótimas, segundo Jon Elster: deve ser o melhor modo de realizar desejo do indivíduo (diante de suas crenças); tais crenças devem ser ótimas (conforme as evidências e informações disponíveis); e essas evidências devem também ser ótimas.¹²⁰

Adicionalmente, nem sempre a racionalidade será suficiente e pode falhar. Características pessoais, crenças exacerbadas e paixões podem influir na decisão. Decisões em grupo, com grupos menores tidos como indivíduos (pois agem

¹¹⁸ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens da ciência social*, p. 44. Sobre a teoria dos jogos, ver: STIGLITZ, Joseph. *Economics of the Public Sector*, p. 334. VITAL, André Luiz Francisco da Silva. *A teoria dos jogos no contexto social e a visão de controle*, p. 17 e ss.

¹¹⁹ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens da ciência social*, p. 45.

¹²⁰ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens da ciência social*, p. 47.

como apenas um indivíduo) são tomadas com fundamento em ideologia ou paixões, cujas bases racionais são inexistentes. As pessoas podem agir irracionalmente – “as crenças são indeterminadas quando a evidência é insuficiente para justificar um julgamento sobre a probabilidade dos vários resultados da ação”¹²¹. O comportamento pode não ser racional (assunto também estudado pela *behavioral decision theory* ou teoria da decisão comportamental, cujo objeto de estudo é a compreensão do comportamento humano durante escolhas e julgamentos).¹²²

Ao se tomar uma democracia representativa, em que há grupos separados e com opiniões diferentes, é possível compará-los a indivíduos. Essas escolhas que serão tomadas são complexas devem abarcar as pretensões, os custos para cada um dos grupos, os benefícios, e, por fim, o bem-estar da sociedade. Essa discussão será aprofundada a seguir, ao se estudar a *public choice*.

2.2. A teoria da *Public Choice*

Política sem romance. Com esse título inicia-se o livro *Teoria da Public Choice II*, coordenado por James M. Buchanan e Robert D. Tollison. Em artigo, o primeiro autor demonstrou o ceticismo no governo, falha de governo, a ausência de eficiência nas escolhas governamentais; toda a visão romantizada e ilusória é abandonada.¹²³ Para a teoria da *public choice*, *interesse público* não existe (ou um “*public good*” transcendental)¹²⁴.

¹²¹ ELSTER, Jon. *Peças e engrenagens da ciência social*, p. 50.

¹²² “De acordo com a teoria da decisão comportamental as pessoas sistematicamente violam assunções normativas da racionalidade econômica pelo (1) cálculo incorreto de probabilidades e (2) fazendo escolhas entre opções rivais baseadas em critério não-econômico” (GOWDA, Rajeev. FOX, Jeffrey C. *Judgements, Decisions, and Public Policy (introdução)*, Location 73 – p. 2, Tradução livre). Obra atual e bastante esclarecedora é: THALER, Richard. SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*.

¹²³ BUCHANAN, James M. *Politics without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications*, p. 11. BUCHANAN, James M. *Politics as Public Choice*, p. 113.

¹²⁴ Conferir: ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 613.

A *public choice*¹²⁵ é uma teoria econômica que utiliza de instrumentos e métodos para analisar o setor público e governamental. Concentra-se no comportamento das pessoas conforme suas capacidades como votantes, como candidatos em eleições, como representantes eleitos, como líderes de partidos políticos, como administradores públicos, como burocratas¹²⁶. Ainda, é definida como o estudo econômico do processo decisório do espaço público (fora do mercado) – aplicação da economia na ciência política.

A teoria reconhece o homem como maximizador de sua utilidade, racional e egoísta, mas a agregação da vontade e das escolhas individuais devem promover a maximização do bem-estar social – o intento é demonstrar como agregar as preferências dos votantes, como alcançar benefícios comuns a partir de pretensões individuais.¹²⁷ Não se confunde, contudo, com a economia do bem-estar (*welfare economics*), cujo mote é intervencionista (intervenção do Estado), sustentada nas falhas do mercado – vem, na realidade, opor-se a esse modelo; *public choice* vem expor os fracassos do governo (*government failure*).¹²⁸ Não pretende substituí-lo. Apenas adiciona mais elementos capazes de aprimorar escolhas políticas. Não defende a permanência apenas do mercado, e não condena completamente o governo.¹²⁹

A *public choice* é identificada pelos seguintes elementos: a) reconhecimento da decisão coletiva como resultado das vontades individuais dos votantes, não existindo vontade orgânica – conhecida, no Direito Público, como

¹²⁵ “Public choice is a scientific analysis of government behavior and, in particular, the behavior of individuals with respect to government”. (TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L. *Government Failure*, p. 5 – ou location 60 – Amazon Kindle).

Ainda, conforme James M. Buchanan: “Let me start by indicating what the public choice perspective is not. It is not a *method* in the usual meaning of the term; it is not a *set of tools*; it is not a particular application of standard tools with standard methods, although we are getting somewhat close with this last statement. Public choice is a *perspective* on politics that emerges from an extension-application of the tools and methods of the economist to collective or nonmarket decision-making. (Politics as public choice, p. 15).

¹²⁶ BUCHANAN, James M. *Politics without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications*, p. 13.

¹²⁷ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 23.

¹²⁸ PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*. CORREIA, Carlos Pinto. *A teoria da Escolha Pública*, p. 446 e ss.

¹²⁹ PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*, p. 439.

interesse público; b) é, sobretudo, processual, pois trabalha com o processo de decisão coletiva em grupo; c) os indivíduos são racionais (“*instrumentalmente racionais*”, como afirma Paulo Trigo Pereira); e d) os indivíduos são egoístas.¹³⁰

De fato, não há nenhum motivo plausível para que, como já dizia James M. Buchanan, os indivíduos ajam de forma egoísta no âmbito privado (no mercado) e sejam altruístas nas discussões públicas. Os indivíduos participantes do processo de votação e escolha terão a tendência de caminhar pela via que lhes proporcione a maximização da utilidade e não será uma norma constitucional ou qualquer outra norma de Direito ou moral que os farão mudar de ideia. Obviamente, conforme o já citado George J. Stigler, haverá momentos em que o indivíduo pensará em

¹³⁰ PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*. O autor afirma, por fim, que “[e]goísmo e racionalidade nas escolhas são os principais atributos do homo economicus” (p. 424). Importante abordagem de George Stigler: “[l]et me predict the outcome of the systematic and comprehensive testing of behavior in situations where self-interest and ethical values with wide verbal allegiance are in conflict. Much of the time, most of the time in fact, the self-interest theory (as I interpreted it on Smithian lines) will win. In a set of cases that is not negligible and perhaps not random with respect to social characteristics of the actors, the self-interest hypothesis will fail - at least without a subtle and unpredictable interpretation of self-interest”. STIGLER, George J. *Economics or Ethics? The Tanner Lectures On Human Values*, p. 176.

Nas palavras de Adam Smith: “How selfish so ever man may be supposed, there are evidently some principles in his nature, which interest him in the fortunes of others, and render their happiness necessary to him, though he derives nothing from it, except the pleasure of seeing it. Of this kind is pity or compassion, the emotion we feel for the misery of others, when we either see it, or are made to conceive it in a very lively manner. That we often derive sorrow from the sorrows of others, is a matter of fact too obvious to require any instances to prove it; for this sentiment, like all the other original passions of human nature, is by no means confined to the virtuous or the humane, though they perhaps may feel it with the most exquisite sensibility. The greatest ruffian, the most hardened violator of the laws of society, is not altogether without it” (SMITH, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Amazon Kindle Version, location 81).

E, do mesmo autor: “As every individual, therefore, endeavors as much as he can both to employ his capital in the support of domestic industry, and so to direct that industry that its produce may be of the greatest value; every individual necessarily labours to render the annual revenue of the society as great as he can. He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an *invisible hand* to promote an end which was no part of his intention. Nor is it always the worse for the society that it was no part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it” (SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Amazon Kindle version, p. 313 ou location 6674).

Conforme Joseph Stiglitz, embora Adam Smith defendesse a ideia de que é melhor que o indivíduo persiga benefícios individuais para obter benefícios públicos, isso não se aplica aos bens públicos. (STIGLITZ, Joseph, *Economics of the Public Sector*, p. 180).

benefícios coletivos, mas se houver conflito com seus interesses, optará proteger os seus próprios benefícios.

Segundo Dennis C. Mueller, a *public choice* estuda as decisões fora do mercado – a despeito de aproximar-se do processo decisório do mercado –, trazendo para si os mesmos comportamentos da economia (homem racional e utilitarista), costumeiramente desenha o processo de revelação de preferências análogos ao mercado, faz perguntas similares às da economia, como “é Pareto-eficiente?”, “é estável?”, “traz estabilidade?”.¹³¹ O centro da teoria é o reconhecimento de que o homem é conduzido por motivos egoístas e, ao escolher – fazer as escolhas em discussões políticas – preferirá seus próprios interesses a qualquer interesse alheio.

Ademais, ao se falar em escolhas públicas, em debates políticos, trata-se de negociações e trocas entre os interlocutores. Mueller exemplifica com um negócio jurídico entre A e B. A quer trocar seu milho pelas vacas de B. Se ocorrer a troca entre A e B, e ambos se sentirem satisfeitos com a troca (A pensa que teve vantagem e B tem o mesmo pensamento), maximizou-se a riqueza da sociedade e a troca foi eficiente (os dois tiveram benefícios e a soma será positiva). Se A furtar as vacas de B – e, por evidente, nada entregar em troca – A ganha, B perde. A soma será negativa. Se ambos concordarem em não furtar do outro – e, por isso, leis são necessárias –, ambos ficarão em melhor posição e o modelo terá condições de alcançar o ótimo de Pareto.¹³² De fato, os indivíduos ficarão em situação melhor se todos cooperarem para o objetivo e se o custo não for suportado por apenas um.¹³³ Como a decisão depende de ambos (A e B, no exemplo), o *jogo* é análogo ao *dilema do prisioneiro*, conforme se expôs no ponto sobre a *escolha racional*. Claro que se houver número maior de participantes no *jogo*, maior a chance de haver indivíduos que adotem estratégias não-cooperativas, ou seja, que impeçam a maximização de riqueza da sociedade.

¹³¹ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 23.

¹³² MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 24-25. Os estudiosos da *Public Choice* sempre se referem à Pareto, e menos a outras noções de eficiência vistas anteriormente neste trabalho.

¹³³ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 25

O indivíduo não busca, em primeiro lugar, a maximização da riqueza da sociedade, mas busca a maximização de sua utilidade – aliás, o indivíduo pode buscar a maximização social, desde que não o prejudique, sob um raciocínio tipicamente paretiano. No caso dos agentes políticos, em primeiro lugar precisa *maximizar seus votos*, ou precisa ser eleito para que possa buscar qualquer outro fim.

A despeito de a teoria parecer pragmática em excesso, reflete os acontecimentos de discussões públicas que envolvem recursos escassos, ideias conflitantes, interesses diversos, e escolha. A roupagem que hoje cerca o Direito Público no Brasil engessa qualquer tentativa de mudança e adaptação às novas imagens: *interesse público* como princípio, a *supremacia do interesse público*, a *indisponibilidade do interesse público* são termos que anseiam por revisão. Por esse motivo, a teoria ora exposta é necessária para uma nova compreensão de escolhas feitas no âmbito do espaço público.¹³⁴

Para prosseguir o estudo, analisar-se-á a teoria da *public choice* sob dois ângulos: análise positiva e análise normativa. Enquanto aquela é “essencialmente a previsão do resultado de escolhas colectivas, usando regras e procedimentos alternativos”, esta pode ser descrita como “abordagem processual do processo democrático”, dando ênfase ao uso das regras, colocando o “problema fundamental de saber que regras e instituições *devem ser* utilizadas para realizar escolhas colectivas”.¹³⁵

¹³⁴ Alguns professores já vêm contestando a existência do *Princípio da Supremacia do Interesse Público*: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*; e SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais*; e BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?*. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*, p. 94-100.

¹³⁵ PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*, p. 428 e 431. A distinção apresentada por Brian Barry e Russel Hardin entre *public choice* positiva e normativa é: a) escolha pública positiva interessada nas “ações individuais e suas consequências coletivas”; b) escolha pública normativa “interessada na articulação entre preferências individuais e decisões coletivas (REIS, Fábio Wanderley (*apresentação*). In.: DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 11).

2.2.1. A teoria positiva da *public choice*

As escolhas coletivas tratadas pela *public choice* no seu sentido positivo envolvem o estudo dos procedimentos voltados à previsão do resultado das escolhas positivas.¹³⁶ Como toda teoria econômica positiva, preocupa-se com o *ser*, ou seja, cuida dos comportamentos e fenômenos econômicos como eles são (ao contrário da teoria normativa, que trata do *dever ser* – e por isso a teoria normativa da *public choice* é tratada como distributiva – similar à *welfare economics*). Cuida das ações individuais e de suas consequências – e só. E, diante disso, a maior parte do estudo concentra-se na *regra da maioria*, haja vista a sua grande difusão nas democracias. Nada obstante, inicia-se o estudo com as *decisões unânimes*, que possuem custo elevado e são duramente alcançadas, passando, em seguida, às decisões por maioria.

2.2.1.1 As decisões unânimes

Em uma democracia direta, por meio de audiências públicas, as escolhas podem ser feitas pelos participantes do debate. O melhor resultado possível é a unanimidade, ou seja, foge-se da dificuldade do *dilema do prisioneiro*.¹³⁷ Por outro lado, o custo da decisão é alto, a depender do número de indivíduos dispostos à cooperação. Além do mais, a sinceridade na votação influencia o resultado: Dennis C. Mueller imagina um mundo com dois indivíduos (A e B). O indivíduo A admite pagar um valor de tributos e B, outra quantia. Ambos sabem que para ter uma quantidade determinada de serviços, precisam pagar tributos. No ponto em que ambos decidem que uma quantidade de serviços é satisfatória em face de um valor de tributos, alcança-se a unanimidade (este raciocínio deve ser elaborado sob a eficiência de Pareto – a unanimidade leva à teoria de Pareto).¹³⁸ Graficamente, representa-se da seguinte forma:

¹³⁶ PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*, p. 428.

¹³⁷ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 27.

¹³⁸ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 28.

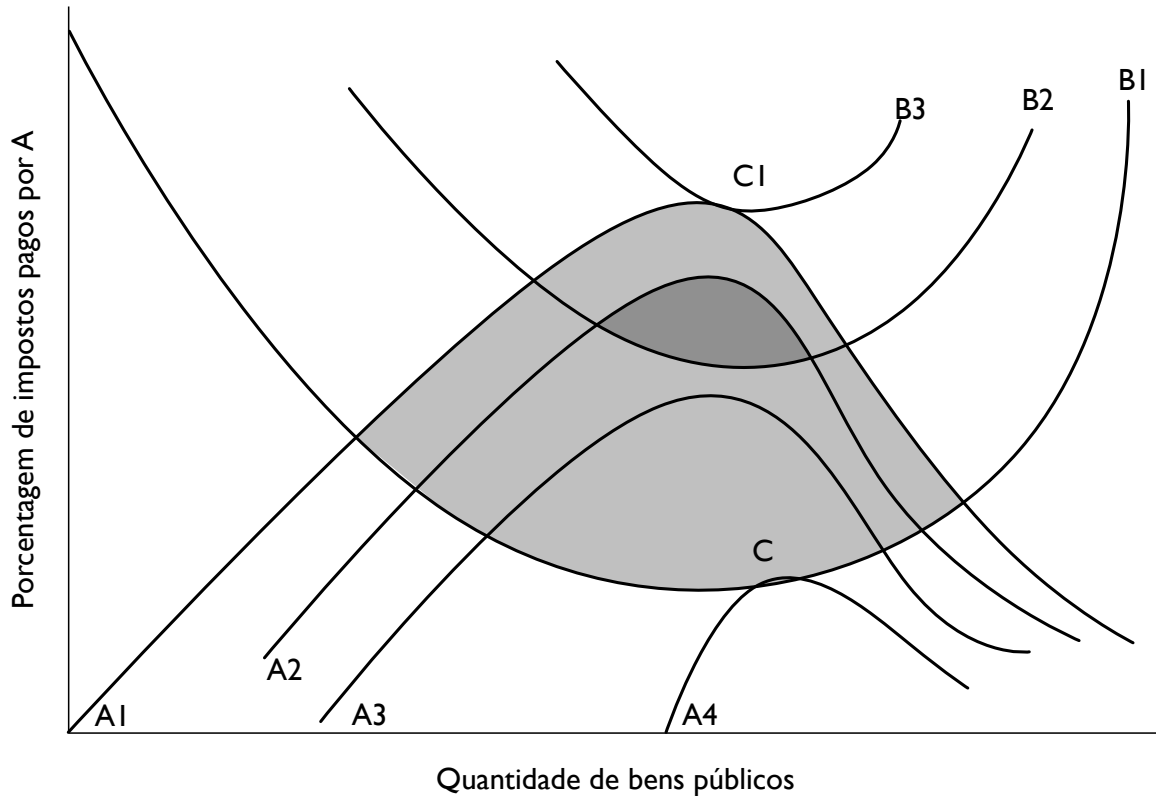


Figura 1¹³⁹

Dentro da intersecção das linhas, A e B podem alcançar a unanimidade (e isso se aplica se houver mais de dois indivíduos - C, D, E...). O melhor ponto, claramente, é o centro. Fora dos limites da linha não haverá unanimidade.

O custo de uma decisão unânime é alto e este custo será representado pelo tempo que levará para ser alcançada. É possível que, para evitar custos maiores, um dos indivíduos participantes opte por aceitar uma posição em que a situação não seja ótima. Em certos momentos, o custo da unanimidade é muito pesado para um benefício limitado e, assim, um indivíduo tolerará uma situação não perfeita para si, desde que o custo não seja maior que o custo resultante do

¹³⁹ Adaptação de MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 28. Por se tratar da *caixa de edgeworth* (*Edge-worth-Bowley Box*) é interpretado da seguinte forma: a relação é entre a quantidade de impostos pagos pelos indivíduos A e B com a quantidade de bens públicos prestados pelos Estado (políticas públicas em geral). O ponto ótimo - da unanimidade - é o pagamento razoável de impostos por ambos (nem pouco, nem muito), com a prestação mediana de bens públicos.

tempo que levará a decisão unânime. Daí se está a falar de consensos negociados, cuja base se dá por troca de votos (*logrolling*) e será tema a ser exposto abaixo.

2.2.1.2. As decisões majoritárias

As decisões unâнимes podem ter custo bastante elevado: o tempo necessário para alcançá-las. Uma decisão tomada por maioria tem, sob esse argumento, custo menor, mas alguns indivíduos podem se sentir perdedores (piora em sua posição). Entretanto, quanto maior for o número de participantes das discussões, também maior o custo; nesse caso, o custo origina-se tanto do tempo quanto das situações pioradas decorrentes da decisão que prejudicou indivíduos.¹⁴⁰

Dennis C. Mueller, em referência a trabalhos de Buchanan e Tullock (*The Calculus of Consent*¹⁴¹), apresenta a *regra ideal* (*optimal majority rule*): “a regra ideal é, portanto, aquela segundo a qual o ganho esperado em utilidade pela redefinição de propostas visando a ganhar mais um adepto iguale-se à perda esperada no tempo para fazê-lo [alcançar a unanimidade]”.¹⁴² Ao redefinir a proposta para ganhar mais um adepto com intenção de aprová-la, o ganho dessa providência deve ser igual à perda resultante do tempo para conseguir a decisão unânime. Somente assim atender-se-á à regra ideal. E evita-se custo elevado para conseguir uma decisão unânime.

A *regra ideal* esclarece que as decisões públicas são tomadas por indivíduos, e não existe uma concepção orgânica resultante delas (cada indivíduo decide por si próprio). Todavia, ao se admitir a decisão majoritária, deve-se considerar que ela poderá ter caráter redistributivo, pois alguns terão sua posição melhorada e outros, piorada.

Além do mais, aponta Dennis C. Mueller, a decisão majoritária possivelmente não alcança o equilíbrio, apesar de demonstrar que a literatura

¹⁴⁰ Conforme Dennis C. Mueller, “this cost is the difference in utility levels actually secured [da decisão majoritária] and those that would have been secured under unanimity”. (MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 30)

¹⁴¹ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 63-91.

¹⁴² MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 30, tradução livre.

econômica aceita se, por exemplo, indivíduos estejam equidistantes em suas preferências e, em decorrência disso, imperará o voto médio¹⁴³, numa barreira paretiana. É diferente da unanimidade, em que todos estão plenamente satisfeitos.

Toda a construção do raciocínio se fez, neste ponto, sobre espaços unidimensionais, ou seja, só se coloca em votação um tema determinado (por exemplo, quantas escolas de ensino médio devem ser construídas). A vida concreta, todavia, não é unidimensional, mas pluridimensional, dimensões que, normalmente, não são interdependentes. Nesse caso, coligações entre os votantes serão formadas com o intento de aprovar suas demandas. Porém, essas coligações não serão perenes e estáveis. O votante mediano, aqui, não tem a mesma importância que no espaço unidimensional, pois há mais questões que deverão ser decididas e votadas, o que dilui a influência deste votante no processo.¹⁴⁴

Importante destacar que quando as intensidades das preferências em cada proposta não são uniformes, deve-se evitar que os ganhos da maioria vencedora sejam menores que as perdas das minorias – as perdas das minorias não podem ser maiores, portanto, o que caracterizaria tirania da maioria. E, para tanto, existe o “logrolling” ou “voter trading”¹⁴⁵ ou ainda, *side payments*. *Logrolling*, sinônimo de *voter trading*, é basicamente a troca de votos. Um sujeito A vota na proposta de B e, em troca, B vota na proposta de A.¹⁴⁶ O conceito de *side payment* é similar,

¹⁴³ O voto médio é “aquele que divide a população de votantes em dois grupos de idêntica dimensão (os que preferem mais e menos do que o indivíduo; ARROW, Kenneth J. *Social Choice & Individual Values*, p. 174)”. Tal proposta, segundo economistas, nunca perde. (PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*, p. 428). Sobre o chamado ótimo mediano, aplicável em decisões em que os membros têm preferências *single-peaked*, ver: BLACK, Duncan. *On the Rationale of Group Decision-making*, p. 28. No mesmo sentido, do mesmo autor: BLACK, Duncan. *The Theory of Committees and Elections*, p. 14-18. Ainda, ver: MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*. In.: BUCHANAN, James M. TOLLISON, Robert D. *The Theory of Public Choice - II*, p. 37; ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 617.

¹⁴⁴ PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*, p. 431. Duncan Black, revivendo Condorcet, traz os casos contraditórios em que a proposta de A vence a de B, B a de C, C a de A (o que se chama de paradoxo de Condorcet). No mesmo sentido, segundo Black, veio a teoria de Dogson, sobre votações cíclicas (A1, A2, A3, A1). Black afirma que “para a comitê com *n* membros e *m* propostas, o número total de possíveis grupos de agendas diferentes é fornecido pelo total número de arranjos de A1, ..., Am na escala dos membros” (BLACK, Duncan. *The Theory of Committees and Elections*, p. 50).

¹⁴⁵ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 34.

¹⁴⁶ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 29.

consistindo no fato de A pagar para B para que B aceite a proposta de A (essa espécie não será aprofundada, pois é imoral e incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, já que representa uso do poder econômico para aprovar propostas legislativas).

A finalidade é fazer com que os benefícios sejam maximizados, pois sem *logrolling* os prejuízos da minoria tendem a ser maiores. A minoria poderá negociar votos para obter menores prejuízos a manter uma posição firme e sem negociação. Podem ser tidos como métodos moralmente questionáveis, possivelmente prejudiciais à sociedade, nalguns casos. Não obstante, a prática permite alcançar equilíbrios quando se trata de decisões majoritárias, a despeito do risco de se criar um mercado de votos.¹⁴⁷ Quanto menor for a disposição de cooperação dos indivíduos votantes, menor é a possibilidade de evitar a prática de *logrolling*.

2.2.1.3. A troca de votos (*Logrolling*)¹⁴⁸

No parlamento, no exercício da democracia por representantes, é comum ocorrer *logrolling*¹⁴⁹. Segundo Gordon Tullock, “a troca de votos é muito mais aberta na atividade legislativa norte-americana que na Europa, porém certamente ocorre em todos os lugares”.¹⁵⁰ Normalmente, não há qualquer vedação

¹⁴⁷ A crítica é posta por: USLANER, Eric M. DAVIS, J. Ronie. *The Paradox of Vote Trading: Effects of Decision Rules and Voting Strategies on Externalities*, pp. 929-942. Eric M. Uslander e J. Ronnie Davis apresentam o *paradoxo da troca de votos*, iniciando sua análise pela obra de William H. Riker e Steven J. Brams, cuja teoria enfrentava o *logrolling* porque esta não levaria em conta as externalidades resultantes do processo de troca de votos (“o comportamento de dois membros nas trocas, num parlamento de três pessoas, sempre causa efeitos adversos no terceiro”). Sobre o mercado de votos, afirma que “como o comentário de Riker e Brams, a distinção crítica é entre o *mercado de votos* e o *mercado de bens*: a negociação dos votos é um sistema de escambo imperfeito no qual os votos ao invés de os bens infinitamente divisíveis (dinheiro, por exemplo) precisam ser trocados” (p. 938). A ideia é que o *mercado de votos* pode trazer resultados não ótimos no sentido paretiano, já que todos sairão piores da negociação (externalidades afetam os resultados).

¹⁴⁸ “É a prática de troca de favores, especialmente na política, representada pela votação recíproca entre proposições de cada um dos votantes”. Surgiu da frase: *you roll my log and I'll roll yours* (você rola o meu tronco - de árvore - e eu vou rolar o seu). (*The New Oxford American Dictionary*, versão Kindle).

¹⁴⁹ A despeito da possibilidade fática de *side payments* (subornos), tal prática é inadequada, imoral, senão ilegal. No parlamento não deve ocorrer, sob nenhuma hipótese.

¹⁵⁰ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 29.

formal a essa prática, embora não seja muito bem vista¹⁵¹. Salienta-se que, para que a troca de votos seja útil (que promova bem-estar e seja pareto-eficiente), a “minoria deve possuir sentimento mais intenso sobre um tema que a maioria”, e se isso não ocorrer, a maioria prevalecerá sobre a minoria, tal qual ocorre em ambiente sem *logrolling*.¹⁵² A prática é semelhante ao que ocorre no mercado – sobre o mercado, ensina Fernando Araújo, referindo-se à eficiência e bem-estar, que “[s]ó existem trocas voluntárias quando as partes têm esperança de ganhos”¹⁵³-, embora William Riker e Steven Brams contrariem a comparação.¹⁵⁴

A prática pode ser explícita ou implícita. Nesta, a troca de votos ocorre sem que o proponente deixe sua intenção clara; naquela, o proponente procura outros votantes para oferecer-lhes algo em troca pelo voto. Um exemplo do primeiro é o governo apresentar uma proposta (ou mais de uma proposta) fechada, com agrado à maioria; os membros do parlamento, ao invés de promoverem suas próprias barganhas, simplesmente observam a proposta e votam nos pontos que lhes aprouverem.¹⁵⁵ Quanto ao segundo, um grupo oferece seu voto em troca do voto alheio¹⁵⁶.

Embora imoral, a troca de votos pode trazer benefícios à sociedade e atender ao ótimo paretiano. Diferente de votações majoritárias que não aceitam *logrolling* – e que sempre terão indivíduos perdedores –, votações majoritárias que aceitam a negociação dos votos tendem a atender a todos os indivíduos participantes, já que para que se aprove a proposta de lei a custo pequeno a medida será necessária. Por evidente, custos há em todo o processo e, assim, o custo de conceder votos à minoria deve ser menor que o benefício obtido pela maioria e deve ser menor que o custo para obter unanimidade (o tempo). A situação fica clara quando há um tempo exíguo para a aprovação de propostas de lei. Por exemplo, o

¹⁵¹ RIKER, W. H. BRAMS, S. J. *The paradox of Vote Trading*, p. 1235.

¹⁵² BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 129.

¹⁵³ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 229.

¹⁵⁴ RIKER, W. H. BRAMS, S. J. *The paradox of Vote Trading*, p. 1236.

¹⁵⁵ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 30-31.

¹⁵⁶ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 31. Cf. BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 130-131.

projeto da lei orçamentária tem prazo para a aprovação (a lei orçamentária, logicamente, deve ser aprovada até o final do ano fiscal anterior ao início da sua vigência). A demora para aprová-lo resulta custo e, por isso, deve ser aprovado rapidamente. A oposição ao governo no parlamento pode atrasar a aprovação. É preciso, pois, que haja concessões. Os parlamentares que são partidários do governo deverão aceitar pedidos dos demais parlamentares para ter sua proposta aprovada e, pois, os benefícios serão aproveitados. Importante salientar que a troca de votos, nesse caso, é adequada e prudente, evitando que a vontade da minoria seja subjugada pela da maioria.

A solução não é perfeita. Gordon Tullock traz um exemplo que expõe um resultado prejudicial à sociedade. Diz ele: considere-se uma sociedade com cinco indivíduos (A, B, C, D, E), sendo que cada um deles representa um grupo diferente de votantes ou eleitorado (1, 2, 3, 4, 5). Há uma proposta de lei para cada um dos eleitorados (1, 2, 3, 4, 5), cada uma delas resulta benefício de \$10 e cada uma com custo de \$5 (\$1 de cada um dos votantes, inclusive o proponente); ademais, há \$1 de tributo. O ganho líquido, portanto, é de \$9 (\$10 de benefício, \$1 de tributo). O autor representa as propostas da seguinte forma:

	A	B	C	D	E
1	9	-1	-1	-1	-1
2	-1	9	-1	-1	-1
3	-1	-1	9	-1	-1
4	-1	-1	-1	9	-1
5	-1	-1	-1	-1	9

Figura 2 ¹⁵⁷

¹⁵⁷ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 32.

Inclui-se, então, a troca de votos (*logrolling*). Conforme o autor, suponha-se que A acorda com B e C para que estes votem na proposta de A (1), que tem sua aprovação, pela regra da maioria. B, que já pode confiar no voto de A, trança um acordo com D e sua proposta (2) é também aprovada. C, que também já possui o voto de A, faz acordo com D e a proposta (3) igualmente é aprovada. D e E fazem acordos entre si, já possuem um voto, e aprovam as propostas (4) e (5). Haverá maximização do benefício (todos serão beneficiados).¹⁵⁸

Entretanto, ao contrário do que ocorreu na figura 2, existem cenários em que o resultado não é satisfatório para a sociedade. Supõe Gordon Tullock que os benefícios dos projetos 1, 2, 3, 4, 5, sejam de apenas \$3,01. Os mesmos processos do parágrafo acima são adotados, mas, dessa vez, a sociedade sairá pior. Observe-se, pois, que A terá o retorno de \$3,01 da sua proposta, cujo custo em impostos será de \$1. Para que a proposta seja aprovada, A necessita de dois votos. Essa troca resulta benefício de \$0,01 (porque cada um dos 3 votos custou \$1), o custo total do acordo será de \$5 (\$1 de cada um dos votantes), mas o projeto vale \$3,01 ($\$5 > \$3,01$). Aqui, o *logrolling* provoca redução de eficiência do governo.¹⁵⁹

Gordon Tullock alerta que há risco de que três votantes combinem para votar entre si (A, B, C), a fim de prejudicar os demais (D, E). Essa medida beneficiará apenas os três primeiros, mas não os demais. E adicionalmente, quanto maior o grupo, maior a instabilidade, pois será possível fazer acordos diferentes e em grande quantidade, o que pode resultar aprovação de todas as propostas de todos os indivíduos.¹⁶⁰

Por evidente, não há fórmula pronta e que sempre será igual ao ser aplicada concretamente, o que impede, na prática, determinar com antecedência quais serão os resultados de cada votação. Destarte, mesmo com essa fórmula não é possível determinar se o instrumento de troca de votos funcionará ou se apenas a

¹⁵⁸ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 32-33.

¹⁵⁹ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure*, p. 33.

¹⁶⁰ TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. *Government Failure.*, p. 33.

votação sem troca de votos será suficiente.¹⁶¹ Certo é que as diferenças – sejam ideológica, econômica, social, etc. – entre os votantes mantêm a necessidade de *logrolling*.

É fundada na concepção de *política como embates entre vontades individuais* que a construção doutrinária que envolve o conceito de *interesse público* será contestada. Ao adotar-se este termo, não haveria vontades individuais e, portanto, só uma vontade orgânica – a vontade como representante de todas as vontades. Admitir-se que existem *interesses coletivos* ou *interesses públicos*, capazes de conflitar entre si, é um grande passo para a análise das escolhas políticas, mas ainda é insuficiente para definir como, de fato, elas acontecem. Somente expondo a insuficiência do conceito de *interesse público* e apresentando, sem romance, como as decisões públicas ocorrem é que se pode lidar com o processo decisório.

2.2.2. A Teoria Normativa da *Public Choice*

Diferente da teoria positiva, na teoria positiva da *public choice* se dá importância às regras e instituições que são utilizadas para realização de escolhas coletivas¹⁶², promovendo teoremas positivistas em detrimento aos estudos comportamentais egoísticos racionais (seria o *dever-ser*).¹⁶³ Cuida-se da relação entre as “preferências individuais e as decisões coletivas”, sendo confundido com a *social choice*, com raízes na *welfare economics*.¹⁶⁴ Nessa linha, possível defender que a Constituição é uma norma que regula o “jogo político parlamentar (e não só)”.¹⁶⁵ Para James M. Buchanan, aqui citado por Dennis C. Mueller, e na esteira de John Rawls, a melhor forma de definir normas é ao criar a Constituição, pois é duradoura e nenhum dos participantes do debate e da votação sabe, ao certo, quais serão os

¹⁶¹ Importante ressaltar que, segundo William Riker e Steven Brams, ocorrerá, na prática do *logrolling*, o paradoxo do voto, ou seja, na negociação poderá haver prejuízos para alguns sujeitos participantes e, também, externalidades (RIKER, W. H. BRAMS, S. J. *The paradox of Vote Trading*, p. 1246-1247).

¹⁶² PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*, p. 431.

¹⁶³ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 46.

¹⁶⁴ REIS, Fábio Wanderley (*apresentação*). In.: DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 11.

¹⁶⁵ PEREIRA, Paulo Trigo. *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*, p. 432.

eventos futuros, o que mantém a liberdade da votação (o *véu da ignorância*).¹⁶⁶ O consenso será maior num ambiente em que se discutem as regras constitucionais a um ambiente em que as normas já existem, ou seja, o consenso, na teoria de John Rawls, poderia ser alcançado. Devido a esse fato, para que mais interesses sejam abrangidos, é preferível *maiorias grandes* – que requer mais votos em relação ao *quorum*–, e não apenas a maioria simples.

Dennis C. Mueller apresenta a teoria da justiça de John Rawls (*justice as fairness*) à teoria da escolha (*public choice*) de James Buchanan e Gordon Tullock. Explica que ambas podem ser aproximadas ao ponto de se tornarem uma.

A Constituição, na visão dos autores da *public choice*, é como um contrato social – os participantes do processo decisório das normas constitucionais não saberiam quais os eventos futuros e decidiriam consensualmente, pois não haveria interesse prévio e futuro.¹⁶⁷ A chave para resolver o problema da escolha estaria, pois, na incerteza dos eventos futuros decorrentes dessa escolha – os participantes não saberiam quais os efeitos da imposição dos interesses, o que permitiria o consenso (não arriscariam tomar decisões que poderiam prejudicá-los no futuro).

2.2.2.1. A escolha e a Constituição

A eleição do conteúdo das normas constitucionais deveria acontecer sem que qualquer um dos indivíduos participantes do debate conhecesse quais escolhas poderiam beneficiá-lo no futuro. No ambiente em que não existem normas – pré-constitucional, portanto –, nenhum interesse existiria, criando-se o ambiente propício à obtenção do consenso. Tal providência produziria a situação em que as

¹⁶⁶ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 46. É importante citar o próprio John Rawls: “os princípios de justiça são, desta forma, estabelecidos em total ignorância da posição específica de cada um. Isto garantirá que não se possa tirar vantagens ou sofrer desvantagens durante o processo de escolha dos princípios através de decorrências de chances naturais, ou da contingência de circunstâncias sociais” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 33-34). O autor ainda apresenta seus princípios da justiça, bem apresentado: ALMEIDA, Gabriel Bertin. *Os princípios de justiça de John Rawls: o que nos faria segui-los?*, p. 8.

¹⁶⁷ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 47.

normas fundamentais não serviriam à proteção de indivíduos ou grupos específicos, mas seriam neutras e capazes de regular procedimentos e os fins da escolha com imparcialidade. Nesse sentido, a Constituição elaborada sem interesses não defende a maioria dos votantes ou a parcela mais rica da sociedade; como não se conhece qual a situação pós-Constituição, não haveria interesses econômicos envolvidos. O cenário não ocorre concretamente, todavia. Indivíduos participantes da sociedade conhecem sua situação atual e, ao escolher as normas, constitucionais ou outras, procurarão fixá-las com o intuito de causar efeitos benéficos a si próprios.

De todo modo, “regras para escolha coletiva são necessárias, simples assim, porque as pessoas vivem juntas”.¹⁶⁸ Conforme Dennis C. Mueller, algumas decisões coletivas beneficiam a todos; outras, a uma parte (e prejudicam a outra). A teoria positiva (*positive economics*) da *public choice* é adequada às primeiras; a teoria normativa (*normative welfare theory*), às segundas.¹⁶⁹ Para o autor, as teorias diversas, como o individualismo, postulado de Pareto, axiomas de Arrow, de Rawls, além de noções de moral e de justiça são refletidos na Constituição¹⁷⁰ e, como a coletividade não pode ser considerada um “todo orgânico”, ou seja, um corpo único em que se decidem assuntos pacíficos – pelo contrário, a sociedade é um campo turbulento em que ideias de digladiam e visões sobre a realidade se enfrentam –, normas de deliberação e escolha são imprescindíveis.

Unanimidade é possível no ambiente do véu da ignorância de John Rawls¹⁷¹. Todos seriam despidos de interesses egoísticos. Também, conforme Dennis C. Mueller, na existência de um cenário ótimo paretiano, a unanimidade pode

¹⁶⁸ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 52 (tradução livre). Nesse sentido, segundo Écio Oto Ramos Duarte, em citação de Alexy (DUARTE, Écio. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito*, p. 145), um discurso é racional sob regras, que são as condições da argumentação jurídica. Alexy prefere separá-las em dois grupos: regras que se referem diretamente à estrutura dos argumentos e regras cujo objeto imediato é o procedimento do discurso.

¹⁶⁹ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 52. O autor afirma que as duas categorias correspondem à distinção entre movimento a partir da fronteira de Pareto (do ótimo), movendo na fronteira ou no sentido da alocação ou redistribuição (estes, portanto, estariam afastados da fronteira paretiana – posição não-ótima).

¹⁷⁰ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 53.

¹⁷¹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 33-34.

ocorrer (considerando os indivíduos como egoístas), pois somente haverá a eficiência se as trocas estiverem em concordância com o postulado.

Não é isso, entretanto, que se busca aqui. A Constituição serve a limitar e dirigir decisões. Kenneth Arrow aceita a Constituição como fator necessário de bem-estar social, mesmo que ela não seja resultante de acordo literal entre os cidadãos.¹⁷² Não importa, neste ponto, como a Constituição é decidida, pois ela já é existente. Importa que ela promova direitos, imponha deveres, e reconheça a impossibilidade de unanimidades em todas as decisões (para mitigar o problema pode, por exemplo, garantir direitos substanciais, ou exigir *maiorias amplas*, para aprovação de propostas). Portanto, consensos são promovidos e incentivados por normas procedimentais previstas na Constituição.¹⁷³

As normas procedimentais têm mais uma finalidade. Quanto maior for o âmbito de debates, maior a duração do processo decisório e maiores os custos. Ao limitar o campo de discussão, uma norma jurídica reduzirá esses custos, já que evitará que as propostas sejam ilimitadas. Fixando prioridades, objetivos e metas, elencando princípios e regras, a Constituição dará o rumo que deverá ser seguido – lembrando, é claro, que o rumo pode ser alterado por motivos diversos, como por emenda à Constituição, por mutação constitucional.

Veja-se qual é a interferência que a Constituição provoca quando se trata da *vontade da maioria*. No tocante aos debates políticos, questão que pode ser colocada relaciona-se ao número de votos necessário para tomada de decisão, se a vontade da maioria poderia ser aceita, sem qualquer ponderação ou aprimoramento, como vontade da coletividade. Em geral, as decisões políticas respeitam a vontade da maioria (democracia majoritária) quando se trata de uma

¹⁷² MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*, p. 55.

¹⁷³ Kenneth Arrow afirma que a unanimidade é “uma visão idealista da filosofia política” e que é desnecessária para alcançar uma função de bem-estar. (ARROW, Kenneth. *Social Choice and individual values*, p. 74-91). Sobre o assunto, George Stigler desconsidera o consenso ao final como condição para o bem-estar. Exemplifica o autor: os agricultores votam favoráveis a um tributo apenas por não conhecer sua posição após a decisão. (STIGLER, George. *The New Welfare Economics*, p. 357-359).

democracia.¹⁷⁴ Apesar de a Constituição de 1988 prever maiorias diferenciadas para casos especiais, *v.g.* a votação de leis complementares ou de emendas constitucionais, comumente exige-se apenas maioria simples para aprovação das leis (art. 47, Constituição).

Em *The Calculus of Consent*, de James M. Buchanan e Gordon Tullock, apresenta-se crítica à regra da maioria e ao sistema parlamentar de governo, que elevou a regra da maioria ao topo. Afirma Buchanan que “explicitamente e deliberadamente, nós defendemos limites constitucionais às votações majoritárias”.¹⁷⁵ Destaca, em obra com Richard Musgrave, os limites normativos – limites constitucionais, especificamente – do exercício da autoridade política.¹⁷⁶ De fato, ao se deparar com uma democracia majoritária tem-se que a barreira segura é a Constituição, cuja característica principal envolve a manutenção da escolha política original, quando se elegem princípios que regerão e serão obstáculos contra as maiorias.¹⁷⁷

A *democracia* como simples vontade da maioria não satisfaz a discussão. Vem, nos anos cinquenta e sessenta, Robert Dahl, que expõe a ideia de que democracia é plúrima. Para este autor, na linha de Schumpeter, não há um demomunitário, como defendia J. J. Rousseau (*vontade geral*). Há uma poliarquia. É uma forma adequada para minorias e há uma multiplicidade de sujeitos.¹⁷⁸ Isso denota o reconhecimento de uma democracia que possa abranger diferentes grupos e modos

¹⁷⁴ Para Anthony Downs, a democracia tem as seguintes características: a) dois ou mais partidos competem em eleições periódicas o controle do governo; b) o partido ou a coalizão de partidos que tem a maioria dos votos detém o governo até as próximas eleições; c) partidos perdedores não podem impedir que os vencedores subam ao poder; d) todos os cidadãos são e adultos têm um voto, e apenas um voto. (DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*, p. 137).

¹⁷⁵ BUCHANAN, James M. *Politics as Public Choice*, p. 46.

¹⁷⁶ BUCHANAN, James M. MUSGRAVE, Richard A. *Public Finance and Public Choice. Two Contrasting Visions of the State*, p. 21.

¹⁷⁷ Há, por exemplo, a ideia de trunfos contra as maiorias, exposta por: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, p. 28-32.

¹⁷⁸ DAHL, Robert. *Poliarquia*, p. 25-32. Ainda: “Na visão de Dahl, o pluralismo social seria um dos principais determinantes da sorte da democracia. Em sociedades plurais, nenhum grupo social teria acesso exclusivo a qualquer dos recursos de poder, isto é, nenhum grupo social poderia garantir sua preponderância sobre os demais. Pelo contrário. O resultado seria a neutralização recíproca dos grupos em conflito. Em outras palavras, Dahl e a escola pluralista a que ele se filia creditam a preservação da liberdade política à sobrevivência e à contraposição de inúmeros poderes sociais independentes”. (LIMONGI, Fernando. *Prefácio da obra de Robert Dahl*, p. 19)

de pensar, concomitantemente, evitando priorizar alguns deles em detrimento de outros.¹⁷⁹

A regra da maioria é problemática e a Constituição vem para conter a maioria; não é possível afirmar a existência de uma vontade geral orgânica, mas de pluralidade de vontades individuais que podem ser coincidentes ou não. O consenso pode ser a resposta para escolhas eficientes.

Bem ensina António L. de Sousa Franco ao afirmar que o “consenso pode ser *implícito* ou *explicitar-se*, nomeadamente através de um processo que para alguns tende a identificar-se como um ‘contrato constitucional’”, reconhecendo um *consenso social*, ou seja, “quanto mais consensual é uma sociedade (e mais largo o seu consenso básico) maior eficiência e bem-estar pode alcançar no seu funcionamento, segundo regras clarificadas”.¹⁸⁰ A decisão adequada em situação como essa seria a de consenso, que pode trazer mais custos para ser alcançada. Essa decisão não é unânime, pois nem sempre as ideias estarão alinhadas; consensual é a decisão que admite troca de votos e todos se sintam satisfeitos, na medida do possível.

Decisão que possa ser considerada eficiente, no sentido adotado, é a que respeita as pretensões individuais da maior parte dos indivíduos ou, se possível, a totalidade, ou, na pior das hipóteses, que aqueles não beneficiados diretamente pela decisão não tenham a sua situação piorada em detrimento a uma melhora dos demais. É a decisão na qual mesmo os perdedores – a minoria – obtenham benefícios, visando o benefício social – o custo para obter a decisão é menor que a perda da minoria.

Visto que a Constituição é limitadora da ação das decisões coletivas, e em razão da aplicação da teoria exposta, no caso brasileiro, as constantes que devem ser levadas em consideração ao se decidir são: (a) políticas públicas, se envolverem ação estatal, normalmente requerem recursos; (b) a captação de recursos, para sustentar essas políticas, pode ocorrer em maior quantidade dos indivíduos mais ricos e em menor quantidade dos indivíduos mais pobres, desde que não se

¹⁷⁹ Ver sobre o assunto: FRIEDRICH, Carl J. *Uma introdução à teoria política*, p. 158 e seguintes.

¹⁸⁰ SOUSA FRANCO, António L. de. *Finanças públicas e direito financeiro*, p. 88-89.

ultrapasse o limite a ponto de reduzir o grau de desenvolvimento da sociedade como um todo, provocando efeitos também para os mais pobres; (c) não são admitidos tributos idênticos para todos (o mesmo valor), capazes de produzir desigualdades (*lump-sum*);¹⁸¹ (d) se considerar-se que as decisões coletivas tendem a não resultar prejuízo para nenhum dos participantes, é mister que se encontre a decisão adequada para que ocorra maximização dos benefícios na sociedade, sem descuidar de outros princípios previstos na Constituição¹⁸²; e (e) a Constituição reconhece o custo de tomada de decisões unânimes e, por isso, limita a atuação dos colegiados democráticos – traz em seu texto direitos e garantias, substanciais e procedimentais, atestando que, mesmo em democracia majoritária, consensos procedimentais são possíveis.

A Constituição, afinal, é imprescindível à realização das escolhas. Serve, ao mesmo tempo, como limitadora de decisões e como promotora de inclusão dos indivíduos no processo deliberativo de escolha.

¹⁸¹ Conforme Joseph Stiglitz, “If all individuals were identical and were treated for tax purposes identically, a lump-sum tax would be the only efficient tax: any other tax would introduce distortions, so that the government could raise the same amount of revenue *and* make each individual better off. And if everyone were identical, there would be no reason to redistribute income. Both equity and efficiency would thus require that any revenue that the government needed be raised by imposing a uniform lump-sum tax on all individuals”.

“In the real world, things are more complicated. Individuals differ, governments wish to redistribute income, and in any case, there is a strong belief that individuals who can more easily pay taxes should pay more taxes than those who cannot easily pay. Even if the government wishes to make different people pay different taxes, it does not follow that it would have to impose distortionary taxes, like income or excise taxes” (STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*, p. 552). O autor explica (p. 553) que, no mundo real, o governo tem duas soluções: ou fixa um tributo *lump-sum* ou se contenta em fixar um tributo *distorcivo*, adotando critérios simples (a renda, por exemplo).

¹⁸² “A Pareto efficient tax structure is one such that there exists no other tax structure which can make some individuals better off without making others worse off”. “The optimal tax structure, given a particular social welfare function, is the Pareto efficient tax structure which maximizes that social welfare function” (STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*, p. 553).

2.3. Custos

2.2.3. O custo da escolha

Para toda atividade do homem, segundo James M. Buchanan e Gordon Tullock, há dois distintos elementos referentes aos custos: o custo externo (*spillover cost*), também conhecido como *externalidade negativa*, que é o custo que os sujeitos suportam como resultado de atividades de outros indivíduos e que nelas não participam¹⁸³; o custo da decisão (*decision-making costs*), que são os custos suportados pela participação em atividade determinada.¹⁸⁴ Nem todas as decisões envolvem custos – a escolha estritamente pessoal, por exemplo, da roupa, dentro do armário individual, por exemplo, não gerará custos. No custo da decisão são “incluídos apenas os custos estimados da participação nas decisões quando dois ou mais indivíduos são requeridos para alcançar um acordo”.¹⁸⁵ De fato, a situação ideal é reduzir os custos a zero – tanto os custos da decisão quanto os custos externos – que podem ser obtidos com alterações institucionais ou constitucionais.¹⁸⁶

Conforme explicam James M. Buchanan e Gordon Tullock, mesmo a decisão individual tem seu custo, embora possa ser reduzido se houver parâmetros

¹⁸³ Exemplo de custo externo ou externalidade negativa são os custos da poluição causada por uma fábrica. Os vizinhos sofrerão esses custos.

Para Ronald Coase, em seu artigo *O Problema do Custo Social*, não há que se indenizar por esse fato (não há externalidade negativa, para o autor). O autor critica a teoria pigouviana – no *A Economia do Bem-Estar* –, entendendo ser falha a argumentação de Arthur Cecil Pigou. No caso, Pigou usou como exemplo o fato de as empresas de trem produzirem faíscas e, caso essas faíscas causassem incêndio em matas vizinhas aos trilhos, os proprietários dos terrenos deveriam ser indenizados. Coase critica fortemente os argumentos de Pigou, afirmando que tal compensação teria enormes custos e, principalmente, Pigou estaria adotando método incorreto, pois afirma Coase: “A questão fulcral não é saber se é desejável colocar mais um trem para funcionar ou um trem mais rápido, ou, ainda, a instalação de dispositivos capazes de impedir faíscas; a questão em debate circunscreve-se a saber se é desejável ter um sistema no qual a companhia ferroviária deve indenizar os que sofreram os prejuízos por ela causados ou um sistema em que a companhia não tem de indenizá-los. Quando um economista está comparando arranjos sociais alternativos, a maneira apropriada de proceder é comparar o produto social total produzido por cada um desses arranjos” (COASE, Ronald. *O problema do custo social*, p. 99).

¹⁸⁴ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 43.

¹⁸⁵ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 43.

¹⁸⁶ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 44.

predeterminados para a tomada de decisão (a Constituição, por exemplo). Possível, segundo os autores, aumentar o investimento em tomadas de decisão até o ponto em que os custos marginais não ultrapassem os benefícios marginais, pois não haveria motivo para entender que esse raciocínio não possa ser usado em decisões políticas e coletivas.¹⁸⁷

Levantam o cenário de uma negociação, em que o custo da decisão será menor ao de uma decisão de tudo ou nada. Nesse caso, a decisão poderá trazer vantagens para ambos os lados, em especial quando eles conhecem os interesses alheios. Entretanto, é evidente e óbvio mais um elemento numa discussão política: as partes não se resumem a duas, mas o número de participantes tende a crescer e, quanto maior o grupo, mais custo terá a decisão coletiva. Vale alertar – como o fazem James M. Buchanan e Gordon Tullock – que se está abordando uma situação em que já existem normas predeterminadas. Pois bem, não se está estudando, aqui, o debate de normas fundamentais da Constituição, em que ainda não existem regras exceto as do próprio procedimento do debate. Na situação que se apresenta, há normas constitucionais postas e cabe proceder à discussão das pretensões individuais coletivamente.

Como se afirmou, a solução para a decisão coletiva, haja vista o custo da unanimidade, é o consenso pela negociação. Sendo assim, os participantes usarão de instrumentos de debate – como fazer o adversário pensar que o indivíduo tem menos interesse em negociação que realmente tem, ou usando de instrumentos como a troca de votos ou *logrolling* – alcançando um patamar marginal, que pode ser considerado como um resultado eficiente.

A unanimidade, ou mesmo a revelação pura das preferências pessoais, pode acarretar grandes custos ao debate, fazendo com que os demais assuntos sejam ignorados pelos participantes, seja por falta de tempo ou por falta de forças. Numa sociedade em que estejam presentes normas bem definidas, como é o caso da sociedade com Constituição que exponha princípios inalteráveis ou quase

¹⁸⁷ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 93.

inalteráveis, o custo da decisão tende a ser menor, ao menos em tese, já que os limites que balizam a discussão estão mais delimitados.

O número de indivíduos na sociedade pode inviabilizar o consenso e a decisão adequada. Isso porque a dificuldade encontrada para alcance do consenso pode resultar em aplicação descoordenada de recursos, que todos desejarão tudo, mais alguns ficarão com nada.¹⁸⁸ A redução dos grupos de discussão, a especialização desses grupos – ou o que James M. Buchanan e Gordon Tullock chamam de descentralização das decisões – tem como função evitar que as discussões coletivas tornem-se tão imensas que impeçam qualquer consenso ou negociação. Ou que os grupos tornem-se grandes a ponto de inviabilizar qualquer debate, resultando uma escolha ineficiente ou nenhuma escolha.

Portanto, grupos menores, que representem matérias especiais, facilitam a tomada de decisão. Isso se aplica – diga-se – a sociedades menos homogêneas, que tendem a divergir entre si. Tal cenário é pior numa democracia majoritária, cujos conflitos de interesses são mais constantes, pois existiriam menos *atores com poder de veto*¹⁸⁹ e menos estabilidade nas decisões. O custo pode ser reduzido existindo balizas no processo de escolha (aspecto procedimental), os fins (aspecto substancial) devem ser claros, e as informações acessíveis aos participantes, suficientes. Além do mais, balizas adicionais podem ser postas, reguladas por normas constitucionais.¹⁹⁰

Devida a explicação quanto ao sujeito que decide: se individual ou se colegiado. Conforme os autores acima, a decisão eficiente e sem custo de decisão seria a de um ditador, já que o debate não existe (é a decisão mais eficiente, mas haveria custos externos). Por óbvio, não é a forma adequada. O argumento em prol da escolha democrática reside no fato de as pessoas serem diferentes – assim como seus interesses – e, então, o debate justifica-se (cada um quer decidir conforme seus

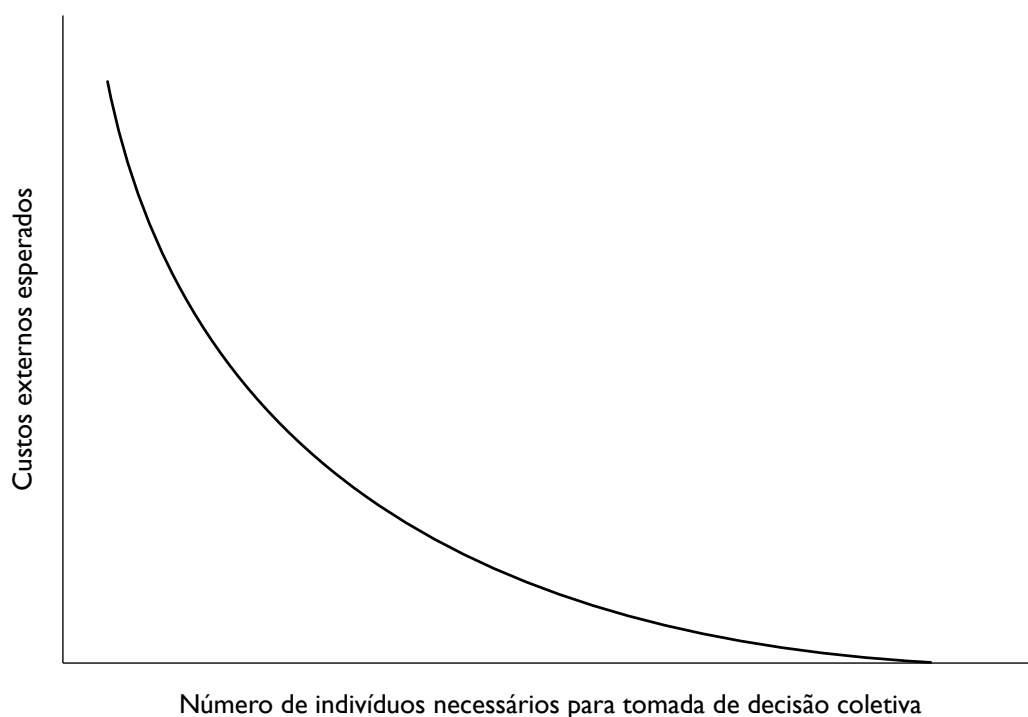
¹⁸⁸ Cf. BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 60 e seguintes.

¹⁸⁹ Sobre o tema, ler: TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

¹⁹⁰ BUCHANAN, James M. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 93-111.

interesses), capaz de fazer suportar custos. A dilema é definir em quais situações as decisões devem ser individuais, em quais devem ser coletivas.

Algumas questões não podem ser coletivizadas ou discutidas em grupos. Defendeu-se acima a participação popular, que antecede a decisão individual do governo (mesmo que não a suplante ou a substitua). O custo da decisão coletiva pode ser alto suficiente para impossibilitá-la. A ideia de Buchanan e Tullock é encontrar o equilíbrio, reduzir o custo, e a decisão coletiva pode vir a aumentar esse custo – como a unanimidade é quase impossível, sempre existirão os prejudicados. Se a decisão coletiva for imprescindível, regras que balizem o procedimento são requeridas. Tais regras reduzirão o custo da decisão. Parece simples, pois as regras jurídicas podem simplesmente determinar procedimentos de decisão. Em certas situações, decisões coletivas são vantajosas, já que elas têm custo externo reduzido; em outras, decisões individuais são aconselháveis – elas têm um custo de decisão menor.



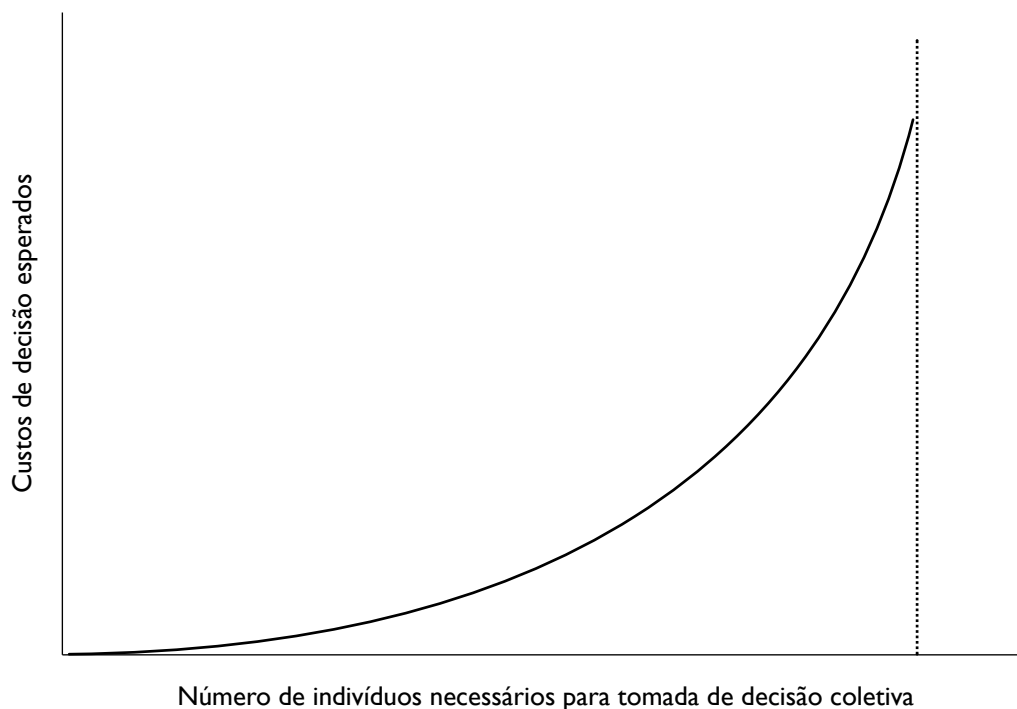


Figura 3 e 4¹⁹¹

Segundo Buchanan e Tullock, é possível apresentar uma classificação conceitual a organizar, em diversos níveis, em quais cenários é desejável decisão individual ou decisão coletiva, sendo o sujeito participante de decisões voltado a maximizar a sua utilidade a partir da interdependência social. Para os autores, as atividades humanas podem ser classificadas pelo próprio indivíduo, que saberá qual atividade deve ser privada, qual deve ser coletivizada, sempre com vista à redução dos custos.¹⁹²

No Brasil, grande parcela das escolhas públicas, especialmente as que dependem de pecúnia, são tomadas por apenas um indivíduo: o governante. A participação popular é indispensável, mas as deliberações resultantes dela não vinculam decisões do governo.

¹⁹¹ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 62 e 66.

¹⁹² Buchanan e Tullock apresentam a seguinte classificação das decisões: "a", puro comportamento individualista; "b", privado, voluntário, mas organizado com outras pessoas; "g", ação coletiva ou ação governamental. Após, organizam essas categorias em ordem de preferência a depender da espécie de decisão a ser tomada. Cf. BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 47 e ss.

Não obstante, a decisão individual respeita os princípios democráticos. Trata-se da decisão do agente eleito. O custo da decisão é inexistente ou pequena: não há, pois, um debate envolvido, pelo menos *a priori*. As decisões políticas do governo respeitam os limites da Constituição e visam a concretizar as suas normas. Não há, também, custos externos significativos a ponto de impossibilitar a decisão (embora existam custos externos, os quais são mitigados apenas no caso de decisões unânimes). Como agente político eleito, e como sua condição deve ser respeitada pelos cidadãos, estes a aceitam e têm consciência de que, a despeito da faculdade do uso de instrumentos de pressão, não possuem legitimidade de retirá-lo da posição de decisão – não há como afirmar a inexistência de externalidades, pois têm essa característica apenas as decisões puramente individuais.

Segundo Buchanan e Tullock, “não é tão amplamente reconhecido o fato de que a existência de efeitos externos decorrentes de comportamentos privados não seja sempre uma condição *necessária* para que uma atividade seja coletivizada em terreno racional”.¹⁹³ Obviamente, será válido coletivizar uma discussão se houver possibilidade de que os participantes sejam beneficiados e tenham sua posição melhorada.¹⁹⁴

Sempre haverá aqueles que não se sentirão prestigiados pelas escolhas governamentais – considerando que o agente sempre escolherá dentro dos limites constitucionais. Entretanto, sua posição é legítima – é ele quem decide – não é um colegiado, como o parlamento ou os cidadãos, estes diretamente. Respeita-se, portanto, a posição do governo, que é eleito pela maioria dos votos populares – a democracia é majoritária, conforme Arend Lijphardt.¹⁹⁵ Somente após sua reflexão, sem deixar de *ouvir* outros atores políticos, decide e submete sua decisão ao

¹⁹³ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 58 (tradução livre).

¹⁹⁴ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 59.

¹⁹⁵ LIJPHARDT, Arend. *Modelos de democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 países*.

parlamento. O custo da decisão neste órgão é diminuto, devido às menores competências relacionadas à determinação de políticas públicas.¹⁹⁶

É preciso levantar uma relevante indagação: qual a importância do tamanho da maioria para aprovação da proposta legislativa? Veja-se: quanto maior a maioria requerida para alcance da decisão – para o consenso –, mais poder tem o indivíduo (o *ator com poder de veto*). Pode ele negociar com mais força.¹⁹⁷ Para George Tsebelis, há, nessa situação, muitos atores com poder de veto. Torna-se muito difícil qualquer alteração da situação fática, existindo, pois, estabilidade decisória.¹⁹⁸

O custo da decisão torna-se proibitivo se crescer o tamanho do órgão deliberativo e, especialmente, a quantidade de atores capazes de bloquear a aprovação de uma proposta. Se a maioria exigida para aprovação for reduzida – maioria simples, por exemplo – haverá minoria considerável que não apenas não terá condições de bloquear a aprovação, como também poderá ser sempre vencida em todas as demandas. Se a maioria exigida for elevada, a minoria poderá barganhar com menos dificuldade, mas as decisões serão muito mais custosas, inviabilizando algumas delas (pela demora ou pela ausência do consenso).

A fixação correta do número total de votantes e a *maioria* necessária à aprovação de propostas têm como objetivo o seguinte: mesmo os indivíduos que não estejam no grupo majoritário serão, se alguma forma, beneficiados na apresentação e votação de propostas. A barganha – a troca de votos (*logrolling*) – é instrumento próprio para o intento. E qual a norma ótima do processo de escolha? Para Buchanan e Tullock, a melhor regra (a mais eficiente) é a que respeita o ponto mais baixo no gráfico seguinte (o indivíduo preferirá um ponto entre K/N):

¹⁹⁶ O parlamento tem competências reduzidas em escolhas que alocam de recursos. Pode, todavia, efetivamente criar políticas públicas (que eventualmente terão impacto no orçamento público), mas não pode aumentar despesa de forma direta sem que exista previsão de receita em contrapartida. Sobre o assunto, ler: CONTI, José Maurício. *Iniciativa Legislativa em Matéria Financeira*, p. 297.

¹⁹⁷ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 57.

¹⁹⁸ TSEBELIS, George. *Atores com Poder de Veto*, p. 19.

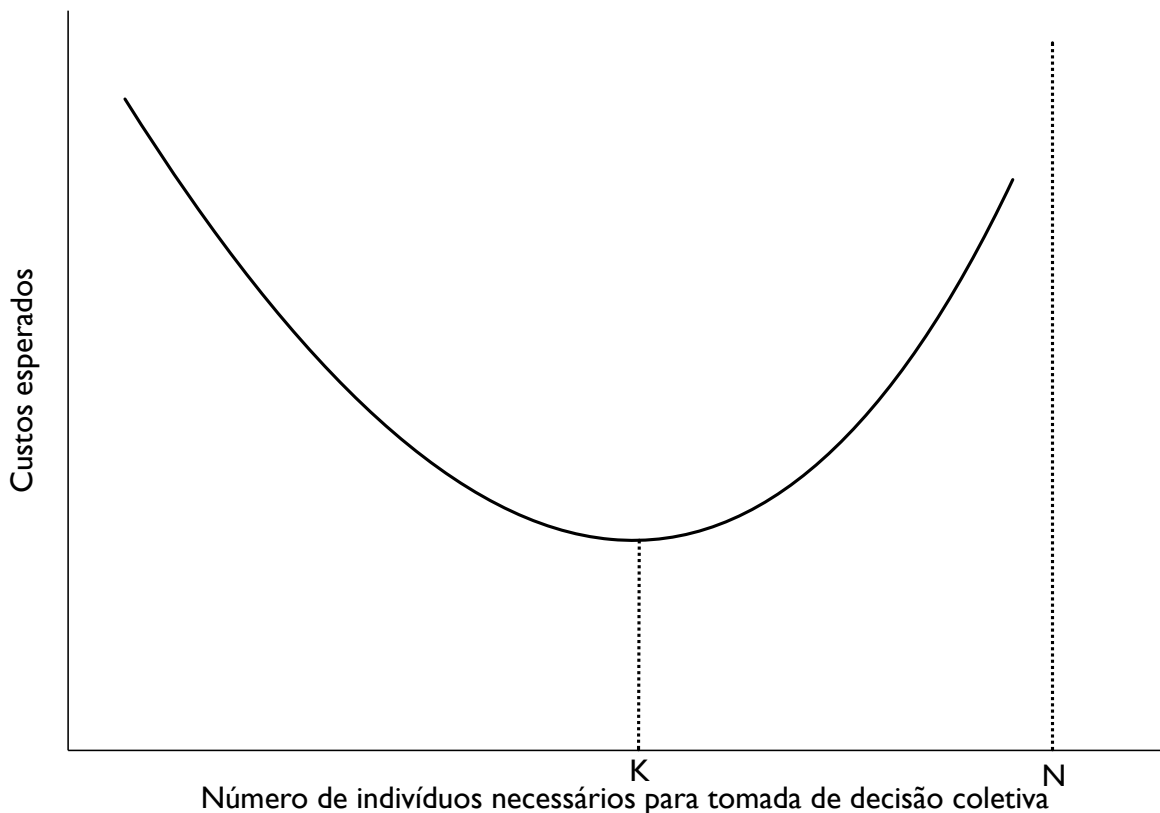


Figura 5¹⁹⁹

Como parece ser evidente, não há apenas uma única regra para a decisão. Buchanan e Tullock separam duas categorias: a primeira refere-se a regras para a decisão que servem a “alterar ou restringir a estrutura dos direitos individuais ou direitos de propriedade após já terem sido definidos e aceitos pela comunidade”²⁰⁰; a segunda, “amplamente definida para incluir todas as tarefas características do governo”²⁰¹, como educação, controle de endemias, etc.

Essas duas situações são demonstradas da seguinte forma pelos autores:

¹⁹⁹ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 68. Este gráfico representa a unificação das figuras 3 e 4.

²⁰⁰ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 69 (tradução livre).

²⁰¹ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 71 (tradução livre).

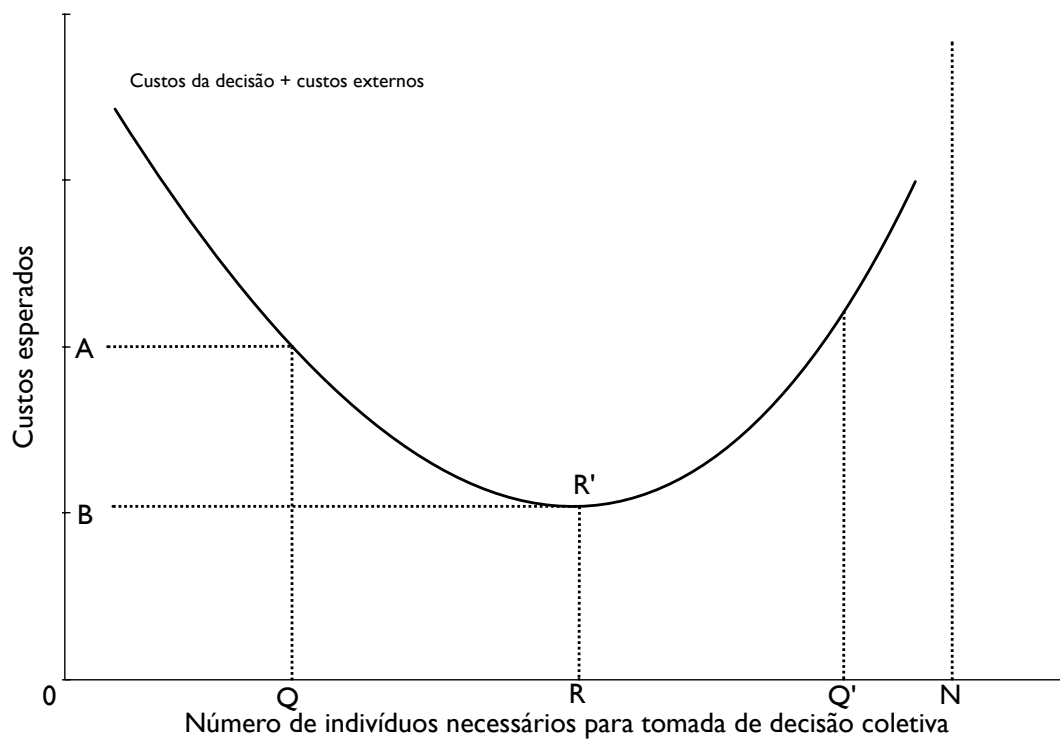
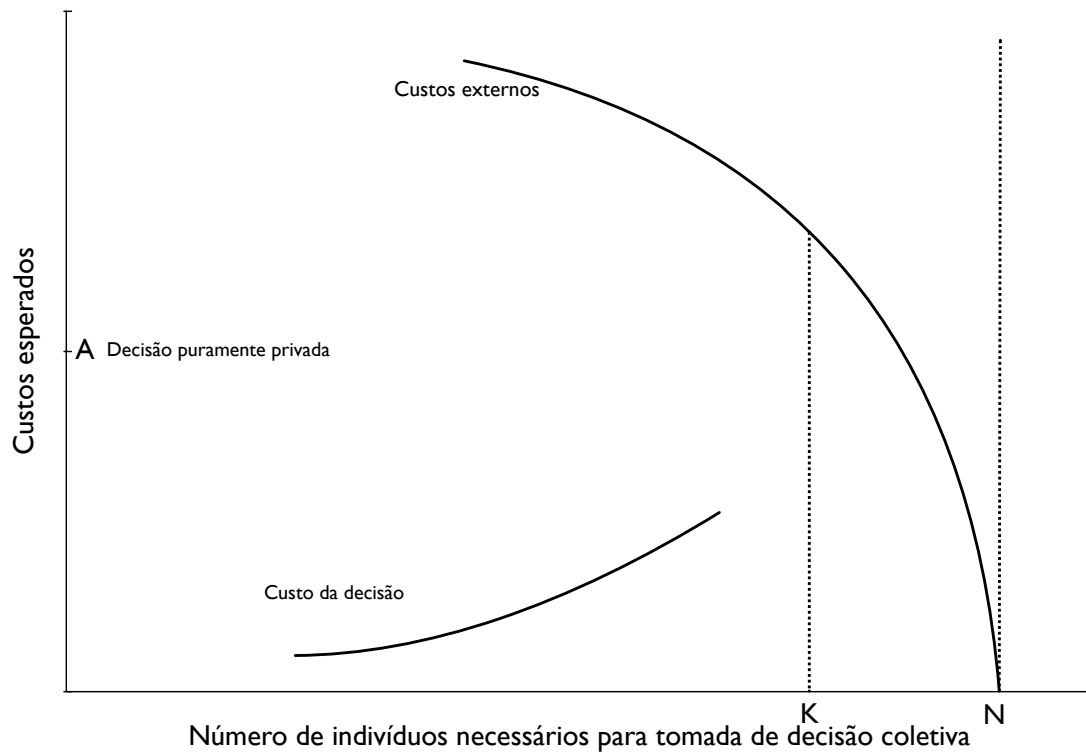
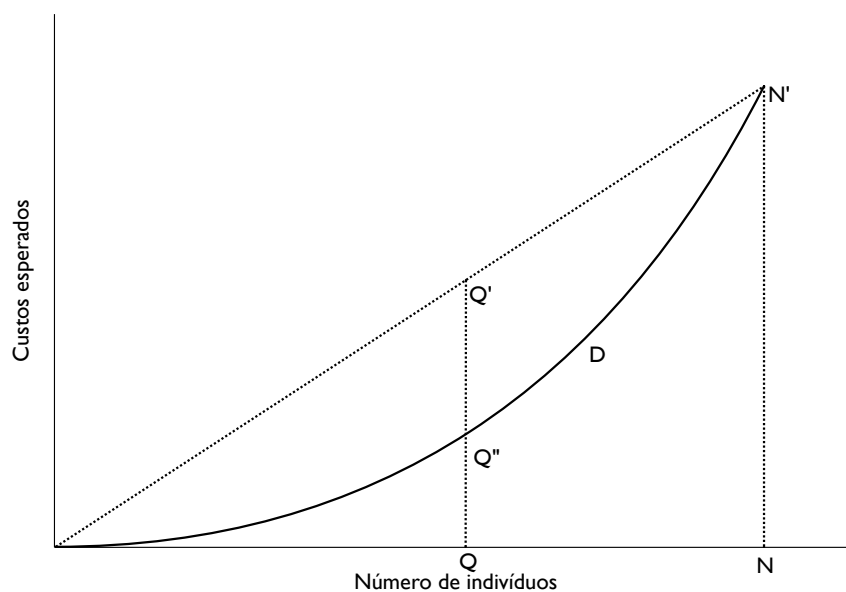


Figura 6 e 7.²⁰²

²⁰² BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 70-72.

É racional a existência de uma Constituição. E ela definirá parâmetros para cada situação e, a partir daí, definir-se-á a regra específica de decisão. Buchanan e Tullock afirmam que se houvesse apenas uma regra para decisões coletivas, não haveria motivo para existir Constituição.²⁰³ Os custos esperados determinarão qual a regra para cada caso específico.

As decisões públicas e as decisões tomadas no mercado são semelhantes, conforme os mesmos autores. Não há motivo para pensar que o sujeito aja egoisticamente no mercado e altruisticamente na esfera pública. Pelo contrário: pensam de maneira similar - ou igual - pois tentam maximizar seus benefícios (riqueza, felicidade, utilidades, talvez). No ambiente público, segundo Anthony Downs²⁰⁴, o benefício é eleitoral - os representantes visam a obter benefícios nas próximas eleições. Assim, o que ocorre nas escolhas públicas é que os participantes do debate tentarão obter vantagens para si próprios. Em uma discussão de apenas duas partes, o custo da decisão é razoável. Majorando-se o número de grupos ou indivíduos, o custo aumentará.

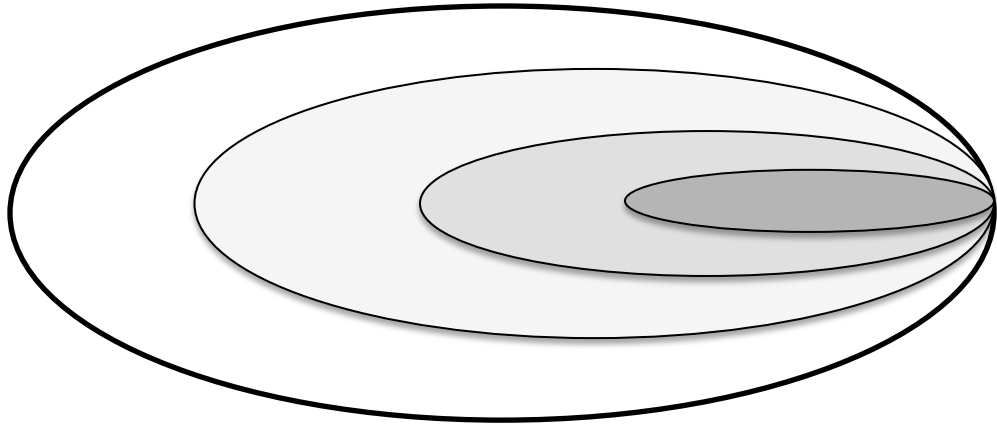


²⁰³ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 77.

²⁰⁴ DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*, p. 48-52.

Figura 6 ²⁰⁵

O “tamanho ótimo de governos”, para Buchanan e Tullock, é demonstrado no gráfico abaixo²⁰⁶:



Conforme os autores, em uma discussão sobre políticas de educação, o ponto A (mais escuro) é a unidade familiar e o ponto E (branco), o Estado-membro. Na medida em que se passa de A para E, o tamanho do grupo aumenta gradativamente. Assim, “[c]onceitualmente, a resposta é dada pela comparação entre o custo da decisão adicional envolvido na passagem do menor para o maior nível e os custos externos (*spillover costs*) que permanecem da retenção da atividade no menor nível”.²⁰⁷ Em outras palavras, ao caminhar de um nível menor para o maior, no ponto em que houver equilíbrio entre os custos da decisão (aumento no número de indivíduos) e o custo externo (se mantiver a decisão com menor número de indivíduos), esse será o ponto ótimo da decisão. Nessa toada, na escolha de uma política pública de saúde (o exemplo já usado: erradicação de doença), o ponto

²⁰⁵ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 102.

²⁰⁶ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 109.

²⁰⁷ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 108, tradução livre.

ótimo pode como ser definido: a decisão pode ser individual ou é necessária a coletivização?

Temas estritamente administrativos, próprios do funcionamento do Estado, pouco devem ser coletivizados, permanecendo no âmbito do governo – são decisões que devem ser tomadas rapidamente e a demora impossibilita o funcionamento adequado estatal (o custo da decisão é alto, o custo externo é inexistente, no consenso). Assuntos amplos, como emendas à Constituição, devem ser debatidos longamente – o custo da decisão é justificável, a despeito de ser elevado. Assuntos públicos, referente às políticas públicas, devem ser coletivizados, mas com parcimônia: não podem impedir o normal funcionamento do governo e do Estado, mas não podem ficar alheios aos anseios populares. Para tanto, é preciso definir instrumentos de participação – direta ou por meio de representantes – e o indivíduo que fará as primeiras escolhas – aquele que possui o poder de agenda.

2.2.3.1. Custo de oportunidade

Segundo E. J. Mishan, “custo de oportunidade é um dos conceitos-chave dos economistas. Em termos gerais, o custo de oportunidade do uso atual de certo bem ou depósito [investimento] é o quanto o bem ou depósito vale em uso alternativo.”²⁰⁸

O processo de escolha sempre possui custos. O custo de oportunidade se diferencia porque não se relaciona diretamente com o processo da escolha, mas com a escolha propriamente dita, com a análise *custo-benefício*: decorre do fato de não ser possível aplicar recursos R na finalidade A, e os mesmos recursos R na finalidade B. Então, ao se optar por aplicar recursos orçamentários em uma dada política pública, a aplicação em qualquer outra finalidade está descartada (inclusive investimentos financeiros).

²⁰⁸ MISHAN, E. J. *Cost-benefit analysis*, p. 65. Sobre custo de oportunidade, cf. POSNER, Richard A. *Economics Analysis of Law*, p. 7-8.

Esses custos não são necessariamente contabilizados em pecúnia e, por isso, são chamados de *shadow prices*.²⁰⁹ Rememorando o estudo formulado por G. F. Thirlby, James M. Buchanan afirma que o curso de uma ação está “inevitavelmente relacionado ao comportamento do indivíduo”.²¹⁰ Posto isso, o custo não está no dinheiro que será colocado em decorrência da decisão, mas “é a perda, prevista ou realizada, para o indivíduo que toma a decisão, da oportunidade de usar essas coisas nos cursos alternativos de ação”. Assim, o elemento presente é a subjetividade, e a efemeridade do custo (após a decisão, ele não tem mais significado).²¹¹ A idealização desta teoria deu-se voltada para a atividade privada, mas nada dificulta sua aplicação à esfera pública, da decisão pública e política. Destarte, na alocação de uma quantidade determinada de recursos em certa finalidade, não será possível aplicar os mesmos recursos em outra finalidade e, por isso, a escolha deve ser bem feita. E o custo dessa decisão é também contabilizado pela perda da oportunidade de se aplicar na outra via.

Se um Prefeito Municipal aplicar o valor de \$100 para aquisição de carros oficiais, não pode aplicar esses mesmos \$100 em títulos da dívida pública federal para fins de investimento. Com a aplicação em \$100 para aquisição dos carros, esses bens duráveis sofrerão desvalorização do seu preço de mercado com o passar dos anos (o valor decairá de \$100 para \$80) enquanto que, se aplicado, o dinheiro renderia \$10. A diferença seria de \$30 (\$110 - \$80), ou seja, esse seria o custo contabilizado em pecúnia resultante da escolha realizada pelo agente público.

²⁰⁹ Sobre *shadow prices*, ver: MAURICIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias*, p. 126. Segundo James M. Buchanan, o *custo de oportunidade*, que pode influir no comportamento do sujeito, é explicado da seguinte forma: “se um determinado caçador souber que é capaz, com o gasto de um dia de trabalho, de matar dois cervos ou um castor, ele não optará por matar cervos se o preço de um castor for equivalente ao de três cervos, mesmo que ele faça parte da demanda ou seja um consumidor final apenas de cervos. Ele poderá ‘produzir’ cervos a um custo menor através da troca nessas circunstâncias. Ao devotar um dia de seu tempo para matar um castor e posteriormente trocá-lo por cervos, esse caçador acabará ficando com três, e não dois, cervos. Dada a possibilidade de todos os caçadores comportarem-se da mesma forma, nenhum cervo será produzido até e a menos que o valor esperado de troca retorne à condição de igualdade em relação à razão do custo. Qualquer divergência entre o valor *esperado* de troca e o valor do custo *esperado* neste modelo seria reflexo de um comportamento irracional da parte dos caçadores” (BUCHANAN, James M. *Custo e Escolha*, p. 2).

²¹⁰ THIRLBY, G. F. *The subjective theory of value and accounting “cost”*, p. 138-139.

²¹¹ BUCHANAN, James M. *Custo e Escolha*, p. 32. Para melhor entender, consultar: THIRLBY, G. F. *The subjective theory of value and accounting “cost”*, p. 138-139.

O cálculo simplista não é normalmente possível, haja vista serem variadas as situações enfrentadas pelos sujeitos competentes pelas decisões.

A avaliação do custo de oportunidade, entretanto, é fundamental para a boa aplicação dos recursos – e deve ser parte integrante do processo de escolha de políticas públicas. A eficiência dessas políticas será, em parte, resultante da boa escolha e da mitigação de custos de todas as formas. Os caminhos alternativos devem ser apresentados para que se proceda à escolha – as informações, completas, são requisito para que a escolha seja adequada.

Alocar recursos envolve decisões complexas, como, por exemplo, o investimento de quantia em certa finalidade, mas sem processo único a ser seguido (por exemplo: para eliminar insetos vetores de doença existem duas alternativas – política pública de orientação ou política pública de controle com uso de venenos). O custo de oportunidade será o cálculo entre a escolha de uma delas, comparada com a outra (qual o custo de escolher a política A em detrimento à política B).

2.4. Conclusão parcial: as escolhas no Direito brasileiro

O sistema de escolhas de políticas públicas brasileiro possui, basicamente, duas esferas institucionais: o governo – o Poder Executivo, que faz as principais escolhas – e o parlamento – o Poder Legislativo, que autoriza as escolhas do governo e também realiza suas escolhas (em menor número).

É compreensível que o sistema brasileiro concentre poder de decisão em um único indivíduo (o governo)²¹². É a decisão técnica, aquela que depende de visão ampla e geral sobre os planos governamentais. Por isso, cabe ao governo a elaboração de planos; é a administração pública *stricto sensu*. Pauta-se pela tecnicidade e harmonia entre planos; pela organização e coordenação das funções governamentais; enfim, é o sujeito encarregado por decisões que devem atender a preceitos constitucionais e legais.

²¹² Vide nota 1, sobre a concepção de *governo* adotada neste trabalho.

No parlamento, diferentemente, encontram-se os conflitos de ideias. É nele que se promove o controle das decisões tomadas pelo governo. Não apenas: nos limites constitucionais e legais, pode decidir políticas públicas. Se dependerem diretamente de recursos (como se demonstrou no início do trabalho), a competência decisória é reduzida, pois a capacidade para criar despesas públicas ou majorá-las é deveras limitada.²¹³

Tratando-se de políticas públicas que dependem de recursos, e se houver necessidade de alocá-los em planos orçamentários, o parlamento tem condições de apresentar emendas às propostas orçamentárias do governo. São elas benesses entregues aos parlamentares com o intuito de acelerar o processo de discussão e aprovação da peça orçamentária – o governo não vota, mas tem ele o poder de agenda.

Há a troca de votos (*logrolling*) que permite a aceleração do processo (o parlamento é composto por indivíduos fieis ao governo e por parlamentares de oposição, o que exige a troca de votos). O aprimoramento da proposta orçamentária pode se dar nesse momento: minorias não contempladas têm a faculdade de exigir benefícios em troca de votos favoráveis à aprovação da proposta. Por óbvio, grupos organizados ou parlamentares individuais, da mesma forma que acontece no mercado (na esfera privada) farão propostas que os beneficiem (ou aos seus grupos). Decisões orçamentárias, pois, podem beneficiar pessoas ou grupos determinados – mesmo que esse benefício sirva, apenas, para conquistar votos eleitorais.²¹⁴

Sendo a redistribuição de recursos um elemento capaz de caracterizar uma política pública – mesmo que haja políticas públicas não redistributivas –, o parlamento tem a função de avaliar os parâmetros adotados pelo governo (é claro que a obtenção de votos em eleições podem ser o objetivo da posição pela melhor

²¹³ Não é verdade, entretanto, que o parlamento não cria nenhuma despesa. Cria despesas diretas (no caso de emendas ao orçamento), cria políticas públicas que podem requerer recursos (despesas indiretas). A competência, todavia, é reduzida. Ver nota 196.

²¹⁴ Essa captura de recursos é conhecida como *pork*, *pork barrel* ou *earnmaking* (versão leve do *pork*) e, assim como o *logrolling*, imoral. É a apropriação de recursos pelo parlamentar para atendimento de interesses locais (pessoais, da agremiação do parlamentar), visando, obviamente, benefícios eleitorais. *Pork Barrel* é o *clientelismo*, ou seja, é recebimento (favorecimento) de clientela política mediante entrega de recursos em troca de apoio político.

distribuição de bens). Deve verificar – a despeito das intenções egoístas e utilitaristas – se as políticas serão bem executadas, podendo influir da sua decisão – pode, inclusive, promover as suas, nos limites impostos pelo governo. A tarefa do parlamento é a de exigir que o plano orçamentário seja capaz de prestigiar os interesses de cada um dos parlamentares²¹⁵.

Ao invés enviar um plano que trará benefícios somente a maioria dos indivíduos, por receio de não ter sua proposta aprovada no parlamento, o governo terá de encaminhar proposta ponderada. A partir daí, regras de deliberação serão adotadas e pautarão o processo de escolha. Tais regras poderão promover o benefício – ou menores prejuízos – da minoria.

Adiante prosseguir-se-á no debate sobre a escolha a partir de critérios de eficiência.

²¹⁵ De início, este doutorando usou o termo *todos* ao invés de *cada um dos parlamentares*. *Todos* não reflete precisamente o sentido da frase, pois não é o objetivo dos parlamentares. O objetivo é obter benefícios individuais.

Parte 3. Critérios de eficiência

Eficiência: sinônimo de força, a capacidade de produzir efeitos, a obtenção de resultados. Indeterminado, para alguns;²¹⁶ de conotação econômica, para outros.²¹⁷ Eficiência é ação ou força, ou seja, simples medição de efeitos; ou então, a capacidade para produzi-los. Finalmente, eficácia, como sinônimo. Etimologicamente, eficácia tem “relação com o resultado da ação”, enquanto que a eficiência “se centra na própria ação, que deve ter a virtude de produzir um resultado”.²¹⁸

Não é unânime entre os estudiosos das ciências jurídicas o conceito de eficiência. Às vezes diferenciado da efetividade, às vezes igualado, em certos momentos visa a resultados concretos, em outros não. Aqui serão considerados como termos que possuem diferentes noções e servem para representar momentos separados na ação governamental: eficácia como possibilidade ou capacidade e eficiência como produto.

Parte da doutrina jurídica²¹⁹ trata eficiência, eficácia, efetividade como termos semanticamente diferentes, cada qual com conteúdo próprio e propriedades definidas. Eficácia, a capacidade de produzir efeitos; efetividade, a produção de efeitos propriamente dita; a eficiência, a melhor gestão de recursos para alcançar os efeitos desejados ou qualidade de resultados. Assim, nos sentidos apresentados, pode-se defender que uma política pública deve estar prevista em lei e em concordância com o ordenamento jurídico (eficácia), fundada em lei ordinária que defina o planejamento e a execução da política pública, além de dotação

²¹⁶ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 23.

²¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. 5, p. 194.

²¹⁸ FRASCATI, Jacqueline Sophie Periotto Guhur. *O princípio da eficiência como valor apto a contribuir para a eficácia dos direitos sociais a prestações concretizadas*, p. 246, nota 70.

²¹⁹ Segundo Egon Bockmann Moreira, “*eficácia administrativa* diz respeito à potencialidade de concreção dos fins preestabelecidos em lei, ‘a situação atual de disponibilidade para a produção dos efeitos típicos, próprios do ato’. Já a *eficiência administrativa* impõe que esse cumprimento da lei seja concretizado com um mínimo de ônus social, buscando o puro objetivo do atingimento do interesse público de forma ideal, sempre em benefício do cidadão”. (*Processo administrativo e Princípio da Eficiência*, p. 330. A doutrina diferencia “eficiência” e “eficácia”; esta como a materialização de fins do Estado e aquela como a obtenção de resultados máximos com menos recursos despendidos (TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, Democracia e Administração Pública no Brasil*, p. 175). Ver também: GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 24.

orçamentária suficiente para atender a despesa; deve ser implementada, retirada do plano para a realidade, de acordo com os dados obtidos do processo de planejamento, como locais de implementação, tempo para execução, verificação da disponibilidade orçamentária para a execução completa (efetividade); deve, enfim, produzir os resultados esperados, como atender o maior número de pessoas, ou produzir o maior benefício possível, com menos custos diretos e indiretos – incluindo custos financeiros, de processos de escolha e de oportunidade (eficiência). A tríade eficácia, efetividade e eficiência deve ser respeitada em todos os processos de definição e promoção de políticas públicas.

A eficiência tem semente na economia. Se analisado sob esta óptica, desveste-se de qualquer preocupação moral; resta apenas avaliar se a transação ou escolha foi economicamente eficiente (por isso, a dificuldade para aplicar esses conhecimentos econômicos diretamente no Direito). Ao ser absorvido como princípio constitucional e pela construção jurídica doutrinária e jurisprudencial, ganha outra roupagem e deve ter consciência das normas da Constituição. Para o Direito, a eficiência da atuação pública deve ir além do critério do racionamento do dispêndio de bens.

Nesta parte 3, demonstrar-se-á as noções clássicas de *eficiência* (aspecto econômico e jurídico), o conceito adotado de eficiência, a relação da eficiência com a escolha de políticas públicas.

3.1. A eficiência e o Direito

A doutrina jurídica vem adotando critérios de eficiência que possuem raízes na economia, sempre voltado ao controle de fim, de resultados (*eficiência como fim*). Resumem-se a “fazer mais com menos”, sem desperdícios de recursos (otimização)²²⁰, ou, como explica Sérgio Sérulo da Cunha, eficiência “é conceito que diz respeito ao fazer, mais propriamente à obtenção de resultados positivos com o

²²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 137.

fazer".²²¹ Nessa linha, Odete Medauar entende que o termo eficiência "liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso" para satisfazer necessidades da população, afastando a "lentidão, o descaso, a negligência, a omissão".²²² Conforme Raquel Sztajn, "Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função."²²³ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Estado "*funcionalmente eficiente* demanda um Direito Público que privilegie, por sua vez, a funcionalidade. Um Direito Público orientado por uma teoria funcional da eficiência", voltado para obtenção de resultados concretos e não apenas retóricos.²²⁴

Ao vir para o campo do Direito, a eficiência ganha contornos diferentes da simples *análise econômica* e relaciona-se com normas jurídicas e morais, como legalidade, dignidade da pessoa humana e moralidade.²²⁵ Não se está a desconsiderar a faceta econômica da eficiência. O que se alerta é que a eficiência não pode ser tomada, no Direito, apenas por critérios econômicos, porque existem preocupações outras.

Entretanto, o estudo da eficiência no sentido econômico é fundamental, pois fornece elementos decisórios. É possível, por exemplo, que a escolha ocorra fundada em elementos da eficiência econômica e o Direito seja um limitador; ou é possível que a escolha aconteça no sentido de efetivar normas de direito fundamental (*v.g.* educação básica) e encontre um entrave em critérios de eficiência

²²¹ CUNHA, Sérgio Sérulo. *Princípios Constitucionais*, p. 235.

²²² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 157.

²²³ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs). *Direito & Economia*, p. 83. Nesse sentido, Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 298-299.

²²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 110-111. Há, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o *paradigma do resultado*, em que o Estado deve observar uma sequência de atos para efetivação de direitos fundamentais: a) formulação; b) planejamento; c) orçamentação; d) execução de políticas públicas. A formulação é essencialmente política - eleição de objetivos e dos planos de governo e orçamentários; planejamento é essencial e relaciona-se ao orçamento público, programando-se a administração; após, resta a execução das políticas públicas, passível de controle de resultados.

²²⁵ Conforme Sérgio Sérulo da Cunha, "(...) não há eficiência possível fora da ética, da democracia, do Direito, da justiça e do Estado democrático de Direito, dessas fórmulas de equilíbrio que compõem os interesses e as eficiências particulares" (*Princípios Constitucionais*, p. 236).

econômica – escassez de recursos). Tomar-se-ão essas duas relações entre direito e economia como verdadeiras, pois não apenas o Direito é um limitador da ação do Estado, mas a escassez de recursos oferece o mesmo obstáculo.

Proceder à breve pesquisa em tribunais brasileiros resulta leitura de muitos entendimentos diferentes sobre o conceito de eficiência. Às vezes é economicidade, em certos momentos, *custo-benefício*, em outros, confunde-se com a própria legalidade. A pluralidade de noções dificulta, senão impede, sua aplicação pelos intérpretes da norma constitucional. Necessário demonstrar como se pensa a *eficiência* no Direito brasileiro.

Dividiu-se, para fins didáticos, em três conceitos de eficiência que hoje são aplicados ao Direito: (a) boa administração (*good governance*); (b) economicidade e *custo-benefício* (no sentido adotado pelo Direito); e c) eficiência como princípio. Algumas delas já foram superficialmente expostas no início do trabalho, porém o que se busca, aqui, é conceituá-las.

É preciso o estudo das noções de eficiência com fundamento nas normas constitucionais, a começar pelo *princípio da eficiência*, haja vista tratar-se de análise jurídica. No art. 37 da Constituição, por exemplo, outros princípios são aplicados na atuação administrativa: legalidade, publicidade, moralidade e impessoalidade. A eficiência sob o Direito deve ser vista em conjunto a esses princípios (o texto constitucional não hierarquiza nenhum deles).

Adiante, ao se tratar da eficiência, afirmar-se-á que ela pode causar situações moralmente incongruentes, porém adotar-se-á abordagem sem qualquer outra preocupação que a econômica; dilemas morais não serão considerados. Agora, analisando-se a eficiência como princípio jurídico, é obrigação do estudo ter em conta a análise moral e jurídica.²²⁶

²²⁶ Conforme Marçal Justen Filho, “Quando se afirma que a atividade estatal é norteada pela eficiência, não se impõe a subordinação da atividade administrativa à racionalidade econômica, norteada pela busca do lucro e da acumulação da riqueza”. E prossegue: “Eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário – o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico”. Por isso que, segundo o autor,

3.1.1. A Boa Administração

Conceito difundido no Direito, compreende o funcionamento adequado e com vista ao bem-estar dos indivíduos. Guido Falzone, em meados do século XX, publicou obra que pautou grande parte da discussão sobre o tema: “o dever da boa administração”. Conceitua, antes de mais nada, a atividade administrativa como desenvolvimento de uma função e como exercício do poder, voltada para a satisfação do interesse público, não confundível com a atividade legislativa ou jurisdicional, realizada nos limites da lei.²²⁷ Nessa senda, o dever da boa administração relaciona-se com o dever do melhor exercício da função administrativa²²⁸, sendo um princípio de Direito.

Conforme o autor, quando se cuida de boa administração – referindo-se ao exercício de uma função – se quer designar a atividade que serve a cuidar dos interesses que lhe são próprios, tendo caráter finalístico – ação ou atividade finalisticamente considerada.²²⁹ Além disso, o conceito de boa administração está próximo do da discricionariedade, pois ligado à autodeterminação do sujeito que é o titular. O escopo – direto ou indireto – público deve ser alcançado.²³⁰ O dever funcional do sujeito, pois, está relacionado ao juízo de conveniência da ação com vista a um fim – alguns fins devem ser alcançados devido a exigências legais.²³¹ Por evidente, e conforme diz o autor, “a exigência da boa administração se afirma como um dever jurídico, tanto com relação aos titulares de uma função pública, que internacional ou privada”.²³²

O princípio da boa administração, segundo Guido Falzone, está na Constituição italiana (nela havia o “bom andamento e a imparcialidade da

a doutrina – como Eberhard Schmidt-Assmann – prefere chamar de princípio da eficácia administrativa, evitando a confusão (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 137).

²²⁷ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, p. 14-16.

²²⁸ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, p. 112.

²²⁹ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, p. 64.

²³⁰ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, p. 65.

²³¹ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, p. 83.

²³² FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, p. 84 (tradução livre).

administração”)²³³. É um verdadeiro princípio jurídico, capaz de produzir efeitos, a despeito de ser considerado norma programática. Essa norma impõe à administração o uso conveniente e oportuno da discricionariedade e sua atuação sempre deve estar voltada para a satisfação do interesse público.

Do Direito Administrativo Comunitário, mais recentemente, vem o “art. 41, item 3, da *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia* (2000), o qual, consagrando o *direito fundamental a uma boa administração*, atrela à sua concepção e efetivação que ‘todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-membros’”.²³⁴ A *boa administração* vem acompanhada da pretensão de sanção: em razão de atos praticados pelo Estado e que causem dano, a reparação se impõe.

Ambas as visões sobre a *boa administração* são adequadas à imagem que se tem da administração pública, sendo uma consequência da outra: primeiro, o direito à administração que alcance os resultados pretendidos e, caso não alcançados, faz-se imperativa a reparação. O *princípio da boa administração* é conceituado por Juarez Freitas, que ensina ser um direito fundamental. Demonstra o autor o dever da administração em exercer suas funções com retidão, a cumprir com suas obrigações, ou, como é possível retirar do texto, com responsividade (responsável e capaz de responder aos anseios dos cidadãos). Para ele, “trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. Prossegue afirmando que a administração tem o dever de observar os princípios constitucionais que regem sua atividade.²³⁵ Descreve direitos que vêm do desdobramento do direito à *boa administração*, os quais

²³³ FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, p. 123-124.

²³⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*, p. 234.

²³⁵ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração pública*, p. 20.

são: (a) “direito à administração pública transparente”; (b) “direito à administração pública dialógica”; (c) “direito à administração pública imparcial”; (d) “direito à administração pública proba”; (e) “direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada”; (f) “direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável”.²³⁶ Ressalta a transparência como direito, inclusive no sentido de que as informações constantes na execução orçamentária sejam inteligíveis, tal qual informa o autor, compreensíveis pelos destinatários (que são, em sua maioria, pessoas do povo), capazes de exercer o controle. Além disso, dados orçamentários são necessários para fundamentar decisões, são um guia para que as decisões sejam tomadas com menor custo.

A discricionariedade administrativa é o mote da discussão de Juarez Freitas na obra acima citada. Escolhas do governo são imperativas para o exercício da função. Não há como se admitir apenas atos administrativos vinculados, já que a riqueza de situações impõe que o administrador possua certo grau de liberdade para decidir ações concretas. Então, nas escolhas orçamentárias o administrador deverá sempre visar à boa administração, mesmo não comportando apenas uma resposta correta²³⁷ (Juarez Freitas frisa a necessidade de motivação das decisões).

Ademais, a governança, como “nova versão” aprimorada da boa administração e da função administrativa, traz um renovado “potencial de democratização do exercício” da função administrativa, como ensina Vanice Regina Lírio do Valle.²³⁸ Para a autora, a *boa administração* é um direito fundamental²³⁹,

²³⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração pública*, p. 20-21.

²³⁷ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração pública*, p. 125.

²³⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*, p. 17.

²³⁹ “Duas notas impõem-se em relação aos efeitos do reconhecimento de um direito fundamental à boa administração no sistema constitucional brasileiro: a primeira ressalta que, no âmbito da função administrativa, se concretizam os demais direitos fundamentais explícitos e implícitos no texto constitucional. Vale dizer que o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa – que, repita-se, é primária e diretamente relacionada à concretização dos direitos fundamentais – é o caminho mais eficaz para assegurar sua efetividade. O relevo se justifica pela circunstância de que atualmente, muito se tem louvado o papel do Judiciário na garantia dos referidos direitos; todavia, essa atuação reparadora se revelará, quando menos, mais tardia, quando comparada com aquela potencialmente

opinião que tem como referência a de Juarez Freitas. Ambos concordam sobre o direito à *boa administração* como direito fundamental. A democratização do exercício da função administrativa é também necessária, pois uma das condições de eficiência da administração é, de fato, a participação popular direta.

Entretanto, Vanice Regina Lírio do Valle entende que elementos como *participação social* e *accountability* foram negligenciados, pois apresentam-se como expressões genéricas no direito brasileiro.²⁴⁰ Aliás, por mais que se admita a existência da *boa administração* como um direito fundamental, sua existência é devida a um conjunto de direitos expostos expressamente na Constituição (como eficiência, transparência, legalidade, publicidade, impessoalidade, imparcialidade, probidade).

O direito à *boa administração* existe, mas seu conteúdo próprio é fluido. Não pode, sozinho, ser adotado como parâmetro de análise de decisões tomadas pelo governo. Apesar de sua importância, é mais valor que norma jurídica, e não combina com a ideia de que as decisões governamentais são tomadas com fundamentos outros, especialmente individualistas (o que, por óbvio, não impede que a decisão possua elementos republicanos, tal qual a *boa administração*).

3.1.2. Economicidade, custo-benefício e o Direito

Economicidade é a capacidade de despender menos recursos financeiros, de economizar, de ser econômico. Não requer resultados, portanto não é um conceito relativo, ou que dependa de outra variável. É fazer políticas públicas, prestar serviços públicos, praticar ações governamentais com uso de menos recursos. Não se esperam resultados. Diverge deste conceito Ricardo Lobo Torres, pois afirma que “o conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça”. Para o autor, a

desenvolvida direta e tempestivamente pela administração” (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*, p. 125)

²⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*, p. 68.

economicidade autoriza o controle que não é apenas formal – legalidade – mas controle da “eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação”, não sendo apenas “*economia de gastos*”.²⁴¹

Não se tolera que se gaste menos recursos financeiros e como resultado se consiga uma política pública inadequada, sem qualidade. Por conseguinte, o vocábulo não pode ser usado sem que seja acompanhado de outros, que remetam à ideia de *busca por resultados*. Há, pois, o termo *custo-benefício*, em que se busca trazer benefícios com custos menores, sendo ambas as palavras semanticamente amplas: custo não tem apenas relação com recursos financeiros – pecúnia – e benefício, com bem-estar social.

As referências ao *custo-benefício*, um dos conceitos de eficiência no sentido econômico utilizados, são constantes nos tribunais de justiça e tribunais de contas brasileiros. Decisões políticas são comumente avaliadas segundo uma noção assaz difundida da relação *custo-benefício*. Não se faz crítica contundente (o sentido adotado pela prática judiciária e técnica não está incorreta, mas apenas incompleta).

Custo-benefício apresenta-se como a relação entre o custo de uma decisão com o benefício trazido por ela. Assim, admite graus. Duas políticas, lado a lado analisadas: a decisão prudente é no sentido de escolher a política que possui menos custo mas produza maiores resultados. Diz-se, então, que tem uma *melhor relação custo-benefício*, além de que os resultados são esperados, ao contrário do conceito de economicidade.

Essa posição não é unânime, todavia. Para Luciano Benetti Timm, “a eficiência, consoante o seu sentido econômico, consiste em obter o melhor resultado possível com o menor custo possível (...)”, não importando o resultado da ação de governo. Na aplicação do princípio, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu, conforme a abordagem do autor, que a eficiência se alinharia com

²⁴¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, v. 5, p. 278.

uma prestação de serviços públicos com vista ao resultado [eficiente]²⁴², assertiva de cuja conclusão discorda, pois “a eficiência (...) não significa necessariamente qualidade”, pois trata-se de um conceito econômico, ou seja, apenas afere o *custo-benefício* (aplicação de recursos mais adequada, que atendesse o *custo-benefício*).

Em análise de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Luciano Benetti Timm e Giuliano Toniolo coletaram 100 acórdãos – referentes ao período de 1º de janeiro de 2005 a 23 de fevereiro de 2007. Pesquisaram como a *eficiência* era abordada pelo Tribunal e concluíram que, a despeito da eficiência, no sentido econômico, significar “obter o melhor resultado possível com o menor custo possível” (plano teórico), o Tribunal de Justiça atribuiu ao “princípio da eficiência” uma diferente conotação: “a ideia corrente é a de que a eficiência está vinculada à boa administração no sentido de qualidade na prestação do serviço público”. Os autores defendem que a eficiência não significa, necessariamente, qualidade. Uma política pública pode alcançar resultados esperados, mas usar muitos recursos ou ter um alto custo. Da mesma forma, uma política pode ser eficiente (*custo-benefício*), mas não ter qualidade.²⁴³

Diverge-se, todavia, da posição de Luciano Benetti Timm e Giuliano Toniolo. Tendo o custo uma noção ampla – já que custo não se confunde com recursos, com dinheiro, mas pode ter outras conotações – e assim é, também, o benefício, não pode se considerar que na falta de qualidade haverá uma política pública eficiente. Sempre que se afirma a eficiência de uma política pública, diz-se que é uma atuação que minimiza os custos (monetários, sociais, de oportunidade, etc.) para conseguir benefícios maiores, com mais qualidade.

Parece óbvia a relação *custo-benefício*. Confrontam-se dados sobre os custos (C) com os sobre benefício (B) e, se $(B) > (C)$, haverá eficiência. De fato, é adequado o raciocínio elaborado, mas demais simplista. No entanto, alguns elementos e variáveis devem ser considerados para que a análise seja conclusiva.

²⁴² TIMM, Luciano Benetti, TONIOLO, Giuliano. *A aplicação do Princípio da Eficiência à Administração Pública: Levantamento bibliográfico e um estudo da jurisprudência do TJRS.*

²⁴³ TIMM, Luciano Benetti, TONIOLO, Giuliano. *A aplicação do Princípio da Eficiência à Administração Pública: Levantamento bibliográfico e um estudo da jurisprudência do TJRS.*

Observe-se como uma simples escolha de política pública pode requerer um complexo estudo para avaliar a eficiência no sentido do *custo-benefício*: um hospital será construído em determinada cidade. A primeira escolha é o local da construção (qual o critério a ser adotado – se no bairro mais carente, ou no local menos atendido, etc.); a segunda escolha é acerca do investimento, qual deve ser a quantidade (hospital que atenda a mais doenças ou a emergências, apenas); as escolhas devem ser feitas com fundamento no *custo* e no *benefício*. Nesses termos, na análise adotada pela praxe judiciária e dos tribunais de contas é: *custo* é a quantidade de recursos pecuniários; *benefício*, o atingimento dos fins propostos. Não é suficiente, contudo. É preciso aprofundar o estudo deste tema, determinando se a *análise do custo-benefício* é própria da escolha ou da avaliação dos resultados. E, ainda, quais elementos devem ser considerados como *custos* e *benefícios*.²⁴⁴

3.1.3. A eficiência como princípio de Direito

Considerar a eficiência, que é um valor, como um princípio de Direito traz implicações ao estudo que ora se faz. Ao se tomar o conceito de princípio de Robert Alexy, o princípio é norma – para o autor, normas são princípios e regras. Nessa senda, princípios são “mandamentos de otimização”, enquanto regras são “mandamentos definitivos”.²⁴⁵ A aplicação dos princípios, ao contrário das regras, é maleável, admitindo graus maiores ou menores de cumprimento. Então, se em choque dois princípios, um poderá prevalecer em detrimento ao outro.

A despeito da teoria de Alexy ter provocado influência na construção da teoria dos direitos fundamentais, adotar-se-á o conceito de princípio como fundamento do sistema. Não se admite ponderação, uma vez que a administração pública sempre deve ser eficiente em sua atuação (da mesma forma que sempre deve agir com moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade – art. 37, *caput*, da Constituição). Os recursos públicos escassos, advindos em sua grande maioria do

²⁴⁴ Vide ponto 3.2.4.

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

patrimônio dos particulares pela captação dos impostos, devem ser despendidos com rigor que a norma jurídica impõe – e não há qualquer exceção. Um princípio delimita o caminho reto a ser trilhado: ser eficiente, assim, é o norte da atividade estatal.

Dizer que a emergência da situação exige ações rápidas que podem causar danos ao Erário não têm guarida neste trabalho. Preservar a aplicação correta de recursos é obrigação decorrente da Constituição e serve à garantia dos direitos fundamentais²⁴⁶. Um Município que enfrenta uma calamidade pública não pode, em decorrência deste fato, despender ineficientemente recursos. Pelo contrário, embora ocorra a mitigação da rigidez de regras (como as exceções à Lei de Licitações e as disposições constitucionais das finanças públicas), o governo deve se pautar pelos limites do princípio da eficiência.

Já se disse que a eficiência foi erigida a princípio constitucional da administração pública em 1998, com o advento da Emenda Constitucional 19. Embora haja possibilidade de retirá-la de outros mandamentos da Constituição (basta interpretar a norma constitucional para entender que é desejável), entendeu o constituinte derivado incluir expressamente no texto o dever do governo em atender à eficiência. É um critério de racionalidade privada aplicado ao funcionamento da administração pública (embora aplicável para toda a atividade estatal).

Segundo Roberto Dromi, a eficiência é um valor administrativo, ou seja, deve ser observada do ponto de vista axiológico. Não é suficiente, portanto, apenas afirmar que se despense pouco para alcançar resultados, quaisquer que sejam. Necessita-se que resultados sejam também de qualidade, ou seja, que o serviço público seja prestado. Para ele, “a dimensão axiológica encontra na eficiência administrativa a congruência da projeção, ação e resultado do trabalho administrativo, e para tais fins confluem as seguintes ações: 1) realizar o diagnóstico adequado das necessidades públicas, 2) cumprir os objetivos no quadro espaço-temporal programado, 3) alcançar a finalidade política, 4) obedecer o controle

²⁴⁶ O uso eficiente dos recursos públicos permite ao administrador público promover mais políticas, atendendo melhor as necessidades públicas.

público, 5) satisfazer as necessidades públicas com custos razoáveis, 6) respeitar as regras de rapidez e simplicidade, e 7) atuar com economia processual e preservar a legalidade administrativa”.²⁴⁷ No Brasil, a eficiência é princípio constitucional e, como norma positivada, é eficaz.

Ao concretizar as pretensões governamentais, em que se busca efetivar direitos, o governo toma decisões, só ou em conjunto com outros indivíduos. Essas decisões têm graus de liberdade, ou seja, dentro dos lindes normativos é possível tomar uma decisão. O princípio da eficiência deve ser observado em todas as escalas de decisão, como: a) nas discussões e escolhas prévias de planejamento; b) nas discussões e escolhas sobre o orçamento público; c) no processo intelectual de governo, caso a lei tenha ofertado a possibilidade de decidir discricionariamente; e d) na execução das decisões, quando houver necessidade em razão de variáveis próprias da atividade administrativa. A vida pública envolve, cotidianamente, escolhas, as quais têm como um dos parâmetros o *princípio da eficiência*.

As escolhas tornam-se peças-chave para determinação de uma política pública, uma escolha adequada é fundamental à eficiência. Em face disso, estudar-se-á a eficiência econômica e a escolha para, após, apresentar o entendimento sobre escolha eficiente.

3.2. Noções de eficiência sob o aspecto econômico

O termo *eficiência* como é comumente adotado no estudo das ciências jurídicas, embora sirva como princípio capaz de guiar a ação governamental, não é o objeto deste estudo.

²⁴⁷ DROMI, Roberto. *Sistema Jurídico e Valores Administrativos*, p. 247-248. “A eficiência ou eficácia administrativa se traduz no dever jurídico de dar satisfação concreta a uma situação subjetiva de requerimento na forma, quantidade e qualidade e com os meios e recursos que resultam mais idôneos para a gestão. A eficiência é também um princípio jurídico do qual se origina para a Administração um *dever positivo de atuação* conforme as exigências públicas. É um bem ou interesse jurídico que reveste a qualidade de valor, e por isso deve-se garantir sua existência e a capacidade de cumpri-lo ou alcançá-lo; porque representa um mandato vinculativo para a Administração a propósito de sua idoneidade para cumprir seus fins”. (p. 249).

A partir deste ponto, apresentar-se-á uma visão da eficiência econômica que servirá para balizar a conclusão que trará uma concepção híbrida e nova do termo. Vale ressaltar que não se pretende esgotar a discussão: vem complementar o que já há entre os doutrinadores jurídicos.

Nas ciências econômicas, a observação de relações eficientes é lugar comum. Estudos diversos, apresentando visões sobre o fenômeno econômico, definem o termo eficiência, relacionando as esferas privada e pública. Arthur Cecil Pigou, no início do século XX, expõe sua teoria sobre o bem-estar (*welfare economics*), definindo-o como o “complexo de satisfações e de insatisfações que possam ser medidas monetariamente”²⁴⁸, relacionando satisfação e insatisfação com a distribuição de recursos na sociedade num determinado momento. Visava-se a otimização do bem-estar – a preocupação com a eficiência e repartição dos recursos entre os indivíduos da sociedade. Para o autor, em alguns momentos, o Estado deve proteger, em certa medida, interesses futuros contra comportamentos irracionais. Quem antecipou o conceito de bem-estar social foi Vilfredo Pareto, compreendendo-o como “fundamental para a determinação do bem-estar máximo da coletividade”.²⁴⁹

Em sua obra “economia do bem-estar”, Pigou explica que as instituições foram criadas pelo homem para funcionar adequadamente, mas, em determinados momentos, a ação estatal torna-se necessária para o bom funcionamento do sistema.²⁵⁰ Sua reflexão busca definir qual o papel do Estado na distribuição de custos e renda, contrapondo produtos social e privado – os indivíduos e a sociedade arcam com custos e obtêm resultados. Eficiente, nesta linha, é a distribuição de renda com a atenção voltada para o bem-estar social. De que forma é possível *maximizar o bem-estar* sem que o *custo social* seja elevado? Segundo Pigou, devido ao fato de as instituições serem criadas para funcionar corretamente – o Estado – era

²⁴⁸ PIGOU, Arthur Cecil. *Economia del Benessere*, p. 26.

²⁴⁹ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 47.

²⁵⁰ A explicação crítica da teoria pode ser conferida em: COASE, Ronald H. *O problema do custo social*, p. 92.

preciso encontrar uma forma para que a “ação estatal aperfeiçoasse as tendências ‘naturais’”.²⁵¹

Para Pigou, verifica-se o bem-estar econômico ótimo quanto, de acordo com os recursos entregues na economia, existem as duas condições: (a) “o rendimento nacional é maximizado”; (b) “a parcela absoluta (*absolute share*) do rendimento que reverte em favor dos mais pobres é maximizada”.²⁵² A partir daí, retira três conclusões: (i) “sempre que se verifica um aumento do rendimento nacional, sem concomitantemente se reduzir a parcela absoluta que cabe aos mais pobres, melhora o bem-estar econômico colectivo”; (ii) “sempre que ocorre um aumento da parcela absoluta do rendimento de que dispõe os mais pobres, sem simultaneamente se contrair o rendimento nacional, melhora o bem-estar econômico colectivo”; (iii) “sempre que o volume global do rendimento nacional e o da sua parte distribuída em favor dos mais pobres evoluam em sentidos opostos não é possível emitir um juízo geral sobre o efeito agregado sobre o bem-estar económico colectivo”.²⁵³ Sintetizando, de acordo com Pigou, a relação que ocorre é entre *rendimento nacional* e *renda dos mais pobres*. Aumentando um, o outro deve, ao menos,

²⁵¹ Ver crítica de: COASE, Ronald H. *O problema do custo social*, p. 95-99.

Ressalta-se que relação entre o bem-estar social e o bem-estar econômico não é direto, a despeito de parecer que é assim. Uma sociedade pode contar com o primeiro, mas ser carente do segundo – por exemplo, a sociedade, como um todo, é abastada, mas a distribuição de recursos é deficiente. Diga-se que possuem relações entre si, mesmo que seja indireta, sendo o bem-estar econômico próximo do bem-estar social, desde que a renda esteja devidamente distribuída. A sociedade pode receber um incremento de recursos a ponto de maximizar o benefício geral – por exemplo, a economia cresce –, mas há grandes desvios na distribuição de renda.

Cf. PIGOU, Arthur Cecil. *Economia del Benessere*, p. 32. SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 32-34.

²⁵² SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 51.

²⁵³ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 41-52. Ronald Coase critica a teoria pigouviana – no *A Economia do Bem-Estar* –, entendendo ser falha a argumentação de Arthur Cecil Pigou. No caso, Pigou usou como exemplo o fato de as empresas de trem produzirem faíscas e, caso essas faíscas causassem incêndio em matas vizinhas aos trilhos, os proprietários dos terrenos deveriam ser indenizados. Coase critica fortemente os argumentos de Pigou, afirmando que tal compensação teria enormes custos e, principalmente, Pigou estaria adotando método incorreto, pois afirma Coase: “A questão fulcral não é saber se é desejável colocar mais um trem para funcionar ou um trem mais rápido, ou, ainda, a instalação de dispositivos capazes de impedir faíscas; a questão em debate circunscreve-se a saber se é desejável ter um sistema no qual a companhia ferroviária deve indenizar os que sofreram os prejuízos por ela causados ou um sistema em que a companhia não tem de indenizá-los. Quando um economista está comparando arranjos sociais alternativos, a maneira apropriada de proceder é comparar o produto social total produzido por cada um desses arranjos”. (COASE, Ronald. *O problema do custo social*, p. 99). A compensação, portanto, não seria a solução.

permanecer estável. Caso contrário, não há conclusão a ser emitida. Essa era a sua concepção de bem-estar econômico.

Para que haja aumento do rendimento nacional deslocam-se recursos de “afecções em que geram um produto marginal social menor para outras onde geram um produto marginal social maior”.²⁵⁴ Se forem nivelados os produtos marginais sociais, não haverá o aumento esperado. Nada resolve, contudo, se não houver repartição desse rendimento: “para um dado rendimento nacional, o bem-estar económico será tanto mais elevado quanto maior for a parcela absoluta que caiba aos mais pobres na repartição desse rendimento”.²⁵⁵ Para tanto, a redistribuição vertical é necessária, adotando-se a “lei da utilidade marginal decrescente”: a redistribuição permite satisfazer “necessidades mais intensas à custa do sacrifício da satisfação de necessidades de menor intensidade”.²⁵⁶ A matéria é técnica e o que importa é o aumento do rendimento bruto dos mais pobres e não a redução das desigualdades.

António de Sousa Franco, sobre a teoria de Pigou, afirma que “para cada pessoa, o ponto óptimo de oferta de bens públicos é o ponto em que a utilidade marginal dos bens públicos é igual à desutilidade marginal do imposto: se pagasse mais impostos, a sua utilidade marginal implicava mais sacrifício de que o benefício obtido dos bens públicos; se pagasse menos impostos, então a utilidade do último bem privado corresponderia à desutilidade marginal do bem público que obtinha”.²⁵⁷ Nesse sentido, a questão era manter um patamar adequado de transferência de renda, equilibrando as utilidades.

A teoria de Arthur Cecil Pigou, criticada (pois formalista, abstrata, utilitarista, sem instrumento concreto para efetivá-la)²⁵⁸, foi abandonada (fazendo os estudiosos retornarem a Pareto), embora permanecesse a busca por um *ótimo* absoluto e não relativo. De certa forma, foi retomada por Hugh Dalton, economista

²⁵⁴ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 53.

²⁵⁵ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 56.

²⁵⁶ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 56.

²⁵⁷ SOUSA FRANCO, António de. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, p. 20

²⁵⁸ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 57-59.

que elaborou o *princípio do maior benefício social*, além de estudar a desigualdade da distribuição de renda (propondo aplicação do *princípio da transferência*, *princípio da adição proporcional* – ambos visam à redistribuição de renda para reduzir a desigualdade).²⁵⁹ O *princípio do maior benefício social* é próprio do seu estudo das finanças públicas²⁶⁰ e é referente ao uso dos recursos públicos para produzir efeitos socialmente desejáveis. Nesse sentido, para que o bem-estar da sociedade seja elevado, segundo o autor, duas condições são exigidas: a) a melhoria da produção (aumento do poder produtivo – mais resultados com menos esforço; melhor organização da produção – evitam-se os desperdícios de recursos e, por consequência, desemprego; melhor produção voltada ao atendimento das necessidades coletivas); e b) melhoria da distribuição (“redução da grande desigualdade” entre rendas familiares; redução das “flutuações” na renda das famílias, especialmente as pobres).

Não é estranho que a adoção do termo eficiência se refira a um dos seus conceitos clássicos econômicos. Pelos anos da década de 1930, uma sobrevida da economia do bem-estar aconteceu. Sobre isso, permitido apresentar: a) maximização da riqueza (utilitarista e na linha do bem-estar social); b) eficiência de Pareto (ou alocativa, vinculada à distribuição dos recursos em vista à ampliação do bem-estar social); e c) eficiência de *Kaldor-Hicks* (ou ‘princípio da compensação’, em que a alocação dos recursos é eficiente quando maximiza a riqueza, independentemente de sua distribuição social). Toda a construção teórica da eficiência tem grande valia para a pesquisa que se faz, pois ao decidir onde se deve alocar recursos, esta decisão relaciona-se com a distribuição eficiente no sentido econômico. Por óbvio, a decisão

²⁵⁹ Hugh Dalton elenca três princípios de transferência (como medida de desigualdade): 1) princípio dos acréscimos proporcionais à renda (acréscimos proporcionais à renda – ou subtração – não afetará a desigualdade – embora pareça que afetará); 2) princípio dos idênticos acréscimos à renda (acréscimos idênticos a todas as rendas diminuem desigualdade e idêntica subtração aumenta-a) – nessa caso, é melhor fazer idênticos acréscimos a proporcionais acréscimos; 3) princípios dos acréscimos proporcionais às pessoas (a desigualdade não sofre efeitos se acréscimos proporcionais são feitos para o número de pessoas que recebem renda de qualquer valor) – como o crescimento é proporcional, a desigualdade não sofre alteração (DALTON, Hugh. *The Measurement of the Inequality of Incomes*, p. 348-361).

²⁶⁰ DALTON, Hugh. *Princípios de Finanças Públicas*, p. 10.

pública não se resume a isto, mas sua análise mostra-se essencial para a compreensão do conceito aplicado às políticas públicas.

O conceito de eficiência trata “alocação de recursos nos quais o valor é maximizado”, noção utilitarista.²⁶¹ Nesse passo, uma das bases do raciocínio é a redistribuição de bens (sendo o orçamento público o centro nesse quebra-cabeça). O orçamento público é instrumento ideal para promover não somente a redistribuição, mas o próprio bem-estar. As teorias econômicas sobre a eficiência não conseguem vencer o elemento principal do orçamento público: a política. Por isso, expor-se-á a relação economia, direito, política buscando encontrar um denominador comum para todos os argumentos.

3.2.1. O Critério de Pareto

Vilfredo Pareto, em 1892, sucedeu Léon Walras na disciplina de Economia Política na Faculdade de Direito da Universidade de Lausanne, Suíça, prosseguindo no estudo do bem-estar social do seu antecessor.²⁶² Pareto diferenciou, na sua obra *Traité de Sociologie Générale*, a *ofelividade* – do grego *ophelimos* –, que significa a capacidade que os bens têm de promover bem-estar ao seu usuário ou proprietário, de *utilidade*. Este diz respeito ao juízo subjetivo “sobre os próprios padrões de consumo e, como tal, implica uma apreciação sobre as preferências dos terceiros” e, aquela, “respeita exclusivamente às preferências de cada indivíduo quanto aos seus próprios consumos”.²⁶³ A partir desse raciocínio, Pareto traz a função do bem-estar social, que se consubstancia não na “simples agregação aritmética das funções de utilidades individuais”, mas na soma ponderada, em que cada indivíduo tem seu coeficiente de utilidade. Esse coeficiente é definido pelo governo, pelas elites, e mudam conforme o momento.²⁶⁴

²⁶¹ POSNER, Richard A. *Economics Analysis of Law*, p. 12.

²⁶² SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 37-40.

²⁶³ Pareto distingue entre: máxima ofelividade *para* e *de* uma coletividade e máximo de utilidade *para* e *de* uma coletividade. SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 45-46.

²⁶⁴ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 47-48.

A eficiência no sentido econômico pode ser compreendida pela teoria de Pareto.²⁶⁵ Nela, entende-se como eficiente uma situação em que nenhum indivíduo possa melhorar a sua situação sem que piore a de outro.²⁶⁶ Seria equivalente ao *máximo de ofelividade* para a coletividade (deve levar em consideração as utilidades individuais). Nesse ponto, o *ótimo*, qualquer mudança que acarrete piora na condição de um sujeito será ineficiente. Se for possível melhorar a posição de um indivíduo sem a piora de outro, ainda não se alcançou o ponto ótimo (e não é *Pareto-eficiente*).

Não se exige uma melhoria social para que a situação seja Pareto-eficiente, pois, caso um indivíduo A, muito rico, entregue parte de seu patrimônio para B, a despeito de B melhorar a sua situação – e a sociedade, como um todo –, A terá sua posição piorada e, mesmo que desejável, a hipótese será ineficiente. Devido a essa característica, a teoria de Pareto sofre repulsa quando o assunto é sua aplicação na análise do resultado das políticas públicas, embora seja perfeitamente aplicável às escolhas dessas políticas.²⁶⁷ É claro que não há apenas um estado do *ótimo paretiano*, pois reconhecem-se uma “uma multiplicidade” de soluções.²⁶⁸ Entre elas pode surgir a redistribuição de bens, que tende à justiça social e não, obrigatoriamente, ao ótimo.

Além do mais, apenas o indivíduo, por si só, é capaz de medir a sua própria satisfação ou utilidade, não sendo possível comparações com outros

²⁶⁵ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 235. BUCHANAN, James M. e TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 165; POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 105; SALAMA, Bruno Meyerhof. In.: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia (Apresentação)*, p. 30; SOUSA FRANCO, António L. *Finanças públicas e direito financeiro*, p. 23.

²⁶⁶ “The ‘welfare’ of the whole group of individuals is said to be increased if (1) every individual in the group is made better off, or (2) if at least one member in the group is made better off without anyone being made worse off” (BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 165). Existiriam algumas condições para que trocas e produção, no sentido paretiano, fossem eficientes, relativamente aos bens privados. Não há porque aprofundar essa análise nesse trabalho, porém, para mais informações ver SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 65.

²⁶⁷ Nas escolhas das políticas públicas, o jogo democrático pode levar à aplicação da teoria de Pareto sem provocar qualquer conflito. Como exemplo, o governante pode basear sua escolha na eficiência paretiana, tendo em vista que somente pode melhorar a situação dos indivíduos, nunca piorá-la.

²⁶⁸ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 274.

indivíduos e nem por observador externo.²⁶⁹ Segundo Richard Posner, a falta de efeitos sobre terceiros – a impossibilidade de prever efeitos e externalidades, “não dá conta de *classes* de transações” – “o critério da superioridade de Pareto não é aplicável à maioria das questões de política pública”.²⁷⁰ Não há como saber qual a utilidade na transação comercial entre A e B, sob a óptica de Pareto. O problema na teoria é que os efeitos sociais da transação não são levados em consideração. Segundo Fernando Araújo, a “‘eficiência paretiana’ apenas nos informa acerca da eficiência atingida, mas nada nos revela quanto à *justiça* do resultado alcançado”²⁷¹. Assim, decisões públicas serão avaliadas somente entre aqueles que participaram das negociações, e não serão analisados os efeitos ou externalidades sobre o restante da sociedade.

Há outro difícil obstáculo a ser transposto no tocante às escolhas. A eficiência paretiana não se coaduna com um sistema de votação majoritária. Explica-se com um exemplo prático. Três indivíduos – A, B, C – estão em posição equivalente, sendo $(A,B,C) = 1$ e cada um deles é igual a $1/3$. Estão equilibrados. Se se considerar uma escolha que dependa do voto majoritário, o equilíbrio (ou simetria), muito provavelmente, será afetado. Se a situação for $(3/5, 2/5, 0)$, o desequilíbrio – e causa de ineficiência paretiana – é provável, já que os indivíduos A e B ($3/5$ e $2/5$) facilmente decidirão (ou, então, o $3/5$ sozinho). Contudo, caso haja pagamentos entre os participantes (*side payments*²⁷² ou *bribes*²⁷³) ou troca de votos

²⁶⁹ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 165. Para o rico, \$1 tem menor utilidade marginal que esse mesmo \$1 tem para o pobre. Não é possível, entretanto, ter consciência da utilidade marginal para cada um dos sujeitos da sociedade.

²⁷⁰ O autor exemplifica: “como saber se, no caso dos tomates [A vende a B tomates], o livre-mercado é superior, de acordo com o critério de Pareto, a um mercado no qual exista um teto para o preço? A eliminação desse teto resultaria em um preço de mercado mais elevado, maior quantidade produzida, alugueis mais caros de terras especializadas no cultivo de tomates, redução na produção de mercadorias substitutas e muitos outros efeitos” (POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 106)

²⁷¹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 235.

²⁷² Ver: 2.2.1.2. Rememorando: O conceito de *side payment* é o pagamento entre participantes de um grupo com a função de demover ou induzir um ou mais sujeitos a aderir a uma proposta. Se aproxima do conceito de “suborno”.

²⁷³ Troca de favores entre participantes do processo político ou suborno.

(*logrolling*²⁷⁴), de forma a compensar perdas entre si, alcançar-se-á o ótimo de Pareto (ou se tenderá ao atingimento).²⁷⁵

O melhor resultado no debate é a unanimidade. A negociação é fundamental para se chegar na fronteira paretiana (o ótimo). Na realidade, sempre se tenderá a alcançar a eficiência, mas não há certeza de que isso ocorra – nesse caso, pagamentos entre os participantes (*side payments*) podem resolver. Considerando que a decisão não ocorra por unanimidade, mas por menos que a unanimidade, a introdução desses pagamentos causa a “conversão de todas as decisões coletivas para elementos apenas redistributivos”²⁷⁶, ou seja, todas as decisões em que não se alcance a decisão unânime produzem a redistribuição entre os membros participantes. Contudo, a redistribuição (entre os participantes) será ineficiente (acarreta externalidades).²⁷⁷ Ao contrário, eficiente será a alocação de recursos, já que obtida a (quase) unanimidade.

Na prática, a teoria de Pareto não serve, por inteiro, à decisão política de governo. Prudente, para esclarecer este ponto, levantar dois entraves ao uso da teoria como guia para as decisões públicas²⁷⁸: a) o governo deve sempre ponderar entre manter o *status quo* ou mudar uma política, o que resultará melhora ou piora da condição de algum indivíduo na sociedade; b) mesmo que o governo consiga contornar o problema do item a), pode encontrar dificuldades porque o critério paretiano não sabe lidar com “estados sociais diferentes” (indivíduos A estão melhores no Estado E, enquanto indivíduos B estão melhores no Estado F), ou seja, não concede instrumentos para que o governo decida entre políticas públicas diferentes.²⁷⁹

²⁷⁴ Ver: 2.2.1.3.

²⁷⁵ “(...) if an optimal position can be attained by collective action, majority voting will move the group to a Pareto-optimal position only if the benefit schedules are symmetrical over the whole group”. (BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 176)

²⁷⁶ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 183.

²⁷⁷ BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 190.

²⁷⁸ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 272.

²⁷⁹ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 272. Tem-se os seguintes exemplos, oferecidos pelos autores: no caso do primeiro obstáculo (a): a política que busca a melhoria das condições e segurança do trânsito não satisfaz o critério de Pareto, exceto se compensação seja paga para clínicas de recuperação de acidentados. No segundo obstáculo (b): o critério de Pareto não

Sem embargo, Harold Hochman e James Rodgers reconhecem a possibilidade da ocorrência da *redistribuição ótima de Pareto*, ou seja, existiria a hipótese, mesmo que se mantenha a eficiência paretiana, de acontecer a redistribuição. Demonstram que a interdependência de utilidades requer a adoção da teoria de Pareto, e que tal teoria – não sozinha, mas em conjunto com outras medidas – indica que as pessoas poderão suportar custos de redistribuição, ou melhor, poderão suportar voluntariamente esses custos. Se há a interdependência de utilidades, o bem-estar individual não depende apenas do próprio indivíduo, mas de outros indivíduos. O orçamento público poderá ser utilizado com o fim redistributivo, sendo capaz de se fundamentar na redistribuição ótima de Pareto, mas não apenas nessa teoria.²⁸⁰

A importância dessa análise sobre a eficiência de Pareto é evidente e serve para fundamentar o argumento da escolha das políticas públicas. A despeito da dificuldade para utilizá-la (a teoria) nas escolhas, pois não leva em conta os efeitos sociais – o grau de utilidade para cada indivíduo é impossível de ser determinado, há uma plêiade de políticas públicas disponíveis – usá-la faz demonstrar que uma situação ótima é possível e, nesses termos, permite alocação adequada de recursos (ao menos, em tese).

permite que o administrador público escolha entre uma política de melhoria do trânsito ou do zoneamento urbano.

²⁸⁰ “Por um lado, eles [contribuintes] poderão considerar desejável que seja levada a efeito uma redistribuição por via orçamental como forma de se precaverem contra eventuais futuras flutuações drásticas do rendimento que venham a afectá-los negativamente. Por outro lado, não será de excluir a existência de interdependências entre as funções de utilidade dos diversos indivíduos, nos termos das quais o bem-estar de cada um não dependa exclusivamente do seu próprio bem-estar, mas, também, do bem-estar dos terceiros”. (SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 293). Cf. HOCHMAN, Harold. RODGERS, James. *Pareto Optimal Redistribution*, p. 543.

Fernando Araújo esclarece, comparando justiça e eficiência, que “[u]ma coisa é redistribuir a riqueza criada de acordo com prioridades sociais, outra é interferir no processo de criação dessa riqueza, ainda que, como já referimos, os dois aspectos se entrecruzem no plano dos incentivos – já que muita da motivação para produzir em contextos concorrenciais deriva do intuito de enriquecimento individual à margem de qualquer preocupação de justiça –, e das conexões de ambos os aspectos possam decorrer graves perversões de objetivos: por exemplo, já vimos que a interferência em preços relativos para alcançar objetivos redistributivos, como sucede em muitas das intervenções estaduais que fixam preços máximos e mínimos, tende a causar muito mais danos ao nível da eficiência e da própria justiça (se percebermos que as situações de carência absoluta são profundamente injustas) do que os ganhos que consegue alcançar a nível especificamente redistributivo” (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 236-237).

A teoria serve, pois, como um dos parâmetros de decisão, não como único. Como ensina Fernando Araújo, “a principal relevância política da *análise de bem-estar* [como é o caso paretiano], insistamos, reside na possibilidade de fornecer critérios mínimos de decisão coletiva, critérios que apontam para a simples eficiência maximizadora, e que por isso podem servir de base efectiva a todo o género de rumos sociais que as ideologias dominantes façam preponderar na formação da vontade coletiva”. Segundo ele, “os membros da sociedade” devem determinar “o que vale a pena fazer *para lá* desse ‘ótimo’ que é instrumental, seja redistribuir recursos por forma a aumentar a coesão social, seja intensificar o esforço de expansão das possibilidades de se alcançar um outro ‘ótimo’, seja aquilo que for que a liberdade política possa legitimamente determinar”.²⁸¹

A admissão do uso de certos instrumentos – os pagamentos e favores entre sujeitos participantes – pode ocorrer em qualquer discussão política. São negociações, algumas que ultrapassam o limite moral – como o pagamento ilegal, subornos, oferecimento de favores em troca de voto. Deve-se reconhecer a decisão coletiva não resulta do altruísmo dos participantes. Solidariedade é princípio da Constituição – e, aqui, há limite constitucional – mas não se obriga os sujeitos a serem solidários. Por isso, melhor admitir os vícios e desvios morais para poder melhor contorná-los.

Não obstante, as normas jurídicas hão de ser respeitadas. Na aplicação do conceito do ótimo paretiano, faz-se somente análise econômica²⁸²; na decisão coletiva, critérios morais e jurídicos, sociais e econômicas caminham juntos.

3.2.2. Critério da compensação (de Kaldor-Hicks)

Em 1939, Nicholas Kaldor e J. R. Hicks refletiram e puderam concluir sobre a teoria da economia do bem-estar e, de certa forma, ressuscitaram o estudo,

²⁸¹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, p. 237.

²⁸² Segundo James Buchanan e Gordon Tullock, a análise não considera elementos morais ou ético (trata-se de um modelo analítico). Conceitos de “certo” ou “errado” não são considerados (BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent*, p. 254).

inaugurando a *new welfare economics*. O primeiro artigo, de setembro de 1939, de Nicholas Kaldor, trata da comparação interpessoal de utilidade e a economia do bem-estar.²⁸³ O que defende é que não é necessário, para que algum indivíduo melhore sua posição, que outro deva ter a sua piorada.²⁸⁴ E exemplifica com a prática do cultivo de milho, em que o proprietário da terra não sofreria piora de sua situação em detrimento da melhoria com o ganho social (pois sua terra pode perder o valor, já que foi usada no plantio), ao contrário do que vinha sendo defendido por outros economistas. Tal construção se dá porque sempre há a possibilidade de compensação dos danos (nesse caso do plantio de milho, compensação pelo governo), que reequilibra as utilidades.

O segundo artigo, de J. R. Hicks²⁸⁵, de dezembro de 1939, analisa o comportamento das relações interpessoais privadas, utilizando Pigou como marco teórico. Entende que a reorganização permitida (intervenção na economia) pelo Estado pode produzir perdas a alguém na sociedade e, devido à incerteza de que isso ocorrerá, algumas pessoas já prevêm o risco e fixam os preços e custos marginais *ex ante*. Esta medida pode levar a um resultado menos que ótimo, pois os custos marginais podem não ser tão altos quanto previstos. Então, pode existir compensação para balancear a perda – é uma possibilidade, não obrigação.

Fundado nas premissas de *Kaldor-Hicks* que outros autores elaboraram teorias e análises econômicas do Direito. Richard Posner, por exemplo, afirma que o critério de *Kaldor-Hicks* “(às vezes chamado ‘superioridade potencial de Pareto’), o qual, em vez de exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos, estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados”.²⁸⁶ Além do mais, conforme Posner, o

²⁸³ KALDOR, Nicholas. *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, p. 549-552.

²⁸⁴ “There is no need for the economist to prove – as indeed he never could prove – that as a result of the adoption of a certain measure nobody in the community is going to suffer. In order to establish his case, it is quite sufficient for him to show that even if all those who suffer as a result are fully compensated for their loss, the rest of the community will still be better off than before”. KALDOR, Nicholas. *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, p. 550.

²⁸⁵ HICKS, J. R. *The Foundations of Welfare Economics*.

²⁸⁶ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 108.

critério *Kaldor-Hicks* é bastante criticado pelos economistas, pois não garante a maximização da utilidade.²⁸⁷

Embora a eficiência de *Kaldor-Hicks* seja mais abrangente que a de Pareto, não se iguala à *maximização da riqueza*, pois a possibilidade de compensar os perdedores pelas suas perdas é apenas potencial, ou seja, não necessita de que ocorra.²⁸⁸ Portanto, se na sociedade um indivíduo piora sua situação, mas a sociedade como um todo melhora, essa melhora compensa as perdas, mas apenas em potencial (o indivíduo prejudicado não receberá nenhuma compensação efetiva). É a teoria, conforme Jorge Costa Santos, chamada de critério de compensação, ao contrário do critério paretiano, em que a eficiência não requer compensação.²⁸⁹

O critério é útil, aproximando-se da finalidade da atuação pública. Enquanto para Pareto o ótimo só existe se ninguém sofrer prejuízo (o que impediria, normalmente, política redistributiva e, destarte, é possível obstáculo às políticas públicas), em *Kaldor-Hicks* o benefício negativo do indivíduo mais rico é compensado potencialmente por outras medidas. Nesse sentido, a promoção de uma política pública de educação pelo Estado faz redistribuição de bens aos mais pobres, produzindo uma melhoria a esses indivíduos, enquanto que o mais rico é compensado pela melhoria geral da sociedade, obtendo também o seu benefício (mesmo que indiretamente). Esse benefício é potencial, e não necessariamente surgirá. Kaldor admitia que os perdedores também poderiam ser compensados pelo governo, mas tal compensação seria opção política (o governo não se pauta em critérios éticos e, portanto, a compensação não necessariamente ocorrerá). A compensação produziria melhoramento na teoria de Pareto (que não admite piora na situação dos indivíduos), permitindo a redistribuição mas sem piorar a situação de ninguém.²⁹⁰

²⁸⁷ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 109.

²⁸⁸ "It is important to emphasize that the losers do not need to be compensated; the criterion is simply whether the winners' gains exceed the losers' losses as measured in dollars". STRINGHAN, Edward. *Kaldor-Hicks Efficiency And The Problem Of Central Planning*, p. 44.

²⁸⁹ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 61 e ss.

²⁹⁰ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 111-112. Bruno Salama apresenta exemplo do critério de *Kaldor-Hicks*, explicando uma medida administrativa do Município de São Paulo: "A

Edith Stokey e Richard Zeckhauser sintetizam o pensamento de Kaldor e Hicks: “Faça uma mudança quando a renda total aumenta; não se preocupe sobre como é redistribuída”.²⁹¹

3.2.3. Maximização de Riqueza

O terceiro conceito de eficiência - no aspecto econômico - a ser analisado é representativo da “maximização da riqueza e do bem-estar” com “minimização dos custos sociais” - custo que reduz a riqueza social.²⁹² Nesse contexto, “um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”²⁹³. Richard Posner enquadrou este elemento no Direito, capaz de orientar a sua aplicação, no sentido de promoção da justiça. Para ele, *maximização de riqueza é a eficiência*.

Para facilitar a compreensão da teoria, Posner cria o seguinte exemplo: A quer adquirir coleção de selos de B. O indivíduo A se dispõe a pagar \$1000,00. Para A, a coleção vale, portanto, \$1000,00. O indivíduo B, por sua vez, aceita pela coleção, ao menos, \$900,00. Para B, ela vale \$900,00. Se a transação se concretizar com o pagamento de \$1000,00 por A, a riqueza da sociedade aumentará em \$100,00

prefeitura proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda expostos ao público. Houve “perdedores”, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação, e a reeleição do prefeito responsável por tal mudança, sugerem que os ganhos do restante da população (os “ganhadores”) provavelmente excederam as perdas do grupo de “perdedores” (SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*, p.20).

²⁹¹ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 279.

²⁹² SALAMA, Bruno Meyerhof. In.: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia (Apresentação)*, p. 29. Richard Posner alerta que “maximização da riqueza” e “maximização da felicidade” - e, por conta, coloca-se a “maximização do bem-estar” - não são a mesma coisa. Podem ocorrer situações em que há “maximização da riqueza”, mas não do “bem-estar” (POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 75). Sobre o custo social, ver: POSNER, Richard A. *Economics Analysis of Law*, p. 7. Necessário ressaltar que a *maximização da riqueza* não se confunde com a utilitarismo: “(...) a utilitarista, apesar de professar um comprometimento com o bem-estar *social*, vê-se forçada pela lógica a atribuir valor a toda sorte de características antissociais, como a inveja e a crueldade, por serem fontes comuns de satisfação pessoal e, conseqüentemente, de utilidade” (POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 99). Segundo Posner, “a maximização da riqueza atenua os problemas que listei anteriormente, relativos à maximização da utilidade, pois é mais fácil mensurar valor do que utilidade”. POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*, p. 102.

²⁹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. In.: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia (Apresentação)*, p. 29-30.

(a sociedade enriqueceu em \$100,00). Por quê? O indivíduo A possuía, antes da transação, \$1000,00; o indivíduo B possuía, antes da transação, coleção de selos que valia \$900,00. Somando-se ambos, o valor é de \$1900,00. Após a transação, A terá coleção de selos que vale \$1000,00 e B terá \$1000,00 em dinheiro: somando-se ambos, o resultado é \$2000,00. Há, então, aumento de \$100,00 na riqueza da sociedade. Houve, por conseguinte, *maximização de riqueza*.²⁹⁴

Segundo Posner, na obra *Economia da Justiça*, da década de 1980 – apesar de ter iniciado seu desenvolvimento na década de 1970 – a *maximização de riqueza* seria o fundamento ético do Direito. A promoção da riqueza é a finalidade do Direito. Questiona Bruno Meyerhof Salama: “(...) até que ponto a maximização da riqueza se relaciona com a justiça? Até que ponto o Direito, enquanto ‘ciência normativa’, deve integrar cálculos de custo e benefício?”²⁹⁵ Essas indagações serão tratadas no final deste ponto, pois o próprio Posner abandonou sua teoria após o acúmulo de críticas, em especial as de Ronald Dworkin.

A teoria difere-se da *economia do bem-estar (welfare economics)*. O bem-estar social, em perspectiva utilitarista do *welfare economics*, é identificado com a utilidade total da sociedade. Parte da utilidade do indivíduo que, somada à de outros, determinará a utilidade total. O importante é o bem-estar do indivíduo, desconsiderando outros. Toma como parâmetro a teoria de Pareto e não se preocupa com distribuição da riqueza; tende ao utilitarismo. Como demonstrou-se, na década de 1930 a teoria do *welfare economics* perde força, não pela sua falta de preocupação com a redistribuição, mas porque não é possível conhecer *o que* é útil para outros indivíduos.²⁹⁶

Muito embora haja críticas, a relação *bem-estar social* ou *dividendo nacional* (como chama Arthur Cecil Pigou²⁹⁷) e *custo*, é de observância obrigatória para prosseguir o estudo da eficiência. Se a eficiência da atuação do Estado se consegue

²⁹⁴ POSNER, Richard. *Problemas da filosofia do Direito*, p. 477-478. O exemplo é bem exposto por SALAMA, Bruno Meyerhof. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia (apresentação)*, p. 36.

²⁹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia (apresentação)*, p. 34.

²⁹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial. As condutas*, p. 37.

²⁹⁷ PIGOU, Arthur Cecil. *Economia del benessere*, p. 34.

com distribuição de renda (que, para Posner, não há incompatibilidade entre a *redistribuição pública de riqueza* e *maximização da riqueza*), a tributação é elemento que deve ser levado em consideração, pois pode aumentar a riqueza da sociedade com custo minimizado. As normas legais, que obrigam ao pagamento de tributo, podem produzir o aumento da riqueza da sociedade se a imposição de sanção pela não prestação tributária causar um custo ao não pagador que tornará o custo do desrespeito à lei assaz alto. Haverá, portanto, uma alteração de incentivo decorrente da lei.²⁹⁸

A distribuição de renda na sociedade pode ocorrer por outras formas, além da distribuição de dinheiro entre ricos e pobres. O Estado pode ofertar subsídios (em forma de renúncia de receita) para pessoas determinadas a fim de promover desenvolvimento. Renúncia de receita provoca o mesmo efeito que despesa de incentivo, mas no caso o dinheiro deixa de adentrar aos cofres públicos.

Além disso, o Estado tem condições de distribuir bens a parte da população que não possui condições de pagar pelos seus próprios serviços. O pagamento desses serviços é feito à custa das pessoas que podem pagar tributos – a parcela mais rica. Pela análise deste ponto (*maximização da riqueza com menos custos*), o tributo a ser exigido deve ter um custo, para o pagador, menor que o benefício causado por esse dinheiro entregue em forma de bens para a sociedade. Observe-se a seguinte hipótese: A é um grupo dentro da sociedade S, correspondente a 10% do total dos indivíduos, que detém 50% do patrimônio total da sociedade; B é um grupo dentro da sociedade S, correspondente a 90%, do total dos indivíduos, que detém 50% do patrimônio total da sociedade. Nesse cenário, pode o governo instituir, por lei, um tributo e sanções pela desobediência à lei. Para que aconteça a *maximização da riqueza*, deve o custo da não-prestação ser maior que a prestação tributária – desde que a não-prestação não seja tão absurda a ponto de tornar o custo alto. A redistribuição de bens, neste caso, pode *maximizar a riqueza*

²⁹⁸ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 90.

porque cada \$1,00 tem utilidade maior para os mais pobres em comparação para os mais ricos.²⁹⁹

Na situação acima, as exigências legais (coerção) para exigir prestação tributária têm custo alto - como para conseguir cobrar -, na visão de Richard Posner, além de não se justificar uma atuação tão ativa do Estado, exceto se houver uma falha grotesca de mercado. Não obstante, o autor afirma que, no que se refere à distribuição equitativa de renda, o pagamento sob coerção é produtivo e “resolve automaticamente” a distribuição da riqueza. E oferece dois motivos: a) algumas medidas de redistribuição de renda “justificam-se economicamente, pois podem reduzir a criminalidade e, conseqüentemente, os custos do crime, tanto pelo aumento dos custos de oportunidade do criminoso (...) quanto, menos provavelmente, pela diminuição da rentabilidade potencial do crime”. O criminoso enfrentará um aumento nos custos de oportunidade, pois terá mais opções de atividades legítimas para renunciar - se ele escolher cometer o crime, o criminoso abre mão de outras variadas alternativas legítimas. O risco do cometimento do crime aumentará o custo para o criminoso.³⁰⁰ Claro que o cometimento do crime - ou não - dependerá de outros fatores (reconhecidos também por Posner), como, por exemplo, a “a severidade e determinação da punição”.³⁰¹

Em segundo b), considerando as pessoas altruístas - “dispostas a transferir parte de sua renda aos mais necessitados” - “os aspectos de utilidade pública da caridade (...) podem justificar os esforços públicos de redução da pobreza”.³⁰² A ação governamental em prol dos carentes poderia despertar sentimento altruísta nas pessoas - é apenas uma hipótese, visto que consciência altruísta não se relaciona com a atuação do Estado, mas com uma característica do indivíduo (cuja aparência é, costumeiramente, hedonista).

²⁹⁹ Trata-se da lei da utilidade marginal decrescente. (CABRAL, Nazaré da Costa. *A redistribuição económica*, p. 22).

³⁰⁰ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 97.

³⁰¹ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 97, nota 60.

³⁰² POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 97.

Mesmo com o esforço de Richard Posner em sua teoria da *maximização da riqueza*, ele próprio a abandonou – em parte – na sua obra *Problemas de Filosofia do Direito*³⁰³, devido às críticas de Richard Dworkin (no artigo *Is Wealth a Value?* – “é a riqueza um valor?”)³⁰⁴, que argumentou que a eficiência não é um valor e, por isso, não pode ser um “guia para a justiça”.³⁰⁵ Eficiência, pois, não pode ser “fundação ética” ao Direito, segundo Bruno Meyerhof Salama, e essa foi a constatação de Posner. Colocou sua teoria ao lado de valores, estes, sim, guias para a ideia de justiça do povo norte-americano. Posner tentou defender seu ponto de vista como pôde, mas resignou-se. Ronald Dworkin, seu crítico mais incisivo, afirma que a riqueza “não representa ‘um componente do valor social’”. Como Bruno Salama diz, “em 1990, Posner jogou a toalha”, tendendo ao pragmatismo jurídico.

O maior erro da teoria de Posner teria sido considerar a *maximização da riqueza* como fundamento ético do Direito. Acertou, após, quando desconsiderou a aridez do argumento para entendê-lo como concomitante aos valores defendidos pelo Direito. Assim, justas seriam as normas e a aplicação do direito que fossem eficientes, que maximizassem a riqueza da sociedade. Posner sempre tentou afastar seu argumento da teoria utilitarista (a despeito de alguns pontos em comum).³⁰⁶ De fato, a diferença do “eficientismo de Posner com o utilitarismo de [Jeremy] Bentham” é que “a medida de riqueza adotada por Posner é ‘valor econômico’, enquanto que a medida de utilidade adotada por Bentham é ‘felicidade’”.³⁰⁷ Outro defeito da teoria da *maximização da riqueza* é que ela pode, como fazia o utilitarismo, provocar resultados moralmente questionáveis ou, mesmo, incoerentes.³⁰⁸ Da

³⁰³ POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁰⁴ Vale ler as críticas de Ronald Dworkin à teoria da maximização da riqueza apresentada por Posner – DWORKIN, Ronald. *Is Wealth a Value?* e a resposta de Richard Posner – POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 129 e ss.

³⁰⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*.

³⁰⁶ Segundo Bruno Meyerhof Salama, “Posner procura caracterizar sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia Kantiana e o utilitarismo Benthamiano”. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*.

³⁰⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner*.

³⁰⁸ Exemplifica Richard Posner: “Outra área na qual a maximização da riqueza pode produzir resultados incoerentes com as instituições morais comuns relaciona-se à insistência dos economistas em defender a liberdade dos contratos em contextos onde não haja fraude, externalidade, deficiência física ou outras fontes de falha do mercado. Suponhamos que A, talvez para sustentar a família (mas

mesma forma, riqueza não é sinônimo de felicidade – já dizia Adam Smith, que “não era um utilitarista nem um ‘economista do bem-estar social’”³⁰⁹ –, mas o resultado da *maximização da riqueza* pode ser a felicidade. Mesmo assim, ela não se aproximaria do utilitarismo de Jeremy Bentham, pois nesta o sujeito busca apenas a sua satisfação pessoal, sem se preocupar com o restante, a despeito de Posner aproximar as duas em certas ocasiões.³¹⁰

A conclusão dessa discussão deve tender à desconsideração da *maximização da riqueza* como pilar do Direito. As normas não são justas [só] porque maximizam a riqueza, mas porque são justas em razão de outros valores e princípios, embora a *maximização da riqueza* seja elemento que deve ser considerado nas escolhas públicas.

3.2.4. Análise do *Custo-Benefício*

Com desenvolvimento a partir da década de 1930, mas apenas se espalhando pelo mundo após a Segunda Guerra Mundial, a análise do *custo-benefício* (*cost-benefit analysis*) é o principal instrumento para avaliação de gastos públicos³¹¹ e é, também, representante da economia do bem-estar. A explicação está no fato de a análise “examinar todos os impactos de um projeto, internos e externos, ao passo que um negócio privado apenas observa os efeitos sobre o bem-estar privado”.³¹² O *custo-benefício* parece, à primeira vista, a relação lucro-prejuízo; entretanto, este

o motivo é irrelevante), venda-se a B como escravo; ou que C tome dinheiro emprestado de D, assinando um contrato no qual uma das cláusulas estabeleça em, em caso de calote, D pode quebrar seus joelhos. Do ponto de vista da maximização de riqueza, não há justificativa econômica para não executar tais contratos, a menos que haja fraude ou coação. O economista tampouco consideraria esses contratos irracionais a ponto de se poder pressupor, de modo inegável, que se tenham firmado por fraude ou coação ou que estejam comprometidos por insanidade ou outro tipo de deficiência mental” (POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 103). É possível apresentar uma série de exemplos que desvirtuam o Direito: a) é possível justificar decisões imorais, como a matança de minorias (se houver atendimento à *maximização de riqueza*); b) é possível justificar escolhas entre matar um para salvar um grupo de pessoas; c) é possível justificar o livre-mercado absoluto, condenando fortemente qualquer atuação estatal. Enfim, são exemplos extremos e que apresentam situações que confrontam valores jurídicos e de justiça.

³⁰⁹ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 77.

³¹⁰ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 130.

³¹¹ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 134.

³¹² STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 134.

ocorre *ex post*, enquanto que aquele, *ex ante*. Trata-se, pois, de análise anterior ao fato.³¹³ Ao contrário da forma como adotado pelo Direito brasileiro, o *custo-benefício* (em inglês, *cost-benefit analysis*) é objeto de profundo estudo e vem a ser importante instrumento de avaliação das políticas públicas.³¹⁴ Sinteticamente, a “racionalidade básica da análise do *custo-benefício* encontra-se na ideia que as coisas devem ser feitas se os benefícios resultantes da ação supera seus custos”.³¹⁵

Para E. J. Mishan, o critério do *custo-benefício* foi moldado a partir da concepção de *melhoria paretiana* (*pareto improvement*), ou seja, sua relação com a economia do bem-estar é bastante próxima, embora não se confundam. O que se procura é o bem-estar dos envolvidos em trocas e conflitos de interesses.³¹⁶ É um instrumento próprio de análise da eficiência econômica e se mostra bastante útil para escolhas entre alternativas de ações governamentais e controle das agências – nos Estados Unidos³¹⁷.

A complexidade das necessidades públicas, que provocam despesas maiores a cada ano e, em razão da escassez de receitas, escolhas não são poucas e requerem instrumentos que auxiliem a tarefa. A análise do *custo-benefício* é uma ferramenta bastante útil para o intento. Pergunta-se o governo: “devo despender um milhão de reais na compra de vacinas contra determinada doença ou utilizar a mesma quantia para compra de remédios voltadas para cura da mesma doença?”; ou mais complicado cenário: “devo despender um milhão de reais na compra de vacinas contra certa doença ou quinhentos mil reais na compra de remédios para cura da mesma doença?”. Dilemas como estes eclodem todos os dias no cenário governamental. E quanto maior o orçamento público, maior a dificuldade de alocá-los (orçamento vultoso corresponde à pretensões vultosas).

³¹³ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 134.

³¹⁴ ADLER, Matthew D. POSNER, Eric C. *Cost-benefit analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives (Introduction)*, p. 1.

³¹⁵ SEN, Amartya. *The Discipline of Cost-Benefit Analysis*, p. 98.

³¹⁶ MISHAN, E. J. *Cost-Benefit Analysis*, p. 397.

³¹⁷ ADLER, Matthew D. POSNER, Eric C. *Cost-benefit analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives (Introduction)*, p. 2.

A análise do *custo-benefício* é um bom indicativo de eficiência. Se busca, aqui, um conceito de eficiência que se coadune com as normas jurídicas e, por isso, seu uso não pode ser isolado, sem considerar os demais elementos que estão sendo apresentados. Aliás, a teoria da análise do *custo-benefício* não é infalível, pois há algumas limitações (sejam do próprio sujeito que decide quanto do processo político).³¹⁸

Para Mishan, ao estudar a consistência da avaliação de projetos públicos, ante à preocupação com distribuição de bem-estar, não apenas se adota um critério em dinheiro, mas também em utilidade. Em suas palavras, “para cada dólar de ganho ou perda para um específico grupo de renda corresponde uma utilidade marginal particular: quanto maior o grupo de renda, menor a utilidade marginal do ganho ou perda do dólar”.³¹⁹ Ou seja, quanto mais rico o indivíduo, menor a utilidade marginal do dinheiro – mais vale \$1 para um indivíduo pobre a um indivíduo rico (utilidade marginal decrescente). Assim, transformando-se a base do *custo-benefício* de dinheiro para utilidade, a relação *custo-benefício* será satisfatória quando os ganhos, em utilidade total, são maiores que as perdas.³²⁰ Entretanto – e aqui está a diferença com Pareto –, na análise do *custo-benefício*, “nenhuma comparação interpessoal de utilidade é invocada” e todos podem ter sua situação melhorada. Por isso, a teoria se aproxima de *Kaldor-Hicks*. A adoção do critério de utilidade e sua comparação interpessoal não é requerida à análise.³²¹

³¹⁸ BECKER, Gary S. *A Comment on the Conference on Cost-Benefit Analysis*, p. 313-316.

Certas decisões não podem ser tomadas com fundamento na análise do *custo-benefício*, conforme Martha C. Nussbaum. Decisões trágicas, por exemplo, pois não é a doutrina da ACB consequencialista. (NUSSBAUM, Martha C. *The cost of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis*, p. 169 e 194)

³¹⁹ MISHAN, E. J. *Cost-Benefit Analysis*, p. 403, tradução livre.

³²⁰ MISHAN, E. J. *Cost-Benefit Analysis*, p. 403. O exemplo elaborado pelo autor: “se no dólar marginal de renda, o ‘rico’ (digamos, aquele com \$100.000 a \$500.000 de poupança) paga 80 centavos, e o ‘não-tão-rico’ (digamos, aquele com \$10.000 a 25.000 de poupança) paga 10 centavos, é possível entender que 80 centavos para o rico tem a utilidade que é igual a 10 centavos para o não-tão-rico – ou que um dólar adicional para o rico vale apenas 1/8 (um oitavo) de cada dólar para o não-tão-rico” (p. 404, tradução livre).

³²¹ Afirmando Matthew Adler e Eric Posner que os estudiosos da *análise do custo-benefício* explicam que se trata de um instrumento para implementar a eficiência de Pareto ou de *Kaldor-Hicks*. Alguns críticos, entretanto, protestam que a relação entre a *análise do custo-benefício* e Pareto e *Kaldor-Hicks* é bastante tênue. Para os autores (Adler e Posner), “a análise do *custo-benefício* é propriamente

Conforme Edith Stokey e Richard Zeckhauser, o processo de análise passa por cinco passos: (1) “o projeto ou projetos a serem analisados são identificados”; (2) “todos os impactos, favoráveis ou não, presentes e futuros, na sociedade são determinados”; (3) “valores, normalmente em dinheiro [dólares, no caso dos autores], são relacionados a esses impactos”. “Impactos favoráveis serão registrados como benefícios, desfavoráveis como custos”; (4) “os *benefícios líquidos* (*net benefits* – benefício total menos custo total) são calculados”; (5) “a escolha é feita (...)”.³²² Seguindo-se o processo descrito, haverá resultado bastante proveitoso para fundar a escolha, legitimando-a.

A “lei fundamental” da análise do *custo-benefício* é “selecionar a alternativa que produz o maior benefício líquido, em qualquer situação de escolha”.³²³ Para o caso em que o benefício de todas as alternativas (a serem escolhidas, para alocação de recursos) seja negativo, melhor, então, não fazer nada.

Outrossim, o estudo considera que sempre uma alternativa produzirá benefício líquido positivo. Observe-se um exemplo: sujeitos A e B querem a construção de um parque; sujeitos A e B vivem em locais diferentes na cidade (A vive no sul, B vive no norte); se o governo resolver construir o parque na região norte da cidade, B terá benefício de R\$250,00, enquanto A terá benefício negativo de R\$120,00; se o governo decidir pela construção do parque na região sul da cidade, A terá benefício positivo de R\$330,00, enquanto B terá benefício negativo de R\$140,00. Concluindo: a construção do parque na região norte resultará benefício líquido de R\$130,00 (R\$250,00 menos R\$120,00), enquanto que na região sul, a construção trará benefício líquido de R\$190,00 (R\$330,00 menos R\$140,00). A escolha, portanto,

contextualizada como procedimento de decisão para o bem-estar (*welfarist decision procedure*), normativo, voltado para o bem-estar global (“satisfação de certas preferências restritas, mais que todas as atuais preferências”), que significa a “inclusão da grande família de teorias morais e políticas do bem-estar (mas não necessariamente utilitarista)”. O que querem dizer os autores é que a *análise do custo-benefício* pode trazer resultados adequados, mas que ao mesmo tempo não seguirão Pareto ou *Kaldor-Hicks*. (ADLER, Matthew D. POSNER, Eric A. *Implementing Cost-Benefit Analysis when Preferences are Distorted*, p. 269-270).

³²² STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 136.

³²³ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 137.

tenderá para construir em local em que o benefício líquido seja maior.³²⁴ Atente-se que, a despeito desta fórmula ter fundamentado a escolha (a relação *custo-benefício* seria maior – maior benefício, menos custo – se a construção ocorrer na região sul), um dos dois indivíduos sairá em situação piorada. Por evidente, existe a possibilidade de compensar as perdas de um com os ganhos do outro (bastando, para tanto, aplicar um dos critérios utilizados, como *Kaldor-Hicks* (melhor critério) ou Pareto (pior critério para o caso, apesar de uso de pagamentos entre os participantes – *side payments* –, troca de votos – *logrolling*).

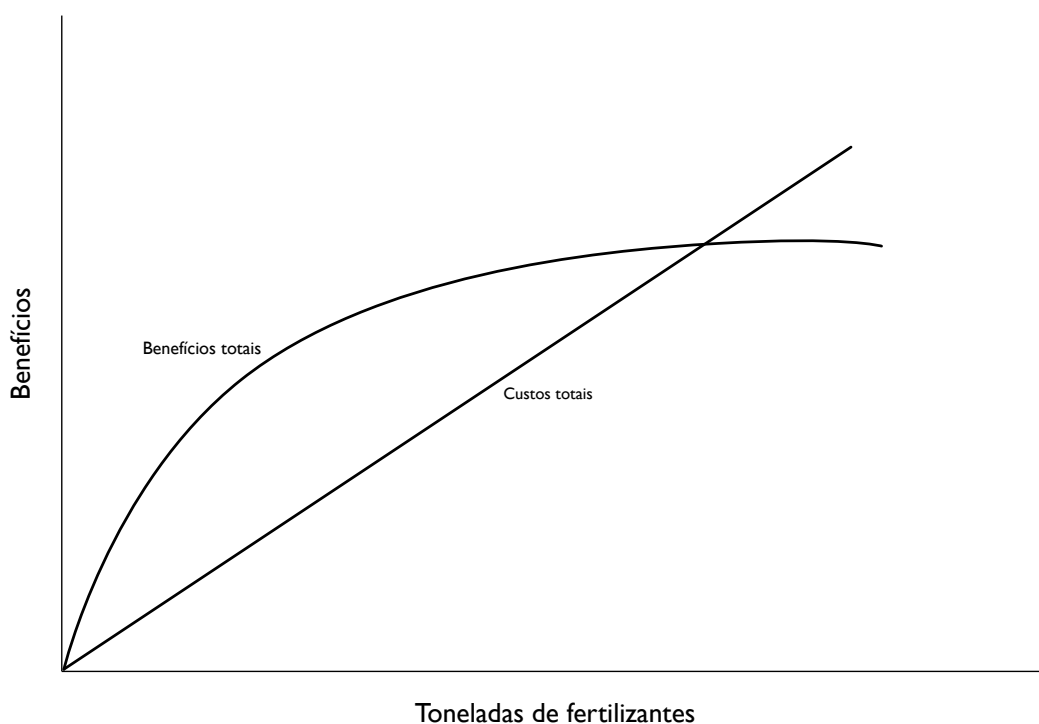
Para melhor compreensão do que se demonstrou até este momento, Edith Stokey e Richard Zeckhauser desenvolveram alguns cenários: a) aceitar ou rejeitar um único projeto; b) escolher um de vários projetos, quando as escolhas são separadas ou contínuas; c) aceitar ou rejeitar quantidade de projetos, sujeitos à escassez de recursos (no início do processo); e d) aceitar ou rejeitar quantidade de projetos, e escolher nível de operação para cada um deles, com o processo por inteiro sujeito a escassez de recursos.

Os exemplos a seguir, baseados em cada um dos cenários, são montados sobre a realidade brasileira. No primeiro exemplo, a), deve-se escolher entre construir ou não um edifício público em substituição ao antigo, que tinha despesa energética (não possuía janelas) de quinhentos mil reais por ano e manutenção total de duzentos mil reais por ano. Verifica-se que o custo financeiro do novo imóvel será de setecentos mil reais (custo inicial), a economia de energia elétrica será de trezentos mil reais anuais, a economia de manutenção será cem mil reais anualmente. O benefício líquido, se apurado com base na gestão de quatro anos, será de: benefício ($R\$400,00 \times 4 = R\1.600 – economia de energia e manutenção) menos custos ($R\$700$ da construção do imóvel), resultando em benefício líquido de $R\$900$. Como o resultado foi mais que $R\$0$ (zero real), obedece-se à norma fundamental do *custo-benefício*: “adotar a proposta se o benefício líquido for maior que zero”.³²⁵

³²⁴ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 137.

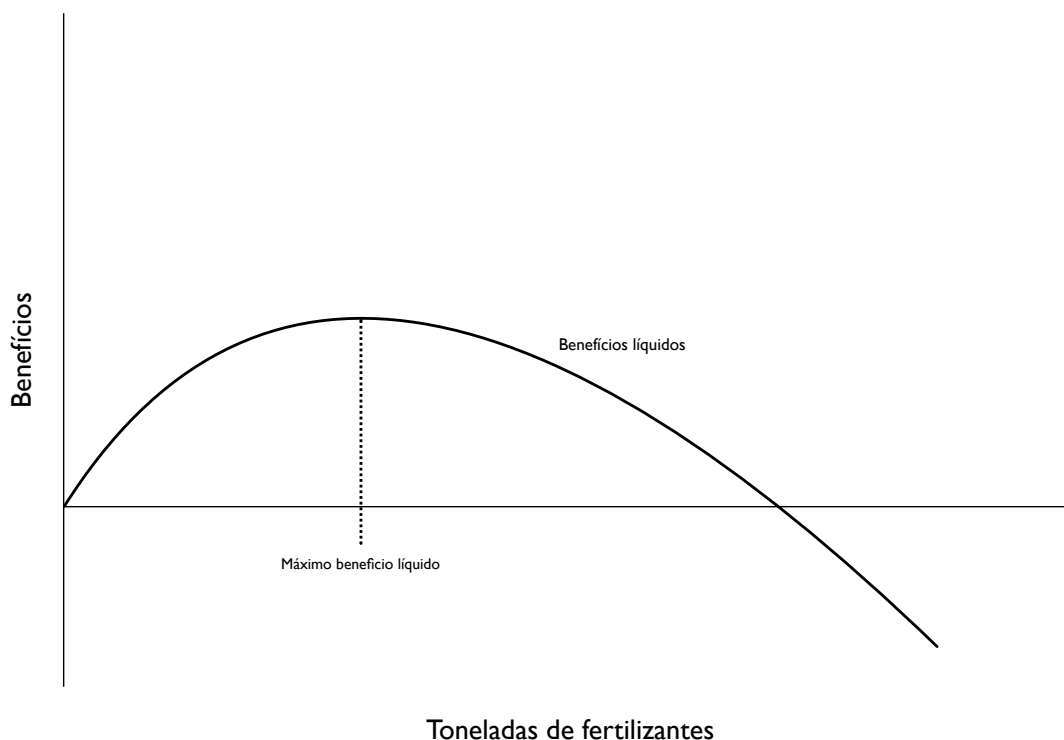
³²⁵ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 139.

Veja-se o segundo exemplo, b)³²⁶: ao invés do governo possuir um projeto, possui oito (oito diferentes alternativas). Deve-se considerar todos os benefícios líquidos (de cada um dos projetos) para escolher aquele que atenda à melhor alternativa, sempre usando a fórmula (benefícios brutos ou totais menos custo brutos ou totais). Este segundo exemplo é mais complexo que o primeiro, especialmente se as escolhas são contínuas. Neste caso, aplica-se a norma fundamental do custo benefício dessa forma: “expandir o tamanho do projeto até o ponto onde o benefício marginal torna-se igual ao custo marginal” ou “expandir o tamanho do projeto até o ponto onde o benefício marginal líquido é igual a zero”. Então, se o governo quer usar fertilizantes em plantas, mas não sabe qual é a quantidade ótima, deve fazer o seguinte raciocínio (representado graficamente):



E depois, calculando “benefícios totais menos custos totais”, chega ao seguinte resultado:

³²⁶ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 139-140.



O benefício líquido máximo será o ponto mais alto do gráfico. O raciocínio que deve ser feito é “enquanto o valor do benefício aumenta, adicione mais fertilizante; quando o valor do benefício torna-se igual ao custo, pare”.³²⁷ O máximo benefício líquido é o ponto em que não há mais expansão do benefício.

Importante ressaltar que em certas políticas públicas não é possível dividir o benefício e a análise marginal torna-se inócua – fertilizantes podem ser usados em diferentes quantidades (são divisíveis), mas, por exemplo, a compra de vagões de metrô só podem ser feitas em unidades (são indivisíveis). Pode não ser possível comprar $\frac{1}{2}$ vagão (de fato, não é!).³²⁸

O terceiro exemplo, c), é “aceitar ou rejeitar uma quantidade de projetos, sujeitos à escassez de recursos”. Recursos escassos são realidade para qualquer Estado, mas é tarefa do governo encontrar soluções e escolher corretamente em quais políticas alocará recursos. Quando o governo se depara com recursos limitados para efetivação de sua política, deve fazer escolhas que não provoquem

³²⁷ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 141.

³²⁸ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 142.

superação dos limites e, além disso, deve ter consciência de que a perda de oportunidade também possui custos (os chamados *shadow prices*).

O quarto exemplo, d), é “aceitar ou rejeitar uma quantidade de projetos, e escolher também um nível de operação para cada um deles, com o processo sujeito a escassez de recursos”. O exemplo oferecido por Edith Stokey e Richard Zeckhauser é: um governo pretende usar fertilizantes em duas áreas de terra, mas descobre que não haverá quantidade suficiente para alcançar o ponto ótimo. Começa-se depositando fertilizantes nas duas áreas e, após alcançado o ponto ótimo em uma delas, realocam-se os recursos para a outra.³²⁹ A hipótese é bastante usada quando se encontra uma situação em que há recursos disponíveis, porém limitados, e é preciso realocação desses recursos de uma ação governamental para outra, se já alcançado o ponto ótimo desta que terá a quantidade de recursos reduzida.

A exposição do critério do *custo-benefício* de políticas públicas é necessária e se intercomunica com os demais critérios econômicos descritos. Todavia, a teoria é de difícil aplicação prática, conforme esclarece Amartya Sen. O autor, ao tratar da disciplina da análise do *custo-benefício*, lança alguns princípios fundamentais (avaliação explícita, avaliação ampla das consequências, contabilidade aditiva), demandas estruturais (integralidade assumida, conhecimento integral ou compreensão probabilística, não-interativa e não-paramétrica avaliação), indiferenças avaliativas (não avaliação de ações, motivos e direitos, indiferença ao valor intrínseco da liberdade, visão instrumental de valores comportamentais), avaliação com o mercado como ponto central (confiança na vontade de pagar, suficiência da compensação potencial, desconsideração das opções da escolha social).³³⁰ O que o autor discute é, em primeiro lugar, os princípios próprios da disciplina (avaliação explícita e pública, consistente, das opções); depois a dificuldade para obter dados e usá-los corretamente e a exigência, em certos casos, de adotar métodos sem cálculos (*não-paramétricos*), iterativos (reiterado); em terceiro lugar, a imperatividade da avaliação das consequências (sob

³²⁹ STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 145.

³³⁰ SEN, Amartya. *The Discipline of Cost-Benefit Analysis*, p. 99-114.

pena de decisão não-ética), a necessidade do respeito à liberdade das pessoas; por fim, faz analogia com o mercado, afirmando ser difícil determinar a disposição das pessoas para pagar para prevenir alguma perda em algum assunto, a suficiência da compensação potencial (e não efetiva), pois alguém poderá sair prejudicado na análise do *custo-benefício*. São, de fato, extensos os pressupostos para aplicação adequada. Todavia, segundo o próprio Sen, a análise do *custo-benefício* pode ser adotada nas decisões públicas (reafirma a importância da analogia com o mercado, embora as decisões públicas sejam mais complexas).³³¹

Não há fórmula única para determinação da melhor política pública sob o critério *custo-benefício*. A situação concreta deve ser analisada para decisão. O que se observa é que a política pública deve maximizar os benefícios líquidos, e não apenas atender à relação *custo-benefício*. Exemplifica-se: projeto A tem R\$10.000,00 de benefício e R\$1.000,00 de custos, produzindo R\$9.000,00 de benefícios líquidos e resultando o valor de 10 da relação benefício/custo (benefício dividido pelo custo); projeto B tem R\$100.000,00 de benefício e R\$25.000,00 de custos, produzindo R\$75.000,00 de benefícios líquidos e resultando valor de 4 da relação benefício/custo (um projeto só pode ser efetivado se essa relação for maior que 1 – benefício maior que custo). Pela relação benefício/custo o projeto A deve ser escolhido. Contudo, no caso de não se enfrentar escassez de recursos, a escolha deve recair sobre o projeto B, pois trará maiores benefícios líquidos à sociedade.³³²

Não deve ser o único critério a ser adotado na análise das políticas públicas. Serve, o critério do *custo-benefício*, como um grande guia para que o governo ou outro sujeito que promova escolhas possa decidir racionalmente.

3.3. Conclusão parcial: os critérios de eficiência e as escolhas

São quatro as concepções de eficiência econômica apresentadas: *Pareto*, *maximização da riqueza*, *Kaldor-Hicks*, *custo-benefício*. A ideia-base de todos, ou seja, o

³³¹ SEN, Amartya. *The Discipline of Cost-Benefit Analysis*, p. 114-116.

³³² STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 146.

ponto comum entre eles, é a *função de bem-estar* na sociedade – ou *como os indivíduos podem se sentir bem?* Todos tendem ao *welfare economics*, mesmo que o tentem negar.

As teorias são aplicáveis às escolhas, mesmo que sirvam, apenas, como linha de largada para raciocínios mais apropriados. Todas as teses representam critérios que – utilizando-as cumulativamente, absorvendo elementos de uns e outros – encontrarão uma resposta satisfatória de análise de políticas públicas.

Nenhuma delas, sozinha, satisfaz plenamente a noção de eficiência da escolha de políticas públicas. O problema da análise econômica é que ela se desveste de outros elementos que são considerados na ciência jurídica. Moralidade, por exemplo: as decisões podem ser eficientes – maximizaram a riqueza da sociedade, ou atenderam à relação *custo-benefício* –, porém podem conflitar com as normas constitucionais.

Mister ressaltar que na alocação dos recursos alguns serão beneficiados diretamente, enquanto outros receberão benefícios indiretos (por exemplo, a construção de escola em área carente da cidade traz benefícios imediatos àquela localidade, e mediatos às demais regiões, incluindo as ricas). As despesas públicas são financiadas pelas receitas, em sua grande maioria tributárias; isso quer dizer que todos contribuem pela política pública, mas nem sempre recebem benefícios diretos correspondentes.

Ensina Richard Posner, ao abordar a *maximização da riqueza*, que é possível o *consentimento*, ou compensação *ex ante*, para que o prejuízo possa ser considerado anteriormente ao fato que o acarretará, como, por exemplo, o sujeito que adquire um bilhete de loteria: já consentiu com o fato de não ser sorteado.³³³ Ou um empresário que, prevendo prejuízo no futuro, compensa perdas com um adicional cobrado sobre seus serviços atuais. Esse argumento decorre do usado pelo próprio Posner e por Frank Michelman: “(...) posição assumida por muitos economistas do bem-estar: a de que o critério de Kaldor-Hicks, utilizado para decidir pela realização ou não de projetos públicos, satisfaz o critério da superioridade de Pareto, desde que seja bastante provável que um indivíduo se

³³³ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 112.

beneficie, a longo prazo, desses projetos, ainda que saia perdendo em alguns deles".³³⁴ Em decisões de políticas públicas, alguns sujeitos poderão ser prejudicados e sofrerão prejuízos – devem suportar custos e externalidades negativas. No longo prazo poderão ser compensados (poderão se beneficiar das políticas). E, sendo assim, concluir-se-á que a escolha foi eficiente.

O consentimento reduz os custos de transação. Facilita a decisão. Antecipa os eventuais prejuízos (ou permite prever ressarcimento no futuro). Consentir, ademais, vem de consenso, acordo, e significa que o consentimento depende da aceitação do indivíduo que sofrerá o prejuízo (direto e imediato). Entretanto, no debate público o consentimento não virá sem que alguma forma de compensação ocorra, antes ou depois. E sob negociações que as decisões políticas ocorrem.

A escolha é individual ou em grupos e dificilmente ocorrerá sem embates. Há, de um lado, sujeitos com interesses e do outro, sujeitos com interesses diferentes. Admitir que os participantes do debate possuem interesses pessoais (eleitorais ou não) é um passo importante para tentar dirimir os problemas decorrentes de escolhas; reconhecê-los não altruístas, mesmo que se entenda que as pessoas devem ter essas virtudes, prepara o debate, reduz as decepções. E, o mais importante, permite que os participantes atuem de forma a beneficiar a maior quantidade de sujeitos, mesmo que as convicções sejam egoístas.

Observou-se a tradicional *boa administração*, ou a *eficiência como princípio*, a *economicidade* e o *custo-benefício* aplicados, atualmente, no Direito. Não se considera inapropriada a adoção jurídica, mas incompleta. Se a escolha do governo ou do parlamento baseia-se em critérios de eficiência tradicionalmente adotados no Direito, fica ao alvedrio dos agentes públicos e juízes a fixação do conteúdo da *eficiência*. No entanto, a cognição do conceito fica prejudicada se ausentes elementos capazes de embasar a decisão.

E, então, vêm os conceitos econômicos. Ao governo caberá a escolha se pautando em critério de eficiência e, feita a análise, os parâmetro eleitos servirão

³³⁴ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*, p. 112, nota 18.

como guias de execução e de controle; é de sua competência a determinação da distribuição de bens, da tributação, da forma de prestação de serviços públicos, da definição das políticas. A escolha, individual, tem condições de ser mais técnica e menos política.

Ao parlamento, diferentemente, não se exige análise técnica – em ambiente político não são exigíveis raciocínios dessa natureza –, embora comportamentos que tendam à escolha racional – ponderando, por exemplo, preferências pessoais, dos representados – sejam desejáveis. Considerando o parlamento como uma esfera de debates em que todos defendem seus próprios interesses ou de grupos específicos, espera-se que, para aprovação de propostas, mais indivíduos sejam contemplados – as trocas, desde que respeitantes aos direitos constitucionais, devem *maximizar a riqueza*. Para que isso ocorra, a exigência de maiorias mais consistentes tendem a beneficiar grupos minoritários. Quanto maior o número de votos necessários à aprovação de uma proposta, maiores as chances de que os perdedores não sejam perdedores absolutos – não ganhem nada.

Todas as teorias apresentadas sobre a eficiência são, individualmente consideradas, insuficientes, mas podem ser, conjuntamente estudadas, compatíveis com a análise mais profunda das políticas públicas. A importância do estudo, comparando a escolha realizada por agentes públicos e a *eficiência da escolha*, permite aproximar o Direito e a Economia de maneira a aprimorar as decisões públicas.

Depreende-se da discussão o seguinte questionamento: ao se defender a política pública eficiente está-se preocupado com a *eficiência da escolha* ou a *eficiência como fim* almejado? É possível que as trocas que ocorrem no processo deliberativo sejam eficientes e, assim mesmo, a conclusão da política pública, materialmente, possa ser ineficiente? A resposta, para esta última, é *sim*. Trata-se, aqui, da eficiência como um princípio que norteia a escolha das políticas públicas – sabe-se que, ao definir o conceito de eficiência, torna-se possível esclarecer como escolher as políticas para que, em tese, os fins sejam alcançados. *O fim é reflexo da escolha*. O

parâmetro de eficiência será densificado a cada decisão – não há como definir uma norma geral que abrangeria todos os casos indistintamente.³³⁵

Enfim, a eficiência não é apenas uma recomendação que foi incluída no texto constitucional. Pelo contrário: é norma jurídica aplicável imediatamente. Deve pautar todas as escolhas públicas. A sua aplicação, entretanto, é que deve se dar em consonância com as demais normas constitucionais. Mister, portanto, que se determine o seu conteúdo, aplicado à análise e escolha de políticas públicas.

3.4. [Ponto extra] Bem-estar social e sua impossibilidade: o teorema da impossibilidade de Arrow e de Sen.

A meta a ser perseguida, para estudiosos como Jeremy Bentham, Arthur C. Pigou, Pareto, Kaldor, Hicks é o *bem-estar social*. A indagação é: como encontrar uma função de bem-estar nas relações sociais? A ideia de *bem-estar social* perdeu força, por partir de um pressuposto utilitarista e pela impossibilidade de aplicação prática, abrindo caminho para teorias como a *Public Choice*. Kenneth Arrow³³⁶ fez as pretensões dos defensores da *welfare economics* esvaecerem no ar, demonstrando detalhadamente que não é possível, de acordo com condições expostas por ele e presentes em ordenamentos jurídicos, alcançar a função do *bem-estar social*.

De um certo ângulo, o teorema da impossibilidade faz referência às escolhas (e como ordená-las). Pelo fato visar à função do bem-estar social (é esse o escopo do teorema), decidiu-se juntá-lo ao estudo da eficiência, da mesma forma que se fez com os demais concepções econômicas apresentadas.

³³⁵ Jesse Burkhead entende não ser possível aplicar conceitos privados de eficiência à atividade governamental. No setor privado, o aumento da produtividade determina o acréscimo de eficiência. “Todavia, os esforços no sentido de aplicar esses conceitos à operações governamentais não têm sido bem sucedidos”. (...) “As decisões acerca da eficiência das operações governamentais estarão sempre condicionadas por fatores como atitudes de pessoas e grupos beneficiados por determinados programas, pelo sucesso destes em melhorar as condições materiais de tais pessoas e grupos, pelas atitudes de pessoas influentes mas que não são afetadas, e pelas atitudes de pessoas e grupos que não são afetados de forma negativa. Uma vez que os julgamentos acerca da eficiência governamental estejam assim condicionados, os problemas de mensuração são e continuarão a ser de solução imprecisa e difícil”. (BURKHEAD, Jesse. *Orçamento Público*, p. 48-50).

³³⁶ ARROW, Kenneth J. *Social Choice & Individual Values*. STIGLITZ, Joseph. *Economics of the Public Sector*, p. 165. SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 195.

Kenneth Arrow buscava a elaboração de uma *função do bem-estar social* que de fato representasse uma decisão coletiva a partir de decisões individuais. Sua teoria consiste em ordenar pares de alternativas, comparando-as – são transitivas, portanto. E sua conclusão é reveladora: eficiência e democracia são incompatíveis. Ora se sacrifica a eficiência em prol da democracia, ora a democracia sucumbe em favor da eficiência.³³⁷

Para que ocorra a “agregação das preferências individuais” no sentido de uma *função do bem-estar social*, Arrow, dentro de um ambiente livre de ordenação de preferências, define algumas condições: (1) “condição de domínio irrestrito” – qualquer ordem das preferências individuais é capaz de resultar escolha social; (2) “condição de associação positiva dos valores sociais e individuais” – as alterações nas escolhas individuais promovem efeitos, no mesmo sentido, nas escolhas sociais; (3) “condição de independência das alternativas irrelevantes” – a escolha social depende apenas das preferências individuais ordenadas, e não são consideradas outras preferências que não fazem parte do rol; (4) “condição de soberania dos cidadãos – “a função de bem-estar não deve ser imposta”; e (5) “condição de não ditadura” – a “escolha social não deve depender das preferências de um único indivíduo”.³³⁸ Seu teorema, da definição dessas condições, é competente para

³³⁷ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 195.

³³⁸ As cinco condições da *função do bem-estar* são bem sintetizadas por Jorge Costa Santos, cuja exposição serviu de referência ao parágrafo. Cf. SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 162-163.

A exposição das cinco condições acima não representam as dificuldades enfrentadas por Kenneth Arrow em elaborá-las. Observe-se: a condição (1) pode ser apresentada como: “entre todas as alternativas existe um conjunto S de três alternativas de tal forma que, para qualquer conjunto de ordenação individual T1, ..., Tn de alternativas em S, existe um conjunto admissível de ordenação individual R1, ..., Rn, de todas as alternativas de tal forma que, para cada indivíduo i, x Ri y se e apenas se x Ti y para x e y no conjunto S” (ARROW, Kenneth J. *Social Choice & Individual Values*, p. 24, tradução livre). Ou seja, as preferências individuais são aptas a resultar preferências sociais no conjunto S.

A condição (2): “Considere R1, ..., Rn e R1', ..., Rn' dois conjuntos de relações de ordenação individual, R e R' as correspondentes ordenações sociais, e P e P' as correspondentes relações de preferências sociais. Suponha-se que para cada i as duas ordenações individuais são conectadas da seguinte forma: para x' e y' distintas de uma dada alternativa x, x' Ri' y' se e apenas se x' Ri y'; para toda y', x Ri y' implica x Ri' y'; para toda y', x Pi y' implica x Pi' y'. Então, se x P y, x P' y” (ARROW, Kenneth J. *Social Choice & Individual Values*, p. 26, tradução livre). Essa condição demonstra que as modificações em um conjunto implicam efeitos em outro – alterações das preferências individuais resultam alterações em preferências sociais.

demonstrar – e provar – que não se alcança a *função de bem-estar social* suficiente a atender a todas as condições. Respeitando-se as quatro primeiras condições, a quinta condição (não ditadura) sempre será violada, o que resultará regime ditatorial.³³⁹

A condição (3): “Considere R_1, \dots, R_n e R'_1, \dots, R'_n como dois conjuntos de ordenação individual e considere $C(S)$ e $C'(S)$ como a função da escolha social correspondente. Se, para todos os indivíduos i e todo x e y em um dado ambiente S , $x R_i y$ se, e apenas se $x R'_i y$, então $C(S)$ e $C'(S)$ são o mesmo (independência das alternativas irrelevantes)” (ARROW, Kenneth J. *Social Choice & Individual Values*, p. 27, tradução livre). Só se levam em conta as alternativas apresentadas – alternativas que não estão presentes no rol, além do x e y , não devem ser consideradas.

A condição (4): “A função do bem-estar social não pode ser imposta” (ARROW, Kenneth J. *Social Choice & Individual Values*, p. 29, tradução livre).

A condição (5): “A função do bem-estar social não pode ser ditatorial” (ARROW, Kenneth J. *Social Choice & Individual Values*, p. 30, tradução livre).

Arrow, mais tarde, revisou as condições e as reduziu para quatro: (1) independências das alternativas irrelevantes; (2) não ditadura; (3) condição de racionalidade coletiva (união da “condição de domínio irrestrito com a exigência do caráter completo e transitivo da ordem de preferências sociais”); (4) princípio de Pareto (“agregação das condições de não imposição e de associação positiva entre os valores sociais e os valores individuais. Ele leva a afirmar que se uma alternativa for preferida a outra por todos os indivíduos, então aquela deverá ser socialmente escolhida”). (SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 163).

³³⁹ O teorema de Arrow foi bem sintetizado por Jorge Costa Santos: “As condições U, T, P, I e ND [que são, respectivamente, *domínio irrestrito*, *transitividade*, *princípio de Pareto*, *independências das alternativas irrelevantes* e *não ditadura*] não podem ser satisfeitas por nenhum processo de decisão coletivas.

(1) Definição: Um conjunto de indivíduos D é considerado decisivo entre as alternativas x e y se o processo de decisão colectiva estabelece que x é socialmente preferível a y e todos os indivíduos que pertencem a D preferem x a y ; enquanto todos os restantes (designados por R) preferem y a x .

(2) Admita-se um conjunto decisivo D para x sobre y .

(3) Empregando a condição U, admita-se que todos os indivíduos em D preferem x a y e y a z , enquanto todos os sujeitos em R preferem y a z e z a x .

(4) Pela definição de D resulta que x é socialmente preferível a y .

(5) Pela condição P resulta que y é socialmente preferível a z .

(6) Pela condição T resulta que x é socialmente preferível a z .

(7) Todavia, apenas os elementos de D preferem x a z . Além disso, por força da condição I, a preferência social de x sobre z deve manter-se, independentemente da posição ocupada por y ou quaisquer outras alternativas. Portanto, o conjunto D é decisivo para x sobre z . Repetindo-se os passos (2)-(6), poderá verificar-se que D é decisivo entre todos os pares de alternativas.

(8) Por força da condição ND, o conjunto D deverá conter dois indivíduos ou mais.

(9) Divida-se D em dois subconjuntos não vazios, A e B , e utilizando de novo a condição U, suponha-se que todos os indivíduos em A preferem x a y e y a z e que todos os indivíduos em B preferem z a x e x a y , enquanto todos os sujeitos em R continuam a preferir y a z e z a x .

(10) Entre y e z há três resultados socialmente possíveis: ou ambas as alternativas são indiferentes ou a primeira é preferível à segunda ou vice-versa.

(11) Se z for socialmente preferível a y , como todos os elementos de A e R preferem y a z e só os membros de B preferem z a y , então B é um conjunto decisivo.

(12) Se y for socialmente preferível ou indiferente a z , como x é preferível a y [por força de (4)], então o processo de escolha social determinará que x é preferível a z (por força da condição T).

Qual a racionalidade da decisão coletiva? Para Kenneth Arrow, é impossível conseguir, partindo de indivíduos racionais, uma decisão racional e que atenda às condições expostas acima. A decisão coletiva depende de vontades e interesses individuais. O conjunto de interesses individuais, racionais, não resulta decisão racional. O teorema formulado por Arrow, conhecido como *Teorema da Impossibilidade de Arrow*, joga uma pá de cal sobre a teoria da *welfare economics* e carrega junto conceitos tradicionalmente basilares ao Direito. O *interesse público* ou o *bem comum* não terão sustentação se houver a defesa de regimes plenamente democráticos.³⁴⁰

A saída, a fim de evitar regimes ditatoriais, é não coletivizar todas as escolhas. A democracia surge em todas as fases de escolha, mas isso não significa que será feita por colegiados, mas individualmente. Representantes eleitos, um com o poder de agenda, o governo, será o responsável em ordenação das preferências. À decisão coletiva restará o bastante: controle, autorização, algumas escolhas.

Jorge Costa Santos demonstra, com bastante desenvoltura, que não apenas Arrow concluiu sobre a impossibilidade de alcance da função do bem-estar social. Entretanto, para o autor, não há tanta necessidade de criar um processo decisório “capaz de hierarquizar de forma consciente todas as alternativas (...)”, sendo suficiente determinar “conjuntos de escolhas (*choice sets*)”.³⁴¹

As decisões coletivas não conseguem, de acordo com a prova de Arrow, atender aos pressupostos democráticos, se o fim for o *bem-estar social*. Amartya Sen,

(13) No entanto, apenas os elementos de A preferem x a z, de onde decorre ser A um conjunto decisivo.

(14) Assim, o conjunto decisivo original D pode ser convertido num seu subconjunto próprio igualmente decisivo, seja este o conjunto B [como em (11)] ou o conjunto A [como em (13)].

(15) Repitam-se os passos (9) a (14) em relação ao novo subconjunto decisivo. E volte a proceder-se do mesmo modo até o conjunto decisivo ser um conjunto singular e, como tal, insusceptível de ser subdividido. Obtém-se, então, um conjunto decisivo composto por um só elemento, o que é claramente ditatorial. Assim, a condição ND é violada e o teorema é provado” (SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 164-165).

³⁴⁰ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 165-166.

³⁴¹ Segundo Jorge Costa Santos, “seria suficiente identificar a melhor ou as melhores alternativas de todas em condições de indiferença, sem a preocupação de saber quais seriam as segundas, as terceiras e as quartas melhores, e assim sucessivamente até às menos preferidas de todas” (*Bem-estar social e decisão financeira*, p. 166).

em seu artigo “A impossibilidade de um liberal paretiano” vai além e conclui não apenas que um paretiano não pode ser liberal, mas que “a garantia fundamental da liberdade dos indivíduo não residirá nas regras de decisão coletiva mas sim no cultivo de valores que conduzam cada um a respeitar as opções dos outros”.³⁴²

Nesse sentido, o autor adiciona condições às de Arrow (condição L – de Liberalismo – nas condições U – domínio irrestrito – e P – princípio de Pareto). A condição L significa que *para cada indivíduo haverá um par de alternativas (diga-se: x e y), de tal forma que se a sociedade prefere x a y, mas o indivíduo prefere y a x, então a sociedade deve preferir y a x.*³⁴³ Isso significa que, se o indivíduo quer pintar sua casa de cor verde, mas a sociedade prefere azul a verde, o indivíduo poderá pintar sua casa de verde. O exemplo elaborado por Amartya Sen comprova que não é possível respeitar, concomitantemente, as condições P (princípio de Pareto) e L (Liberalismo): admitindo-se este, algum sujeito será prejudicado – desrespeito da condição paretiana.³⁴⁴ Claro que na teoria de Sen, algumas condições de Arrow foram mitigadas, como a transitividade e independência das alternativas irrelevantes. No modelo deste autor, bastaria a existência da melhor alternativa em cada situação.

Enfim, Sen não aplica o princípio de Pareto com toda sua força, como o faz Arrow, pois em certos momentos admite a sua violação (acusa os economistas de forçarem o princípio de Pareto). Entende que sua aplicação forte impede que haja

³⁴² SEN, Amartya. *The impossibility of a paretian liberal*, p. 156-157. A tradução é de Jorge Costa Santos (SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 173-174).

³⁴³ SEN, Amartya. *The impossibility of a paretian liberal*, p. 153.

³⁴⁴ O exemplo pode ser sintetizado assim: a) indivíduos 1 e 2; b) há um livro ruim; c) há três alternativas: 1 lê o livro ruim – representada por x –, 2 lê o livro ruim – representada por y –, ninguém lê o livro ruim – representada por z; c) 1 tem a seguinte sequência de preferências: (z, x, y), pois quer poupar o 2 do livro ruim; d) 2 tem a seguinte sequência de preferências: (x, y, z); e) a escolha será entre (x, z), as melhores duas alternativas; f) para um liberal, a preferência de 1 que importa (ele não pode ser forçado a ler o livro) – a sociedade preferirá z a x; g) se a escolha fosse (y, z), a preferência de 2 que importa (ele quer ler) – a sociedade preferirá y a z. Se a escolha fosse (y, z, x), respeitar-se-ia L (liberal), mas não P (paretiano), pois 2 ficaria pior. (SEN, Amartya. *The impossibility of a paretian liberal*, p. 155.)

liberdade, que significa a escolha pessoal independente de preferências de outros indivíduos na sociedade. Por isso, é *profundamente iliberal*.³⁴⁵

Todas essas conclusões levam a crer que há dificuldades em aceitar princípio paretiano em teorias liberais (Sen) e que não há como obter função de bem-estar social nas escolhas públicas sem que exista regime não democrático – o regime deveria ser ditatorial (nessa configuração, não haveria qualquer custo da decisão, mas elevados custos externos). Evidentemente, regimes ditatoriais estão descartados. A democracia é a única alternativa viável por motivos que excedem teorias econômicas e políticas. É a opção político-constitucional adequada e que não pode ser ignorada. Então, qualquer discussão sobre esse assunto está concluída.

Levar ao extremo a teoria paretiana, aplicando-a a todas as decisões públicas, não pode ser a solução para os problemas de eficiência das escolhas. É facilmente compreensível, por Sen, que não se determinaria a justiça ou eficiência de políticas públicas com fundamento no ótimo de Pareto. Não é esse o elemento fundamental para medição. Não obstante, é, ao contrário da dureza do pensamento de Arrow, um elemento que deve ser considerado e não pode ser completamente dispensado – a *public choice*, por exemplo, adota o conceito, a despeito de tender ao liberalismo.

De qualquer forma, não há como defender a decisão coletiva sem “sacrificar a democracia ou a eficiência quanto à afectação dos recursos ou, ainda, a eficiência quanto ao próprio processo de decisão coletiva”.³⁴⁶ Não se alcança um processo de escolha plenamente eficiente. Haverá, sempre, imperfeição, pois não se abrirá mão da democracia.

Ordenar as preferências dos indivíduos buscando um fim social é um problema apontado também por Edith Stokey e Richard Zeckhauser. Para os autores, para conseguir determinar as preferências das pessoas é preciso – obviamente – perguntar às pessoas quais suas preferências. A dificuldade é que as

³⁴⁵ SEN, Amartya. *The impossibility of a paretian liberal*, p. 157. O autor afirma que “a suprema garantia para liberdade do indivíduo pode estar não nas regras para escolha social, mas no desenvolvimento de valores individuais de respeito mútuo” (p. 156-157, tradução livre).

³⁴⁶ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 194.

peçoas, propositalmente, costumam revelá-las falsamente – para distrair o outro. A análise do *custo-benefício* tenta permitir a medida de preferências fixando uma unidade de medida: dinheiro. E nisso aplica-se a troca de votos – *logrolling* –, capaz de manter as medidas de preferências dos indivíduos.

É possível afirmar com segurança que as decisões coletivas, a intensa coletivização das escolhas públicas, não resolvem todos os problemas de eficiência de políticas públicas. Ou seja, é evidente que não é possível retirar, com absoluta segurança, uma função do *bem-estar* em decisões coletivas. Não obstante se reconheça a importância da participação popular nas decisões relacionadas às políticas públicas, determinadas escolhas não poderão ser colocadas em discussão, sob pena de não se alcançar consenso, muito menos unanimidade, e resultar em simples decisão majoritária que sobrepuja a minoritária. Com o alerta de Arrow e de Sen, toda decisão coletiva que vise ao fim do bem-estar deve ser observada com cautela. Enfim, certas escolhas se fazem individualmente, outras coletivamente, se o intento for a decisão eficiente.

Parte 4. A escolha eficiente das políticas públicas no Brasil

Estudou-se o binômio que interessa: escolha e eficiência. Nesta, fixaram-se critérios necessários para analisar decisões políticas de alocação de recursos. Naquela, no debate público, a fim de evitar que a maioria sempre supere a minoria, subjungendo-a, trocas são requeridas.

Quanto mais difíceis forem as discussões na esfera pública, mais negociações se exigem, podendo beneficiar mais indivíduos. Enfrentou-se o problema da escolha, compreendeu-se que elas ocorrem porque recursos são escassos, admitiu-se que os interesses são egoístas, demonstrou-se que as trocas são desejáveis e que a Constituição vem a ser barreira para conter o custo e o âmbito das escolhas. Constatou-se que interesses privados, de pessoas e grupos, influem decisivamente nas escolhas.

Juntos, escolha e eficiência (*escolha eficiente*), representam importante característica do Estado: que, reconhecendo o espaço público, exigem que as políticas sejam definidas com vista a fim determinado, que sejam efetivas, produzam resultados esperados. O termo *escolha* é próprio da política; *eficiência* é próprio da economia. São, aparentemente, imiscíveis, mas demonstrou-se que ambos são complementares de formas variadas.

No Brasil, são três os momentos da escolha de políticas públicas (as que dependem de recursos). Dois institucionais e um popular. É competência do governo – representada pela pessoa do chefe do Poder Executivo – a definição da maioria das políticas públicas – essas escolhas são técnicas e políticas; ao parlamento, cabe o controle e escolha – esta, em menor grau – e, desde que não contraditórias às do Executivo. Essas são as esferas institucionais.³⁴⁷

³⁴⁷ O “primado do Executivo” foi bem analisado por Jacques Chevallier. No decorrer do século XX, houve uma transmutação do equilíbrio do poder, escorrendo este ao Poder Executivo (“o Executivo tornou-se nas sociedades contemporâneas o *centro de impulso político*, o único capaz de conceber e colocar em andamento uma estratégia coerente”. Entretanto, a partir da década de 1970, houve o renascimento da “instituição parlamentar”, destacando algumas tarefas de sua responsabilidade, como o controle da ação do Executivo, inclusive quanto ao acompanhamento da execução orçamentária. (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*, p. 214-223). Como destacado no início do trabalho, o Poder Legislativo e Judiciário também podem promover políticas públicas. No entanto, é pequena a competência destes poderes, em especial se envolverem recursos públicos.

Ao governo compete a elaboração das propostas das políticas públicas. Estas estarão definidas em lei. Como dependem, para execução efetiva, de recursos financeiros, é o orçamento público a principal peça em que as escolhas estarão presentes. Políticas públicas podem ser criadas à vontade, mas sua efetivação só ocorrerá, em sua grande maioria, se existirem e forem alocados recursos em seu favor. Por isso, ao cuidar-se das escolhas das políticas, de fato estar-se-á cuidando das escolhas orçamentárias.

É menor – comparada ao do governo – a competência do parlamento brasileiro nas decisões de políticas públicas. Cabe a este órgão, principalmente, o controle das escolhas. Entretanto, algumas decisões podem ser efetuadas pelos parlamentares: as chamadas emendas ao orçamento ou emendas parlamentares, que são *moeda de troca* entregues pelo governo para que o parlamento aprove rapidamente as propostas orçamentárias. E não apenas isso: é facultada a este a alteração da proposta elaborada por aquele.³⁴⁸

O parlamento, somente pelo fato de existir e exercer o seu papel, composto por partidos que podem ou não se alinhar à política governamental, representa peça fundamental na distribuição de recursos orçamentários. Presume-se que o plano orçamentário, antes de ser enviado para o parlamento, foi elaborado já antevendo a sua composição e os problemas a serem enfrentados caso certos grupos não sejam contemplados com despesas públicas.

As decisões coletivas vindas da participação direta também têm seu valor, mas antecedem a decisão unipessoal do governo e não são vinculantes, pois não obrigam o agente político a acatá-las. A importância da participação direta do povo é fazer com que o governo elabore o orçamento preocupado com o resultado de suas escolhas nas próximas eleições. Se pessoas participam do processo de escolha – mesmo que não sejam elas a decidir – acabam por interferir nessas escolhas.

Parte-se à investigação do processo de escolha das políticas. É sabido que as políticas públicas são escolhidas conforme fundamentos constitucionais, de

³⁴⁸ Art. 166, §3º, Constituição de 1988.

acordo com políticas governamentais, preferências individuais e conveniência e oportunidade.

A análise deve se aprofundar. Serão apreciadas, em primeiro lugar, as escolhas de políticas públicas conforme a sua amplitude: *escolhas amplas* e *escolhas específicas*. As primeiras são as escolhas que acontecem nos limites da norma constitucional que exige ações positivas – política pública de saúde e educação, por exemplo – e é preciso escolher em qual delas investir mais recursos – deve-se definir qual é a prioridade.

Nas segundas, escolhe-se entre ações governamentais específicas. Assim, definido o investimento de valor A para saúde e B para educação, especifica-se, dentro dos valores globais A e B, qual as ações governamentais capazes de concretizar a política pública escolhida. A despeito de previsão constitucional de direitos sociais, é trabalho do governo a definição das prioridades para cada momento. Por evidente, nessa fase definem-se os critérios de avaliação, assim como os resultados esperados da ação governamental.

As *escolhas amplas* são a eleição dos fins. As *específicas*, dos meios. Concluída a escolha da política pública (*amplas*), passa-se à eleição dos meios ou dos instrumentos para sua concretização (*específicas*), os quais devem ser elaborados conforme a disponibilidade de recursos, ponderados custos e benefícios esperados. Por exemplo: fixa-se a política pública (erradicação de doença transmissível por mosquito, por exemplo); sabe-se que há quantia disponível para aplicar nessa política; definem-se os meios e instrumentos exigidos para o cumprir o desiderato; os recursos são aplicados conforme as ações governamentais aprovadas após a definição da política pública. A questão difícil é encaixar esse modelo de decisão ao sistema orçamentário previsto na Constituição, além de atender aos critérios de escolha e eficiência expostos.

A escolha a ser feita pode ser mais complexa que se pressupõe. Algumas são *fáceis*, outras, *difíceis*, algumas, *trágicas*. São escolhas que ocorrem cotidianamente, são comuns a qualquer governo. A alocação de recursos escassos é tarefa, em certas ocasiões, impossível de ser realizada sem que consequências

devastadoras sobrevenham. É por isso que não se pode defender, ao menos nos termos expostos pela doutrina jurídica, a existência do *interesse público*. As decisões, conforme se expôs antes, sempre envolvem interesses conflitantes, e nunca podem ser consideradas orgânicas – e, dificilmente, unânimes.

O maior obstáculo, contudo, é a relação entre a tecnicidade da decisão e a política inerente a ela. E é nesse ponto em que o trabalho será fechado. O intento é a *escolha eficiente*, compreendendo-se como a *escolha que pondera satisfatoriamente critérios econômicos e políticos, alcançando o consenso*. Ao planejar, o governo não pode se ater apenas à política ou somente à tecnicidade. Se atender ao segundo, sem atender ao primeiro, conflitará com a *teoria econômica da democracia* (Downs); se atender ao primeiro, sem atender ao segundo, sofrerá dos efeitos nefastos da repartição de recursos escassos sem critério.

Uma das facetas da ineficiência das escolhas é a ausência de participação popular nas decisões públicas. Ressalta-se, antes, que, a rigor, não se trata de escolha – suas deliberações são meramente opinativas. Nada obstante, é necessário garantir a participação para que se observe, por exemplo, qual região requer mais investimentos e necessita de maior atenção. Tal objetivo pode se dar mediante audiências públicas ou *surveys* e, embora traga benefícios públicos, também resulta efeitos relacionados ao benefício privado dos governantes e parlamentares (tende a resultar votos).

Sendo assim, a participação popular é fundamental para que possa decidir adequadamente o governo ao elaborar suas propostas de alocação de recursos. Da mesma forma que os membros do parlamento, o governante possui interesses pessoais – as eleições – e deve bem ponderar caracteres alocativos com fundamento em critérios de eficiência demonstrados. Se de um lado o governo deve conquistar seus votos dos eleitores, do outro deve garantir a aprovação pelo parlamento. Tanto os eleitores quanto os parlamentares são barreiras efetivas à atuação governamental.

Antes de prosseguir é necessário sanear o trabalho e salientar a linha de desenvolvimento. Esclarece-se que, nesta quarta parte, o estudo fundar-se-á no

Direito brasileiro. Na primeira foram tratados alguns dos problemas das políticas públicas: defeitos na escolha, ausência ou insuficiência de planejamento, escassez de recursos, orçamento impositivo, entraves na relação entre os poderes do Estado. Chegou-se à conclusão de que o sistema orçamentário brasileiro não condiz com o princípio da eficiência, que propostas de vinculação de receitas a despesas e imposição de despesas igualmente não resultam eficiência. Todos esses argumentos serviram para introduzir os expostos nas segunda e terceira partes, em que se abordaram conceitos de escolha e de eficiência. Algumas certezas que foram expostas pela doutrina jurídica pátria, referente à gestão do espaço público, sofrem, com argumentos novos, um profundo repensar. O governo faz escolhas conforme o - ou um - interesse público? Não se aceitam *lobby*, negociações, troca de votos no parlamento? Qual o papel do governo e do parlamento na escolha das políticas públicas? Qual o papel do governo e do parlamento na busca pela eficiência na escolha? A eficiência e política convivem pacificamente? Em consequência aos argumentos expostos nas partes antecedentes é autorizado rever alguns conceitos e refazer fundamentos. Nesse sentido, são premissas que pautarão esta última parte: a) a democracia, a despeito de não ser necessária à eficiência - cf. Arrow -, é condição prevista na Constituição e é inegociável³⁴⁹; b) as escolhas públicas são individuais e coletivas; c) o indivíduo é, em regra, egoísta; d) não se ignora a regra da maioria, imprescindível a decisões coletivas, e prefere-se o consenso; e) as escolhas pautam-se pela eficiência; f) é impossível a função do bem-estar sob as rígidas condições de Arrow, aceitando-se que decisões individuais são

³⁴⁹ Anthony Downs enumera as condições do governo democrático: "1. Um único partido (ou coalizão de partidos) é escolhido por eleição popular para gerir o aparato de governo. 2. Essas eleições são realizadas dentro de intervalos periódicos, cuja duração não pode ser alterada pelo partido no poder agindo sozinho. 3. Todos os adultos que são residentes permanentes da sociedade, são normais e agem de acordo com as leis da terra são qualificados para votar em cada uma dessas eleições. 4. Cada eleitor pode depositar na urna um e apenas um voto em cada eleição. 5. Qualquer partido (ou coalizão) que receba apoio de uma maioria dos eleitores tem o direito de assumir os poderes de governo até a próxima eleição. 6. Os partidos perdedores numa eleição não podem jamais tentar, por força ou qualquer meio ilegal, impedir o partido vencedor (ou partidos) de tomar posse. 7. O partido no poder nunca tenta restringir as atividades políticas de quaisquer cidadãos ou outros partidos, contanto que eles não façam qualquer tentativa de depor o governo pela força. 8. Há dois ou mais partidos competindo pelo controle do aparato de governo em toda eleição". (*Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 45).

imprescindíveis; g) o controle exercido pelo parlamento procura fazer com que o governo contemple a minoria – com emendas parlamentares, por exemplo; e h) reconhecendo o egoísmo dos agentes, e pela impossibilidade de conter formas de participação, como o *lobby*, a escolha eficiente das políticas depende das forças políticas, como a minoria no parlamento e a participação popular. Passa-se, então, à última parte: as escolhas das políticas públicas no Brasil.

4.1. As escolhas das políticas públicas

Como todos os direitos têm custos e requerem recursos para sua efetivação, as escolhas devem ser bem realizadas. Como se sabe, as escolhas públicas devem seguir os preceitos constitucionais. E prestar políticas públicas não é uma opção do governo ou legislador: é mandamento constitucional.

A Constituição é uma limitadora das decisões. Ela reduz os custos para a tomada de decisão, já que delimita o campo de escolha. Ela pauta a escolha governamental, do ponto de vista político e técnico-econômico. Algumas políticas públicas não podem ser ignoradas e, portanto, não estão sob o juízo político-econômico governamental. Todavia, mister a observação das alternativas, determinar critérios de execução e avaliação, buscar respeitar as preferências dos agentes participantes do debate – o parlamento e, eventualmente, o eleitor.

Nesse passo, conveniente apresentar a classificação da *escolha das políticas públicas*.

4.1.1. Escolhas amplas e escolhas específicas

Para solucionar imbróglios relacionados às escolhas de políticas públicas optou-se por dividir as fases da escolha. Assim, classificadas conforme a sua amplitude, há *escolhas amplas* e *escolhas específicas*.

As *escolhas amplas* de políticas são as que ocorrem entre grandes objetivos previstos na Constituição, em normas programáticas. A política de

igualdade racial, de saúde, de educação, por exemplo, são políticas amplas que, para serem efetivadas, requerem lapidação, ou seja, devem ser aprimoradas e particularizadas pelo governo. O primeiro desafio do agente público é escolher como alocar recursos públicos para essas rubricas.

Como no Brasil não vige o *orçamento base-zero*, que se renova todos os anos por completo, mas o *orçamento-programa*, é fácil definir quantias de dinheiro que serão aplicadas.³⁵⁰ Partindo de experiências pretéritas, fixam-se despesas. Adicionalmente, o planejamento de longo prazo de governo – de quatro anos, do segundo ano ao primeiro ano do mandato subsequente, conforme o tempo de vigência do Plano Plurianual³⁵¹ – serve também para a finalidade. Atentos às necessidades públicas que deverão ser satisfeitas nos anos seguintes, o governo deve escolher quais serão as políticas prioritárias.

Podem, adicionalmente, ser classificadas como amplas as escolhas entre políticas públicas pertencentes às grandes definições constitucionais. Dentro da norma que prevê o direito à saúde pode se incluir, por exemplo, política de erradicação de doença em determinada região do país. Não pode o governo deixar de erradicar a doença (a erradicação é a finalidade da política pública). Portanto, as *escolhas amplas* referem-se aos *fins* almejados.

As *escolhas específicas* envolvem definição particular das políticas. Ou seja, as normas constitucionais programáticas que devem ser densificadas pelo governo na aplicação concreta. Disposições genéricas como saúde, educação, segurança, igualdade não vêm prontas para uso, na Constituição. São normas de eficácia limitada. É necessário regular, por lei, políticas que permitam ao Estado

³⁵⁰ Orçamento Base-zero: RUBIN, Irene S. *The Politics of Public Budgeting*, p. 82; GOSLIN, James J. *Budgetary Politics in American Governments*, p. 47.

³⁵¹ Considere-se o Plano Plurianual como capaz de conter o planejamento geral de governo, não apenas relacionado às finanças públicas. Como ressalta Ricardo Lobo Torres, devido à “interação entre os sistemas orçamentário, político, econômico e social é que os autores americanos vêm falando de um superorçamento (*super-budget*), que se transforma no instrumento primário para a solução dos conflitos societais e para a procura de objetivos como os do desenvolvimento econômico, do pleno emprego, da seguridade social, da revitalização das áreas urbanas, da eliminação da pobreza, etc.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 5. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9). Interessante a leitura de: CAIDEN, Naomi. *Shaping Things to Come Super-Budgeters as Heroes (and Heroines) in the Late Twentieth Century*, p. 48.

efetivar esses direitos definidos constitucionalmente. Se a escolha recair sobre a saúde, é preciso especificar as ações e programas que levarão ao fim desejado.

As *escolhas amplas* são apropriadas para definir os fins da política pública. Saúde, por exemplo, ou erradicação de doença. Fixa-se, exemplificando, política de erradicação de doença na região norte do país. Determinada a política pública, escolhem-se os programas e ações governamentais, instrumentos capazes de atingir o intento. As *escolhas específicas* referem-se, portanto, às ferramentas e instrumentos responsáveis pelo atingimento do fim previamente exposto.³⁵²

As *escolhas específicas* dependem das *escolhas amplas*. Expostas as prioridades, as políticas públicas que serão ofertadas, necessário definir as ações governamentais para efetivar o intento. Caberá ao governo a especificação das ações necessárias para concretização, por exemplo, do direito à saúde. Escolhe, primeiramente, a política pública de redução das desigualdades regionais (ampla) e, para concretizá-la, escolheu desenvolvimento da região do sertão nordestino, construção de diques, construção de encanamentos, etc (específica).³⁵³

Escolhas amplas e *escolhas específicas* não têm o mesmo tratamento no tocante à análise da eficiência. Nas *específicas*, a análise é mais técnica que política;

³⁵² Na doutrina norte-americana são encontradas divisões similares das decisões orçamentárias (decisões políticas). Por exemplo, James Gosling classifica as decisões em “macro-decisões” e “micro-decisões ou micro-escolhas”, sendo esta “focada nos itens de decisão individual considerados pelos participantes do processo orçamentário, valores recomendados ou requeridos pelas agências, seus subcomponentes organizacionais, programas ou subprogramas. Macro-decisões transcendem os limites da agência e envolve escolhas a priori sobre quanto o governo deve gastar e quão rápida cresce a despesa” (GOSLIN, James J. *Budgetary Politics in American Governments*, p. 39, tradução livre). Já Irene Rubin classifica entre “microbudgeting” e “macrobudgeting”: nesta, há maior “verticalização e perspectiva sistemática”, enquanto naquela, há “foco nos atores e suas estratégias” (RUBIN, Irene. *Politics of Public Budgeting*, p. 31). E, ainda, Lance T. Leloup diz que “Macrobudgeting – altas decisões de despesa, receita e deficit agregadas e cotas orçamentárias relativas, normalmente feitas de cima para baixo – tornou-se cada vez mais importante nos Poderes Executivo e Legislativo. Microbudgeting – nível intermediário de decisão em agências, programas, dotações, normalmente feita de baixo para cima – mantém-se crítica ou menos convincente parte do processo orçamentário (LELOUP, Lance T. *From Microbudgeting to Macrobudgeting: Evolution in Theory and Practice*, p. 19)

³⁵³ Como exemplo, citam-se: Alimentação Escolar (Lei 11.947/2009); Atendimento à População com Medicamentos para Tratamento dos Portadores de HIV/AIDS e outras Doenças Sexualmente Transmissíveis (Lei 9.313/1996). Os programas estão previstos no anexo V da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2012 (Lei 12.465/2011) e não podem ser suspensos. Cf. http://www9.senado.gov.br/portal/page/portal/orcamento_senado/arquivo/01.%20LDO/01.1.%202012/01.1.1.%20Elaboração/01.1.1.5.%20Autógrafos%20e%20Lei/420-Lei/420-Anexos/460-Anexo%20V.pdf

nas amplas, mais política que técnica. Observe-se que no momento em que é realizada a *escolha ampla*, ou seja, elege-se o fim da política pública (v.g. erradicação de doença), fundar-se-á a escolha em critérios políticos; além da própria decisão constitucional – direito à saúde –, já prevista, o governo e o parlamento atuarão conforme seus interesses políticos, tal qual se expôs ao abordar a *public choice* e a solução para chegar ao consenso será a negociação. Além do mais, possível esperar que agentes políticos ajam esperando maximizar seus benefícios eleitorais.

Sabendo que grupos atuem para defender seus interesses no âmbito do governo e do parlamento, nenhum deles desejará ter a sua posição piorada. Afasta-se o altruísmo. Todos visam à maximização da utilidade (ou seja, benefícios individuais). Como visto, a vantagem dos consensos negociados (*logrolling*) é trazer benefícios mesmo para aqueles que sejam os perdedores nas votações. Por isso, a regra da maioria, a despeito da sua importância, é mitigada para que negociações possam existir. A eficiência da escolha depende desta forma de consenso.

Passando-se à segunda fase, da *escolha específica*, a análise torna-se técnica. Não há preocupação apenas com critérios distributivos, nem apenas com o alcance do consenso. Será importante a ponderação entre o custo e o benefício a ser alcançado, ou em produzir resultados, melhorando a coletividade, sem prejudicar ninguém (ou, se houver prejuízo, que haja compensação, mesmo que potencial).³⁵⁴ Não se defende que tudo seja medido em pecúnia. O que se quer é que os meios, instrumentos para execução da política seja medida em moeda (que é a linguagem do orçamento público).³⁵⁵

O raciocínio deve ocorrer em dois momentos. O primeiro se debruça sobre a finalidade da política, ou seja, qual o destino. O segundo, sobre o caminho adequado. Exemplifica-se. É necessária uma política pública do gênero *saúde* para

³⁵⁴ Não é possível ponderar duas variáveis com bases diferentes, ou seja, valores em dinheiro e outro tipo de valor. É preciso converter todas as medidas para moeda.

³⁵⁵ Para tanto, basta observar o art. 167, que veda: “VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados;”. Todas as despesas devem ser fixadas em valores específicos, monetários. A medição torna-se possível, dessa forma. Imagine-se se, ao contrário, o benefício fosse medido em “bem-estar” e o custo em “dinheiro”. Impossível proceder a uma análise científica se a ponderação ocorrer nesses moldes.

combater doença transmissível por inseto, podendo optar entre duas alternativas finalísticas: exterminar os insetos ou imunizar as pessoas propensas a adoecer. Suponha-se que se escolha *extermínio dos insetos*: para tanto, pode promover campanha de educação da população para que evitem manter locais úmidos (ideais para que os insetos se reproduzam), ou adquirir caminhões e veneno para combater os insetos. Pode escolher *imunizar as pessoas*: nessa linha, poderá adquirir vacinas – de qualidade e preços diferentes. Enfim, possível adotar ambos os fins com todos os caminhos.

A dificuldade é maior se houver limitação de recursos disponíveis. Quanto menor a quantidade, menos alternativas poderão ser contempladas e nem sempre é permitida a redução de recursos para uma dada finalidade. Para algumas políticas – como a do exemplo dos insetos – requer-se a totalidade dos recursos para aquisição de veneno ou vacina, pois exterminar metade dos insetos de uma cidade ou imunizar metade de seus habitantes acarretaria a inefetividade da medida – a doença retornaria. Destarte, a quem cabe a decisão sobre a aplicação dos recursos? Qual será a escolha e até que ponto a decisão pode ser coletivizada? Até que ponto a eficiência pode ser parâmetro para escolhas de políticas públicas?

A ideia é por demais complexa. Sabe-se que a Constituição da República elenca diversos direitos e define deveres para o Estado; resta conhecer se esses deveres podem ser ponderados com critérios de eficiência e escolha e decisão.

4.1.2. Escolhas fáceis, difíceis e trágicas

A segunda classificação, conforme o grau de dificuldade, divide as escolhas promovidas pelo governo em *fáceis*, *difíceis* e *trágicas*. A importância dessa organização é determinar, em cada caso, de que forma a situação fática deve ser avaliada, o que acarreta efeitos na decisão de políticas públicas. A *escolha fácil*, por exemplo, permite que se avalie a política com parâmetros diferentes aos adotados nas *escolhas trágicas*.

A *escolha fácil* envolve apenas a alocação de recursos escassos, porém suficientes. O governo depara-se com duas despesas que devem ser realizadas e é possível atender a ambas. Suponha-se que exista disposição orçamentária de R\$100 e fixem-se despesas de R\$80. Mesmo que surjam despesas imprevistas até o valor de R\$20, não será necessário tomar decisões ou fazer escolhas que não sejam consideradas *fáceis*. Dentro de um envelope de recursos estão previstas políticas públicas que poderão ser atendidas sem muitas dificuldades, conforme a previsão orçamentária. A abundância de recursos ou, ao menos, o equilíbrio entre receitas e despesas, autoriza o governo a escolher com liberdade. Pré-fixada a política pública, resta a ele a escolha do caminho, do procedimento para alcançar o fim. Apesar da existência de recursos suficientes, deve proceder à análise da eficiência como resultado de sua escolha.

A *escolha difícil* envolve a alocação de recursos escassos e insuficientes. O orçamento público deficitário impede que as políticas definidas previamente em lei sejam concretizadas por formas variadas, mas por apenas algumas formas. Assim, o governo deve procurar efetivar as políticas escolhendo instrumentos e procedimentos com menor custo pecuniário. O governo deverá promover reflexão individual ou submeter a matéria à deliberação coletiva. Como os recursos são insuficientes para atendimento a todos os fins, o governo deve escolher uma alternativa entre várias. É o caso de um orçamento com receitas previstas de R\$80, mas despesas de R\$100 (*déficit*). Haverá uma escolha a ser feita e políticas serão ignoradas ou contingenciadas (congeladas) para futura implementação. É a situação em que o Estado não tem receitas suficientes e nem pode contrair dívida. Ademais, há casos em que os recursos podem ser alocados proporcionalmente e casos em que recursos não podem ser divididos, o que o condena a uma imprescindível escolha.

Já a *escolha trágica* envolve a alocação de recursos escassos para atingir um fim entre vários fins possíveis e requeridos ao mesmo tempo, cuja escolha acarretará benefício a um e prejuízo a outro, conflitando recursos com valores morais. É tal qual a hipótese estudada por Guido Calabresi e Philip Bobbit, cuja abordagem relaciona-se com a escassez de recursos e a impossibilidade de atender a

todas as demandas, o que pode provocar, por exemplo, morte. Para os autores, os valores da sociedade, em toda escolha, devem ser preservados, a despeito de, nesses momentos trágicos, tenham que ser colocados em teste, pois podem conflitar entre eles. Nesse momento, uma decisão dolorosa há de ser tomada e a sociedade precisa lidar com os mecanismos de escolha (métodos de alocação): a escolha de um resultará dor de outro.³⁵⁶

São hipóteses comuns no cotidiano do Estado. Também ocorrem no dia-a-dia das pessoas. Escolhas fazem parte da vida e só existem porque os bens que servem à satisfação das necessidades são escassos. Uma escolha que já foi previamente fixada por decisões políticas anteriores – já há uma norma que estipule a obrigação de cumprir – facilita a escolha. Pagar uma despesa obrigatória por lei e com disponibilidade de caixa é *fácil* e demanda pouco tempo de debate e baixo desgaste político. Diferente é a situação em que a escolha de alocação de recursos depende de um debate, como, por exemplo, a decisão de comprar ônibus escolares para crianças frequentarem aulas ou adquirir computadores para as escolas, pois traz junto o debate, a deliberação, e, como resultado, os estudantes ficarão sem transporte ou sem aulas de informática.

A mensuração do resultado pode ser muito difícil. Definir-se-iam alguns fins da ação de governo, os quais deveriam estar previamente expostos, em planos governamentais, decorrentes da atividade de planejamento. Seria prudente determinar o custo de cada uma dessas medidas para então concluir em favor de uma ou outra. A intenção, no exemplo dado, é *facilitar o acesso à escola*. Os meios variam.

A eficiência da escolha depende de dados para auxiliar e enrobustecer o processo de deliberação. Em certas situações a linha de demarcação entre as alternativas é tão tênue que qualquer decisão será eficiente a sua maneira (é o ponto de indiferença). As pessoas têm preferências. Ao se depararem com bifurcações, elegerão graus de preferência entre as alternativas disponíveis. A escolha racional impera e, a partir desses graus, sairá a decisão.

³⁵⁶ CALABRESI, Guido. BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*, p. 17-50 e 195-199.

A escolha mais difícil – a *escolha trágica* – envolve, além de bens escassos, uma situação de risco em que, ao se escolher A ao invés de B, B estará fadado a desfecho doloroso. Então, se A e B necessitam de uma cirurgia de transplante de órgão, mas só há um órgão, um deles fatalmente falecerá. O debate torna-se desgastante para os envolvidos, pois os valores da sociedade – e os princípios constitucionais – serão postos à prova. Questões objetivas – idade, sexo, probabilidade de sobrevivência etc. – serão levantadas, simultaneamente a questões subjetivas – influência, posição social, etc. Discursos morais serão apresentados. O infortúnio será de um deles, invariavelmente. Com relação a recursos financeiros, a escolha também pode ser trágica – exemplo: não há dinheiro suficiente para atender A e B, apenas A ou B. E A e B não precisam ser pessoas; podem ser grupos sociais.³⁵⁷

Escolhas trágicas também podem ser analisadas sob critérios de eficiência, embora exista quem discorde da aplicação de teorias não-consequencialistas³⁵⁸. Questões objetivas podem ser moralmente questionáveis. Mesmo assim, fixar-se-ão critérios para balizar decisões, com fundamento na argumentação exposta neste trabalho.

4.1.3. Os limites da escolha das políticas públicas

Devem ser expostos os limites impostos às escolhas, se a matéria em questão é política pública. Antes, estudou-se que a Constituição é limitadora das decisões, o que resulta a diminuição de custos. Também atentou-se, na primeira parte, à escassez de recursos, desvestindo-se como uma forma de limitação de escolhas. São limites óbvios, tratados à exaustão. Além de retornar a eles, estudar-se-ão outros, os quais podem ser desejáveis ou não.

³⁵⁷ Essa situação limite é apresentada, sob a análise de Pareto, por Fernando Araújo (o que ele chamou de *armadilha de eficiência*). Se houver doentes, mas todos os leitos já estiverem ocupados, como resolver? Já há uma situação ótima paretiana, pois se retirar os doentes que ocupam os leitos, eles ficarão em pior situação. E os novos doentes? Serão deixados à mercê da morte? (Cf. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 236)

³⁵⁸ Cf. NUSSBAUM, Martha C. *The cost of tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis*, p. 169 e 194. A autora defende a análise consequencialista e baseada nos direitos previstos na Constituição.

4.1.3.1. Limites formais

O primeiro limite formal é a Constituição.³⁵⁹ As normas constitucionais definem direitos substantivos e procedimentos. Permitido afirmar que configuram limites formais: os direitos fundamentais, direitos sociais, o processo legislativo, as competências de iniciativa do processo legislativo, as competências orçamentárias, etc. Enfim, como disse Jorge Reis Novais, que entende os *direitos como trunfos contra a maioria*, na esteira de Ronald Dworkin, “ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas”. Essa carta trunfo prevalece sobre as demais cartas (e o Estado é o outro jogador).³⁶⁰ A vontade da maioria, ao se tratar das escolhas públicas, não poderá prevalecer sobre disposições constitucionais, em especial sobre os direitos fundamentais. Uma política inversa ao sistema de cotas em universidades públicas, por exemplo, que dificultasse acesso a determinada parcela da população, é vedada, sendo controlável pelo Poder Judiciário.

A Constituição Financeira – o capítulo das finanças públicas – contém disposições que são limites à escolha – pois impossível, na linha exposta, cindir a relação políticas públicas e recursos financeiros. Há limites próprios da decisão financeira diferentes dos existentes em decorrência de escassez de recursos. São, então, as obrigações constitucionais – conhecidas como *vinculações constitucionais* – que configuram verdadeiros limites à escolha discricionária, ou seja, escolhas *a priori*

³⁵⁹ É claro que os limites constitucionais são, em certas ocasiões e hipótese, mitigáveis ou alteráveis. À exceção das cláusulas pétreas – art. 60, §4º da Constituição –, disposições podem ser alteradas por emenda constitucional. Nesse contexto, a despeito de limites constitucionais existirem, ainda podem sofrer mudanças por força de movimentos políticos.³⁵⁹ A discussão não cabe neste trabalho. Bruce Ackerman, por exemplo, entende que em certos momentos é válido abandonar regras procedimentais da constituição para alterá-la, como ocorreu na elaboração da Constituição dos Estados Unidos (1789) e no New Deal. (ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos de Direito Constitucional*, p. 47-110). Todavia, necessário procurar manter incólume a Constituição. Segundo lição de Jürgen Habermas: “O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais” (*Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 171).

³⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, p. 17.

que vinculam impostos a despesas públicas (ou políticas públicas) no texto constitucional e não podem ser objeto de deliberação voltada a sua alteração.³⁶¹

As *vinculações constitucionais* têm uma dupla face: de um lado, parecem dirigir *a priori* a escolha a ser feita pelos poderes políticos; do outro, engessam a escolha. As vinculações, incluídas em sua maioria por emendas constitucionais, são sintomáticas, pois denotam a incapacidade do governo na gestão dos recursos escassos ou, ao menos, a desconfiança permanente do parlamento. Ao invés de celebrar esses limites constitucionais à decisão, lamenta-se. Força-se a escolha, correndo-se o risco de produzir decisão ineficiente – é possível que, por exemplo, recursos tenham de ser alocados – a alocação é a escolha – sem que haja necessidade para tanto (não trará qualquer benefício à sociedade – recursos serão despendidos, tributos arrecadados, e nenhum efeito positivo será notado).

Limites formais à escolha também são as leis infraconstitucionais, porém, elas mesmas podem ser o substrato, ou seja, conterem em suas normas o conteúdo da escolha. Políticas públicas, para que sejam perenes, contínuas e organizadas, além da necessidade de previsão de dispêndios e planejamento, são definidas por lei. Leis ordinárias, que podem ser alteradas por maiorias simples, não são adequadas para impor limites a escolhas. Os assuntos regulados por elas podem ser rediscutidos com relativa facilidade.

Diferentes são as leis complementares, que requerem *maioria absoluta* para aprovação. Conseqüentemente, o custo de alterá-las é mais alto e depende de negociações complexas no parlamento. Nessa linha, o melhor exemplo é a Lei Complementar 101/2000, também conhecida como *Lei de Responsabilidade Fiscal*, que

³⁶¹ São vinculações constitucionais: a) Transferências dos arts. 158 e 159 (original na CF88); b) Educação – art. 212, CF (original na CF88) – 25% dos impostos; c) FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação) – (EC 53/2006); d) garantias à ARO – art. 167, IV, CF (original na CF88); e) Vinculação; entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica (original – art. 218, §5º, CF): na Constituição Estadual (art. 205); f) Saúde – art. 198, CF (EC 29/2000) – LC 141/2012; g) fundos de Combate à Pobreza (da União, apenas) – art. 79 ADCT (EC 32/2000) e LC 111/2001 – prorrogada por tempo indeterminado (EC67/2010); h) realização de atividades da Administração Tributária – art. 167, IV, CF (EC 42/2003); i) programa de apoio à inclusão e promoção social – art. 204, CF (EC 42/2003): 0,5% da receita tributária líquida; j) fundo Estadual de Fomento à Cultura – art. 216, §6º, CF (EC 42/2003): 0,5% da receita tributária líquida.

é limitadora de escolhas. Limita, por exemplo, o orçamento público deficitário. No Brasil pós-*Lei de Responsabilidade Fiscal*, que ordenou as finanças públicas, não é possível executar despesas sem previsão de recebimento de receitas. Destaca – tal como a Constituição – a necessidade de manter planos governamentais interligados (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), o que mantém o governo no caminho traçado no início do mandato e exige o cumprimento das escolhas pretéritas.

Limites formais são bastante claros. Estão presentes em normas jurídicas. Complicações maiores serão encontradas a seguir, nos limites materiais.

4.1.3.2. Limites materiais

Os bens são bens econômicos devido a sua escassez e utilidade.³⁶² O ar não é escasso. Portanto, na forma livre, não é bem econômico. É bem livre. Não há motivo para fazer escolhas – “será A ou B quem respirará o ar?”. Se o ar tiver propriedades específicas porque passou por processo industrial de filtração, e for engarrafado, torna-se bem econômico, pois não é livre (é escasso e útil).

A escassez de recursos é o motivo que requer a escolha. Não existindo bens suficientes ao atendimento de todas as necessidades, alocam-se recursos conforme preferências, prioridades, conveniências. A decisão de alocar recursos em finalidade A ou B, tratando-se de decisão privada, não gera custos – de escolha ou externos. Contudo, na esfera pública, há custos. Em primeiro lugar, a escolha entre A ou B tem custo de oportunidade. A decisão tem custos de escolha, se coletivizada; tem custos externos, quanto mais individual for.

Todo direito tem custo.³⁶³ Destarte, para satisfazer necessidades e efetivar direitos exigem-se, obviamente, recursos, cuja origem é, em sua maciça maioria, o patrimônio das pessoas privadas. Como espécie de *receita derivada*, os

³⁶² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*, p. 31.

³⁶³ Para estudar mais sobre o tema, ver: NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, p. 175-179; HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*; AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*, p. 69-85; TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, p. 116-120.

impostos são imprescindíveis ao funcionamento do Estado, hoje fiscal.³⁶⁴ Toda escolha de políticas públicas deve levar em conta as duas pontas da atividade financeira: receitas e despesas. E para que seja ela eficiente, deve levar em conta a captação dos recursos, e não apenas os resultados almejados.

Receitas de impostos não são ilimitadas. Não se tolera – formal e materialmente – sua majoração desproporcional. Diz-se, pois, que a elasticidade não é infinita. Afirma-se que o ponto ótimo de tributação, em sentido paretiano, é o ponto em que há desencorajamento da atividade econômica. O empresário reconhece a necessidade e importância dos impostos. Pode não querer pagá-los, mas entende o porquê do pagamento.

Se bem empregados, os impostos melhorarão a posição dos indivíduos pobres – o Estado prestará serviços e fará a redistribuição. O empresário não terá sua situação piorada, pois receberá frutos do pagamento de impostos – terá funcionários mais preparados, não precisará despender com segurança, mais pessoas poderão adquirir seus produtos. Entretanto, havendo um aumento desarrazoado do valor do imposto, os benefícios não aumentarão, mas a atividade empresarial será prejudicada – desencorajará novos investimentos, por exemplo. A decisão que tenha essa intenção, mesmo que sirva a sustentar uma política pública, não é eficiente e, então, a escolha da política pública é ineficiente.³⁶⁵

A escolha da política quanto à decisão da tributação estão relacionadas. A *Lei de Responsabilidade Fiscal* (Lei Complementar 101/2000), por exemplo, define que para realizar despesas é obrigatória a indicação das receitas. Nesses termos, se houver intenção de promover uma política pública – que, normalmente, dura mais de um exercício financeiro (um ano civil) –, é mister a indicação dos recursos

³⁶⁴ O Estado Fiscal é o Estado que depende das receitas provenientes dos tributos; o Estado Patrimonial é o Estado que depende das receitas provenientes do patrimônio estatal. Para saber mais, conferir: TORRES, Ricardo Lobo. *A liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*.

³⁶⁵ Sobre a *perda absoluta de bem-estar*, devido à exigência excessiva de impostos, ver: ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 239. Segundo lição do professor português, “[u]m Estado que queira minimizar o impacto dos impostos no bem-estar total deverá pois procurar concentrar a carga tributária naqueles mercados em que a procura e a oferta sejam menos susceptíveis de se retraírem, e onde por isso seja menos possível se tornar a ocorrência de uma quebra no volume de transações – a tal quebra que torna irrecuperável a perda do excedente total” (p. 240).

requeridos ou, então, que sejam definidas medidas compensatórias – em busca do equilíbrio econômico-financeiro.³⁶⁶ Essa saída visa a proteger o equilíbrio fiscal, mas defende, indiretamente, o funcionamento correto da atividade econômica.

Em razão desses argumentos, apresentam-se os limites materiais: (a) escassez de bens; (b) captação de recursos limitada; (c) equilíbrio orçamentário. Embora este último seja relacionado a limite formal, pois é a *Lei de Responsabilidade Fiscal* que obriga expressamente – e implicitamente a Constituição –, incluiu-se entre os materiais porque *só se gasta o que se tem*. Somente se fixam despesas se existentes receitas.

A escolha eficiente da política respeita limites materiais. Promover redistribuição extrema, igualando forçada e materialmente todos os indivíduos de uma sociedade, ultrapassa tais limites. Resulta, de maneira errônea, uma brutal piora na situação dos mais ricos, desejando, com premissas falsas, melhorar a condição dos pobres. Economicamente, portanto, seria ineficiente a política (sequer atenderia a função de bem-estar). Portanto, para clarear o debate, faz-se um corte no objeto estudado e considera-se, para fins da análise ora apresentada, que há tributação ótima (*optimal taxation*).³⁶⁷

³⁶⁶ Art. 11 e seguintes, Lei Complementar 101/2000.

³⁶⁷ Para o estudo da montagem de um sistema tributário eficiente, conferir a *teoria da tributação ótima*, que tem como fundamento a *welfare economics*. Para tanto, pesquisar em: KAPLOW, Louis. *The Theory of Taxation and Public Economics*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 53-79; LAGEMANN, Eugênio. *Tributação ótima*. Este autor afirma que: “A tributação ótima tem como meta oferecer sugestões de ordem qualitativa que sejam consideradas como marcos de orientação por ocasião da concepção e da implantação de sistemas tributários ótimos – *tax design* – ou da alteração de sistemas tributários já existentes – *tax reform* (Atkinson; Stiglitz, 1980, p. 423; Rose; Wiegard, 1983, p. 15).”

“Na derivação de suas sugestões, a tributação é examinada de acordo com suas funções econômica – de influir na alocação dos recursos para a produção de bens e serviços – e redistributiva – de afetar a distribuição da renda entre os indivíduos. As funções administrativa – de fornecer os recursos necessários ao financiamento do gasto público – e política – de relacionar os gastos à receita tributária – são consideradas como executadas.” (p. 405)

Ou, como expõe Stiglitz, “Uma estrutura tributária é eficiente no sentido paretiano se não existe outra que faça indivíduos melhorarem suas posições sem que outros indivíduos tenham a deles pioradas; uma estrutura tributária ótima, dada uma função do bem-estar social específica, é a estrutura tributária eficiente no sentido paretiano que maximiza a função do bem-estar social”. (STIGLITZ, Joseph. *Economics of the Public Sector*, p. 553)

4.2. As escolhas sob o argumento *interesse público*

Ao se decidir sobre alocações de recursos, a determinação de políticas públicas, ou qualquer atuação administrativa fala-se em agir para preservar o *interesse público*. A concepção que se adota sobre o tema pode influir profundamente quando o assunto é a eficiência da escolha de políticas públicas. Agir no *interesse público* não produz escolha de política pública eficiente por si só. E não se trata de despesas públicas que atendam ao *princípio do interesse público*, alcançando os fins e descurando da gestão orçamentária, mas da própria concepção de eficiência, de escolha eficiente.

A busca pela satisfação do *interesse público* pode trazer resultados não tão eficientes, em especial se não se souber qual o seu conteúdo, segundo preocupação de C. W. Cassinelli, que afirma que a ambiguidade do termo *interesse público* requer um estudo mais detido.³⁶⁸ Destarte, uma política pública pode alcançar seu fim, ter qualidade adequada, mas pode não ser eficiente, já que não geriu adequadamente recursos disponíveis, ou teve custos que ultrapassam o benefício (como o *custo de oportunidade*, o *custo resultado do tempo de discussão*, o *custo social*), ou o processo de escolha não foi adequado.

O termo *interesse público* é adotado, costumeiramente, como sinônimo de *interesse da sociedade*, *bem de toda a coletividade*, *vontade do povo*, *vontade geral*³⁶⁹. Os agentes públicos decidem conforme esses postulados: questões públicas são decididas e justificadas com fundamento naquilo que se entende *interesse público*. Na doutrina brasileira de Direito Público, entende-se que o termo não se confunde com a soma dos interesses privados – estes não podem conflitar com aquele. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “interesse público deve ser conceituado como o

³⁶⁸ CASSINELLI, C. W. *Some reflections on the concept of the public interest*, p. 48-49.

³⁶⁹ Numa perspectiva rousseauiana, seria possível separar a vontade geral e a vontade de todos. A vontade geral seria a vontade representada pelo Estado; a vontade de todos, a vontade da maioria. Não há, pois, um conceito rousseauiano de vontade orgânica, mas reconhece que a vontade da maioria é representativa da chamada “vontade de todos”. Importante destacar que, conforme Rousseau “uma vontade particular pode concordar num ponto qualquer com a vontade geral, mas nunca este acordo será duradouro e constante; porque a vontade particular, pela sua natureza, tende para a preferência e a vontade geral, para a igualdade” (ROUSSEAU, Jean Jacques. *Contrato Social*, p. 33)

interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”, conceito largamente repetido pela doutrina.³⁷⁰ Ainda, “a expressão *interesse público* pode ser associada a *bem de toda a coletividade*, à percepção geral das exigências da vida na sociedade”³⁷¹. E, enfim, a “vontade coletiva, portanto, consubstancia o *interesse público*, expressão que equivale à aspiração de toda a coletividade”.³⁷²

De fato, escolhas não devem ocorrer sob o manto de um interesse superior da coletividade – *interesse público* –, de conteúdo volátil e sem rigor científico. Kenneth Arrow demonstrou que a decisão coletiva não será eficiente em território plenamente democrático – não se encontra o *bem-estar social*. Ademais, a teoria da *social choice*, deste autor, indica que, mesmo quando, individualmente, pessoas coerentes fazem escolhas racionais, o resultado, numa discussão coletiva, pode ser irracional. E, nesse sentido, o que se entende por *interesse público* ficará comprometido. Tal como afirmava Joseph Schumpeter, as decisões que são tomadas partindo das vontades individuais não poderiam ser, simplesmente, representativas da *vontade do povo*, em especial com relação àquelas sociedades em que existam vontades individuais muito diferentes e que seria pouco provável descobrir o que o “*povo deseja realmente*”.³⁷³

Uma discussão que seja pautada por um *interesse público* padece do risco de produzir efeitos viciados, influenciando negativamente a decisão. Desfigurar a decisão coletiva ao pugnar pelo atendimento a um “princípio” do *interesse público* – ou, ainda, da *supremacia do interesse público*³⁷⁴ – prejudica o processo político. É claro que a crítica aqui oposta depende do que se compreende como *interesse público*. Mais simples definir o que não é: a) não é a vontade da coletividade, seja como somatório ou como vontade homogênea; b) não é a vontade do soberano; c) não é a vontade da

³⁷⁰ MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 51

³⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 157

³⁷² PESTANA, Marcio. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 14.

³⁷³ SCHUMPETER, J. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. FERREIRA, Nuno Miguel Miranda. O conceito de democracia segundo Joseph Schumpeter, p. 15-17.

³⁷⁴ Cf. nota 134.

maioria. Nenhuma das definições é suficiente, sozinha. O que se pode dizer é que o *interesse público* é um amálgama que abrange todas esses conceitos. O processo político, a sua complexidade, não permite que se defina, peremptoriamente, o que se entende pelo termo, pois é fluido, varia conforme a decisão é tomada.

O conceito de *interesse público*, como apresentado pela doutrina jurídica, parece carecer de fundamento. Não como um *bem da coletividade*, o *bem-comum*, como a função de *bem-estar social*, como *vontade homogênea*. São crenças que os indivíduos possuem, as quais servem de guia de decisão; são valores. E esses valores não são, necessariamente, homogêneos, mas heterogêneos, mudam conforme o grupo social. Enfim, o processo político não admite uma só definição.

Deve-se apresentar uma noção do *interesse público* que pode pautar decisões coletivas. As escolhas públicas ocorrem em processos políticos individuais ou coletivos. É preciso, como estudado, ponderar se um tema deve ser coletivizado ou não. Será de *interesse público* o resultado da escolha individual ou coletiva, desde que respeitoso ao ordenamento jurídico.

Portanto, em certas situações o governo será incumbido no papel de sujeito que pode definir qual é a decisão que atenderá o *interesse público*. Sua decisão se baseará na visão – pessoal, ideológica, republicana – que considera correta e mais adequada politicamente e poderá determinar se a decisão atende aos interesses público e privado. Se será ele altruísta, não se sabe. Sob a *public choice*, o egoísmo dos agentes é uma das bases nas quais se erigem a teoria e, como visto, é mais comum, se comparado ao altruísmo.

É constante o debate sobre o raciocínio que move o funcionamento das engrenagens políticas, pois sempre se questiona se os indivíduos são egoístas ou altruístas. O assunto não é desimportante. É basilar para entender o mecanismo de escolhas. Ao compreender os participantes do processo decisório como egoístas, as decisões serão tomadas apenas com referências aos interesses particulares, desde que o seu custo não interfira na obtenção de votos. Para Anthony Downs, os

políticos buscam maximizar seus votos.³⁷⁵ São egoístas, primordialmente. Todavia, deixa o autor um caminho aberto para ações altruístas – diga-se, não são impossíveis de ocorrer.

Nos termos expostos por Downs o agente não é egoísta no sentido de se beneficiar com a decisão política em si, ou seja, ele tem interesse nos votos, não na política propriamente dita. Ele escolhe para produzir efeitos sociais benéficos para receber votos em troca. A diferença com a *public choice* é esta. Contudo, as duas teorias estão ligadas por um mote comum: os agentes visam à maximizar seus benefícios ou de seus grupos, podendo, se minoria, se coligar para alcançar seus objetivos. Há egoísmo: em certos momentos agem pensando em votos; em outros, pensando em promover seu bem-estar ou de seu grupo diretamente, mediante suas decisões políticas.

O governo realiza *escolhas* visando a obter votos – e escolhe com fundamento num *interesse público*, que na verdade representa seu interesse em reeleição, ou escolhe visando a defender seus interesses diretamente. Pode ele escolher uma política pública que beneficie seu grupo – e obtenha votos, mesmo que dessa escolha resulte perda de votos dos outros grupos; ou pode ele escolher uma política que, mesmo não atendendo especificamente seus interesses ou de seu grupo, pode obter mais votos, em especial, se o grupo para o qual vota, nesse momento, for maioria.

O resultado da escolha representará o *interesse público*, o que permite concluir que não é o *interesse público*, nos moldes apresentados, um princípio. Não é um guia a ação governamental; pelo contrário, pode ser seu resultado. E não se confunde – de fato, contesta – com o *princípio do interesse público* exposto pela doutrina. Claro, se a intenção de elaborar uma norma jurídica, um princípio altruísta, voltada à educação, a dirigir o pensar e agir do governo, configurando-se um espírito, nenhum óbice pode ser colocado. Contudo, como um fundamento desse escrito é apresentar a *política sem romance* e sua aplicação ao Direito, não é concebível uma visão romantizada. Deve-se expor o cenário concreto, real,

³⁷⁵ DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 43-56.

pragmático da atividade da escolha política. E nela não se encaixa o tradicional conceito de *interesse público*.

Semelhante é a escolha realizada ao se coletivizar completamente uma decisão. Nesse caso, haverá sujeitos com opiniões diferentes sobre o tema objeto da discussão. Da mesma forma que o cenário anterior, pode-se pouco suspeitar de atos [puramente] altruístas; as decisões individuais serão egoístas. Os atores tentarão obter benefícios para si próprios – ou, ao menos, não desejarão piorar sua posição. As trocas irão acontecer entre os participantes (*logrolling*). O *interesse público* será, verdadeiramente, a decisão resultante do processo, desde que não conflite com normas jurídicas pré-escolhidas.

Mister anotar que há decisões que são, ao mesmo tempo, individuais e coletivas. Escolhas promovidas por um representante, que tem poder de agenda, aprovadas por um colegiado, que tem poder de veto. No Brasil, as decisões orçamentárias e relacionadas a políticas públicas respeitam esse esquema: o governo escolhe, define prioridades e metas, elabora planos e depende da aceitação do parlamento. A conjunção das duas decisões (governo e parlamento) produzirá o *interesse público*. Então, o governo não escolhe conforme o *princípio do interesse público*, mas a sua decisão – coletiva ou individual – será a representante deste *interesse público*. Em outras palavras, o resultado da escolha pública será o *interesse público*, e não o *interesse público* que pautará a escolha pública.

Maximizar o apoio político, nas palavras de Downs, é a finalidade do governo, que “executa aqueles atos de gastos que ganham a maior quantidade de votos por meio daqueles atos de financiamento que perdem a menor quantidade de votos”.³⁷⁶ Sob essa lente, agem o governo e o parlamento no sentido de beneficiar a si próprios, escolhendo políticas públicas que resultem votos.³⁷⁷ Afirmar essa visão sobre o ato de escolha – ou o ato de governar – não conflita com o que se expôs,

³⁷⁶ DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 71.

³⁷⁷ “Os gastos são aumentados até que o ganho de votos do dólar marginal gasto iguale a perda de votos do dólar marginal financiado”. (DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 71-72)

anteriormente. Molda, a partir dos argumentos, uma nova concepção de *interesse público* que não coexiste com o antigo.

Esses argumentos servirão adiante, ao se chegar naturalmente à conclusão de que o critério de eficiência a ser aplicado à escolha de políticas públicas engloba elementos técnicos e políticos, com prevalência destes.

4.3. Eficiência da escolha como argumento político e técnico

Se a eficiência da escolha das políticas engloba decisões técnicas e deliberações democráticas, deve ser considerada como critério político e técnico (econômico) simultaneamente. O primeiro refere-se ao resultado escolha política, coletiva e individual, ou seja, que considera os elementos eleitorais, de embate entre maiorias e minorias, de conveniência. O segundo, também aplicável à escolha individual ou coletiva, leva em consideração elementos concretos de aplicação de recursos públicos, reconhece os limites formais e materiais, aplica melhor os critérios de eficiência e de alocação.

Como argumento político, a eficiência da decisão surge se obediente às normas de deliberação, se há trocas entre os participantes, se nenhum sujeito foi prejudicado – em qualquer dos sentidos apresentados (lembrando que se presume *tributação ótima*). A democracia envolve conflitos de necessidades e de interesses, individuais e de grupos. O problema é que, caso a maioria subjugu a minoria – considerando grupos coesos e rivais – haverá benefícios à maioria e prejuízos à minoria. Sendo assim, deve haver o equilíbrio entre as pretensões e a obtenção de vantagens para que se cumpra a própria Constituição.

A regra da maioria pode não ser a ideal, a unanimidade seria, mas na sua impossibilidade adotam-se as teorias de eficiência e da escolha, cujo objetivo é o alcance do consenso, que é a saída satisfatória. Verdade que a Constituição é uma barreira, um trunfo contra as maiorias. Porém, algumas decisões políticas permanecem dentro dos limites constitucionais e, mesmo assim, causam prejuízos às minorias. Um exemplo é o atendimento às necessidades públicas do grupo A,

cumprindo o mínimo de aplicação de receitas de impostos em políticas de educação – está de acordo com a norma constitucional –, mas os recursos não são suficientes para o grupo B. Ora, não há, *a priori*, inconstitucionalidade – não haverá controle pelo Poder Judiciário, já que a decisão é política, uma opção dos indivíduos envolvidos na escolha.

Por isso, a decisão, não obstante respeite a Constituição, pode, assim mesmo, não prestigiar a minoria ou determinados grupos sociais. Como a unanimidade tem custo muito alto, a solução é o consenso. Como ordenar as pretensões individuais para buscar políticas públicas eficientes? A resposta reside na negociação mediante troca de votos (*logrolling*). E o procedimento deve permitir essa modalidade de votação, visando a proteger as minorias.

Concomitantemente, a escolha, pautada em critério de eficiência, é também técnica. Pondera custos e benefícios e procura a melhor relação entre os dois (procura maiores benefícios líquidos). Determina a política pública distributiva ou não. Promove a *maximização da riqueza*. Cada um dos indivíduos que decide realiza a ponderação individual, mas, no caso brasileiro, vale a decisão de quem tem o poder de agenda. O governo tem a prerrogativa de escolher em qual finalidade alocar recursos. A análise primordialmente técnica é a dele. A correta ponderação será o ponto de partida para políticas que atendam ao princípio constitucional da eficiência. A escolha será pautada por critérios que não são convenientes, mas tecnicamente adequados, e os critérios de eficiência podem se densificar para aplicação na decisão.

A previsão constitucional de algumas políticas públicas obrigatórias – as *vinculações constitucionais* – reduzem a margem de discricionariedade ao governo. Essas *escolhas amplas* constitucionais foram mais políticas e menos técnicas, pois decididas somente pelo parlamento (diretamente na Constituição). Há necessidade de aplicar recursos, independentemente da situação fática. Mesmo outras políticas não obrigatórias – preservação ambiental, valorização da liberdade de expressão, por exemplo –, mas previstas na Constituição tendem a ser fruto de escolhas

políticas não fundadas em análise técnica – e obtém apoio da maioria – presume-se, já que constitucionalizadas. A eficiência, nesse sentido, é política.

Escolhas específicas, ao contrário, tendem a ser técnicas, e menos políticas. Aplicar recursos em política pública de saúde, especificamente na finalidade *hospital público*, gera embates entre sujeitos com interesses diversos. Discute-se como, onde, para quê alocar recursos, mas a resposta não pode, simplesmente, atender à conveniências políticas.

Tome-se a seguinte situação: programa voltado à combater enfermidade transmitida por mosquitos em certa localidade. Todos concordam que uma política de combate é necessária. Portanto, obtém-se o consenso (do governo e parlamento) na *decisão ampla*. A decisão é principalmente política e sequer se preocupa com a disponibilidade de recursos. É eficiente se obtém-se o consenso (presume-se que todos serão beneficiados, direta ou indiretamente). Em seguida, requer-se a *decisão específica* (os meios e instrumentos). Aqui não se permite uma decisão somente fundada em critérios políticos, mas necessária também a análise técnica. A decisão individual é recomendável, pois terá habilidades superiores para apreciação da situação fática, dos instrumentos disponíveis, dos limites formais e materiais. Coletivizar a decisão terá custo deveras elevado. O consenso não será obtido com facilidade, pois interesses contrapostos existirão.

Desta sorte, o governo escolhe técnica-politicamente; e o parlamentar, política-tecnicamente. Um prepondera sobre o outro, em cada um dos momentos da atividade de escolha das políticas. É correto defender, com base nessa constatação, que a visão da eficiência varia conforme o governo e maioria. De tempos em tempos, a eficiência ganha novos contornos, sofre influências ideológicas, fáticas, normativas. Embora a Constituição traga em seu texto o *princípio da eficiência*, essa norma deve ser interpretada por cada um dos participantes do processo de escolha

4.3.1. Escolhas individuais e coletivas

Nos Estados Unidos, o procedimento de escolhas orçamentárias difere do brasileiro. Como se diz entre os norte-americanos, o Congresso possui o *poder da bolsa*, expressão derivada da disposição constitucional “nenhum dinheiro deve ser retirado do Tesouro, mas apenas por consequência de dotações previstas na lei”.³⁷⁸ O parlamento norte-americano detém mais poderes orçamentários que o parlamento brasileiro (poder contido, em nome do equilíbrio orçamentário, pelo *Budget and Impoundment Control Act - 1974*)³⁷⁹, mas, atualmente, é no Presidente que a competência de elaboração da proposta orçamentária se fixa. Em outras palavras, o Presidente elabora o *seu* orçamento, embora o Congresso detenha competência suficiente para promover profundas alterações (desde que respeite o equilíbrio orçamentário, nos termos da lei).³⁸⁰

O modelo brasileiro de decisão orçamentária – que, para fins deste trabalho, é a escolha de políticas públicas que exigem recursos – envolve decisões conjuntas entre os poderes da República. Os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo possuem competências definidas constitucionalmente. É atribuição do Presidente da República, que representa o governo, o Poder Executivo, a maior

³⁷⁸ Tradução livre do art. 1º, seção 9: “No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time”.

³⁷⁹ A lei do “Orçamento e controle da contenção” teve como finalidade fazer com que a atividade legislativa relacionada ao orçamento público fosse mais compreensiva e responsiva (LELOUP, Lance T. *From Microbudgeting to Macrobudgeting: Evolution in Theory and Practice*, p. 19-20). Essa lei de 1974 foi emendada algumas vezes (pela *Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act - 1985*, *Budget Enforcement Act - 1990*, *Omnibus Budget Reconciliation Act - 1993*, *Balanced Budget Act - 1997* – ver quadro explicativo em GOSLING, James. *Budgetary Politics*, p. 148)

“Reconciliação – ou reequilíbrio – é um procedimento sob a Lei do Orçamento do Congresso – *Congressional Budget Act of 1974* – pelo qual o Congresso implementa políticas orçamentárias afetando especialmente despesas e receitas permanentes. O principal objetivo na reconciliação era a redução do deficit, mas em anos recentes a reconciliação englobava a redução da receita de forma geral e aumento de despesas em determinadas áreas. Embora a reconciliação seja um procedimento opcional, ela foi usada em muitas oportunidades desde 1980. (KEITH, Robert. *The Budget Reconciliation Process: The Senate’s “Byrd Rule”*).

³⁸⁰ “O Congresso considera a proposta de orçamento do Presidente e o aprova, modifica-o, ou desaprova-o. O Congresso pode mudar os níveis de financiamento, eliminar programas, ou adicionar programas não elencados pelo Presidente. Podem adicionar ou eliminar impostos e outras fontes de recebimentos ou fazer outras alterações que afetam a quantidade de receitas coletadas”. (USA. *Budget concepts and budget process*. p. 116)

parte das escolhas relacionadas às políticas públicas³⁸¹ e ao parlamento, o Legislativo, a aprovação. O Judiciário, assim como os demais poderes, escolhe as suas despesas – as quais podem estar relacionadas à políticas públicas ou não. Excluir-se-á, por motivos didáticos, o Poder Judiciário, por não ser o promotor principal dessas políticas.

O custo das escolhas individuais – pelo governo – é menor – não inexistente, pois não se trata de regime ditatorial –, comparando-se ao custo das escolhas coletivas. É de responsabilidade do governo a decisão sobre como alocar recursos atendendo aos critérios de eficiência expostos.

Embora a *welfare economics* seja encarada com desconfiança, e impossível de ser alcançada, é uma linha que pode seguir o governo. O fim desejado é encontrar benefícios para todos sem prejudicar nenhum indivíduo. Como afirma Edith Stokey e Richard Zeckhauser, “o bem-estar individual é o fundamento para avaliação” das políticas públicas.³⁸² É o mesmo que dizer que a política pública será eficiente, ou seja, obtenção do consenso – existindo A, B e C, todos tenham benefícios, diretos ou indiretos –, diante da impossibilidade de se obter a unanimidade nas decisões. A ideia, que se repete no trabalho, é: em razão dessa impossibilidade – a unanimidade – “algum método para escolhas entre alternativas de preferência paretiana deve ser encontrado”.³⁸³

Ordenar preferências individuais é um desafio quase intransponível e o consenso mediante troca de votos (*logrolling*) pode ser a solução, mesmo no caso da escolha individual. De fato, a concessão de recursos orçamentários aos parlamentares, em forma de *emendas à proposta orçamentária*, é uma espécie de troca de votos, em que o agente com poder de agenda negocia com os agentes com poder de veto para obter uma decisão com custo menor.³⁸⁴

³⁸¹ Basta observar o art. 165 da Constituição de 1988 (Competência exclusiva do Presidente da República a elaboração dos planos orçamentários).

³⁸² STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*, p. 262.

³⁸³ MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*. In.: BUCHANAN, James M. TOLLISON, Robert D. *The Theory of Public Choice – II*, p. 50, tradução livre.

³⁸⁴ Além do *logrolling* em suas variadas formas, os parlamentares utilizam do *pork* (v. nota 214).

O problema da escolha permanece na decisão coletiva. Como manter, ou encontrar, elementos capazes de produzir escolhas eficientes? Questões orçamentárias, que interferem na efetivação de políticas públicas, não podem ser coletivizadas completamente. Indubitável a importância e necessidade da coletividade nas decisões de governo – a participação popular é imprescindível às boas escolhas –, embora não seja adequado ao conceito de eficiência exposto transmitir o ônus da escolha ao parlamento ou aos cidadãos.

Anthony Downs demonstra que o sujeito participante de decisões políticas tem como fim a maximização de sua utilidade, que se consubstancia em votos. A ideia é perfeitamente aplicável ao raciocínio do parlamentar. Ao exigir a oportunidade de apresentar propostas de despesas públicas – as emendas parlamentares –, admitindo essa hipótese mesmo que não esteja expressa na Constituição, não tem intenção de beneficiar seus eleitores somente por ser altruísta, mas para obter benefício eleitoral. Essa situação é a constatação da forma de pensar e agir do parlamento.

Não se analisa se as emendas parlamentares e a atuação dos congressistas são éticas ou não (muitas vezes, não são). Apenas admite-se que não há como o governo obter apoio à proposta orçamentária sem que as trocas ocorram. E, mesmo que essa prática seja vulgarmente condenada, e embora os recursos financeiros sejam ínfimos comparados aos valores totais do orçamento público³⁸⁵, pode ser utilizada para fins constitucionalmente protegidos (por exemplo, pode servir a atender aos interesses da minoria).

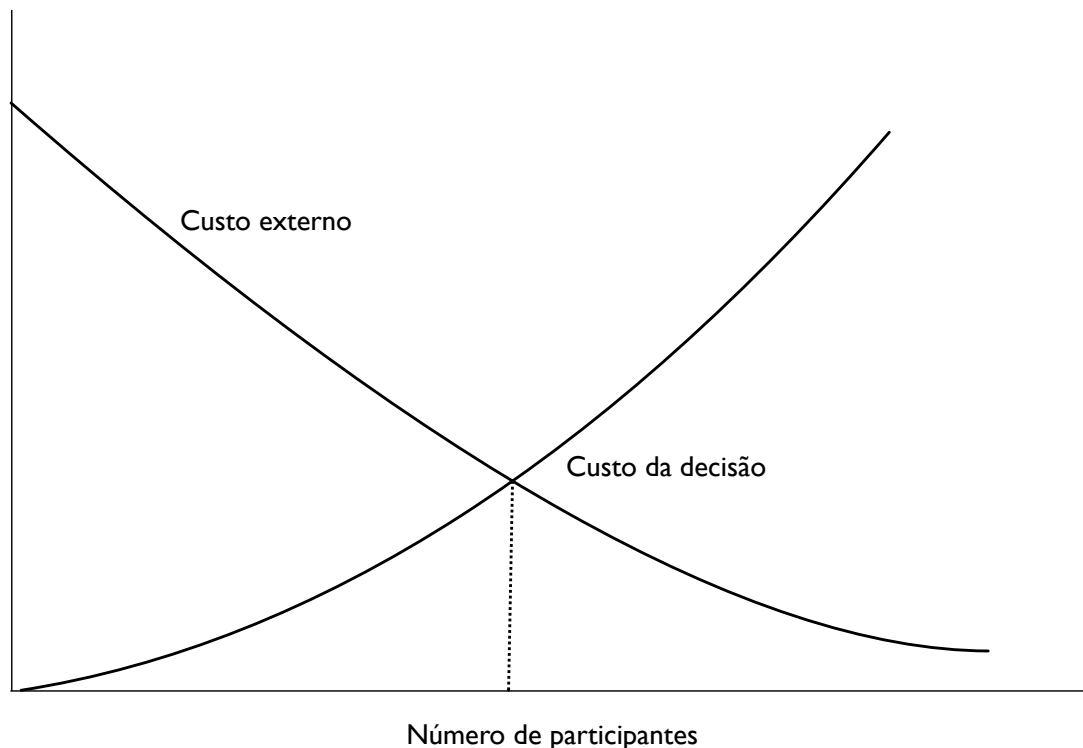
³⁸⁵ Para a Lei Orçamentária Anual de 2012, o valor total das emendas foram, aproximadamente: a) emendas de bancada: 9,6 bilhões de reais; b) emendas de relator: 15,3 bilhões de reais; c) emendas individuais: 8,9 bilhões de reais (15 milhões de reais por parlamentar); d) emendas de relatores setoriais: 5,4 bilhões (fonte: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2012/parpre/parteb.pdf>). A previsão de receita e despesa, no Orçamento Fiscal de 2012 (sem considerar o orçamento da previdência e o refinanciamento da dívida) foi de, aproximadamente, 950 bilhões de reais.

O estabelecimento da agenda recai sobre o governo. É ele quem pode propor e modificar políticas públicas e despesas orçamentárias.³⁸⁶ Os parlamentares são os agentes com poder de veto. A escolha da alocação de recursos é, no Direito brasileiro, individual, preponderantemente. É claro que há movimentação política que influi na decisão (até mesmo por meio de audiências públicas), mas, formalmente, quem decide é o governo, que elabora sua proposta orçamentária e a encaminha ao parlamento, que deliberará sobre ela, podendo, em tese, aprová-la ou devolvê-la.

Coletivizar a decisão não traria decisão eficiente no sentido técnico. As ponderações necessárias à escolha eficiente não são realizadas no âmbito do parlamento ou qualquer outro colegiado de forma satisfatória, devido ao já demonstrado egoísmo e conflito de interesses que existe entre parlamentares e entre partidos. Não obstante, cada decisão a ser tomada obedece a um processo específico no que concerne à ponderação entre os custos de decisão e os custos externos. No sistema brasileiro, algumas serão mais coletivas (não totalmente coletivas), e outras mais individuais (não totalmente individuais).

O custo da decisão, em comparação com o custo externo, pode ser representado graficamente da seguinte forma:

³⁸⁶ Essa posição é exposta por TSEBELIS, George. *Atores com Poder de Veto*, p. 123. No Brasil, tanto as decisões orçamentárias quanto as decisões que envolvam (à exceção do art. 63, *in fine*, da Constituição) são de competência do chefe do Executivo.



O encontro das duas linhas é o ponto ótimo da relação entre a decisão individual e a decisão coletiva. É preciso, caso a caso, determinar qual o ponto ótimo da tomada de decisão. No exemplo acima, diante da tecnicidade da escolha específica, a decisão coletiva deve ser minimizada, priorizando a decisão individual. Sendo assim, é o governo que mantém o maior número de decisões orçamentárias.

Quanto mais complexa a decisão, envolvendo questões técnicas e econômicas, menos coletiva deve ser. No mesmo sentido, quanto mais urgente for, mais individual deve ocorrer. O ponto ótimo do gráfico acima se moveria para a esquerda na abscissa (menor número de participantes).

A partir da análise do gráfico – considerando que sempre haverá custos externos e custos de decisão, embora sejam inversamente proporcionais –, em conjunto do que regula a Constituição Federal – referente aos processos legislativos, ao governo –, não há decisões somente individuais ou somente coletivas: sempre são formadas a partir de ambas, com pesos particulares para cada caso. Por exemplo, a tomada de decisão e escolha da alocação de recursos escassos, porém suficientes a

atender a maior parte das necessidades públicas (*escolha fácil*) pode ser mais coletiva que as decisões sem abundância de recursos (*escolhas difíceis e decisões trágicas*). *Escolhas trágicas*, ao contrário das duas, deve ser minimamente coletivizada, diante da necessidade de ponderar critérios técnicos complexos.

Escolhas relacionadas à política urbana – outro exemplo – podem ser coletivizadas em razão do tempo disponível para decidir e pela influência que as decisões terá nas pessoas. É possível, de início, aumentar a participação popular para, somente após, institucionalizar o procedimento, passando à fase da decisão individual do governo.

A eficiência da decisão, se o procedimento estiver bem definido, será alcançada. Como ressaltou-se, as ponderações requeridas, aplicando os conceitos de eficiência econômica, são melhor promovidas se realizadas por agentes individuais; as decisões tomadas em colegiados tendem a promover os próprios agentes, os quais terão de escolher baseados nos resultados eleitorais. O papel importante do parlamento é que haverá, ao contrário da decisão individual tomada pelo governo, a possibilidade do consenso. Juntas – decisão individual e decisão coletiva – promoverão a eficiência da decisão, fazendo a relação da decisão política e decisão técnica, da ponderação econômica e do consenso, adequada.

Visto que a relação entre decisão individual e coletiva, que é o embate entre governo e parlamento, é lícito sintetizar de outra forma o que se expôs, até o momento:

Escolha	individual	coletiva
ampla	política - / +	política + / +
	técnica + / -	técnica - / -
específica	técnica + / +	política + / -
	política - / -	técnica - / +

As escolhas realizadas podem ser, conforme o quadro, políticas ou técnicas. Há, pois, quatro níveis diferentes, mais como exemplificativo a um rol

fechado de possibilidades. As informações poderiam ser apresentadas numa linha *dégradé* em que num extremo a decisão é técnica-econômica (individual, específica), enquanto no outro extremo está a decisão política (coletiva, ampla). Essas extremidades não são consideradas, pois sempre haverá decisões simultaneamente individuais e coletivas, mas com diferentes graus de cada uma delas.

A partir dessa construção, é permitido afirmar que os extremos não representam escolhas eficientes. De um lado, a decisão pura individual e técnica confunde-se com regimes ditatoriais, pois ignora a deliberação coletiva; do outro, a decisão coletiva pura infraconstitucional³⁸⁷ abandona os critérios de eficiência, bastando que exista uma maioria que sobrepuja a minoria (mesmo que seja sob limites constitucionais). O ordenamento jurídico brasileiro não tolera nenhuma das duas situações.

Assim, se se observa um fato extremo, que justifique a adoção de medida provisória pelo governo para abertura de créditos extraordinários (art. 167, §3º da Constituição), com o fim de atender despesa imprevisível e urgente, a despeito de a decisão ser individual (ao menos, *a priori*, pois depende de aprovação do parlamento, mais tarde)³⁸⁸, ela não é somente técnica, mas também política. Por ser também política, o controle pelo Poder Judiciário, quanto aos requisitos ensejadores da medida provisória, é difícil.³⁸⁹ A parte da decisão que é considerada *ampla* será não-controlável pelo juiz, pois parcialmente política; a parte específica, apenas quanto aos elementos objetivos apresentados na motivação do ato. Fora isso, não pode haver o controle.³⁹⁰

³⁸⁷ Diz-se *infraconstitucional* a decisão que pressupõe a existência de uma Constituição. As decisões coletivas puras podem ocorrer no nível constitucional, no *poder constituinte derivado*.

³⁸⁸ Art.62, Constituição de 1988. Cabe dizer que mesmo a *medida provisória*, cuja decisão individual do governo é requisito suficiente para sua existência, depende também do parlamento. É necessário que, nos termos do art. 62, §2º da Constituição de 1988, ela seja convertida em lei, pelo Congresso Nacional, além de que, imediatamente, deve ser submetida à apreciação de Comissão Mista (art. 62, §5º, Constituição de 1988). A medida sofre controle da decisão coletiva, portanto, mesmo que *a posteriori*.

³⁸⁹ O Supremo Tribunal Federal, entretanto, entende que leis orçamentárias podem sofrer controle de constitucionalidade: ADI 4048 - MC.

³⁹⁰ Exemplo: entendendo emergencial, a Presidente da República, por meio de medida provisória (MP 553/2011), abriu créditos extraordinários, no valor de R\$ 533.581.700,00 para a "implantação do Centro Nacional de Monitoramento e Alerta de Desastres Naturais", "Cooperação em Ações de

Na outra ponta, as decisões coletivas puras infraconstitucionais também não são admitidas, pois, mesmo respeitantes de limitações constitucionais, poderão provocar um perene prestígio da maioria em detrimento à minoria com relação a algumas decisões - considerando que a maioria não se altera. É certo que as maiorias podem tomar decisões coletivas que podem vir a prejudicar minorias, a despeito da observância da Constituição.

Na hipótese de decisões coletivas puras constitucionais, diante do exposto na Constituição de 1988, art. 60, é permitida a apresentação de propostas de emendas constitucionais advindas do parlamento. Não há incongruência com o que se expôs. Contudo, nem toda proposta há de ser admitida, devido à incompatibilidade não apenas com normas constitucionais - o que produz antinomias -, porém com a própria noção de escolhas orçamentárias. Não se toleram - ou não devem ser toleradas - escolhas de políticas públicas e orçamentárias perpetradas por decisões coletivas puras, sem qualquer participação do governo, mesmo que essas decisões ocorram no âmbito do Poder Constituinte Derivado, justamente por violar as condições de eficiência aqui demonstradas.³⁹¹

Defesa Civil”, “Apoio a Obras Preventivas de Desastres”, “Ações de Defesa Civil”. A escolha ampla poderia ser entendida como “monitoramento e ação contra desastres naturais”, que é uma escolha política, embora o seja menos que as decisões do parlamento. A alocação de recursos é definida, amplamente, de acordo com disposições políticas, com intuito de promover a melhoria dos locais afetados por desastres naturais e, por evidente, para prosseguir no programa de governo, o que pode garantir votos. É uma opção, uma escolha, não tolerável a interferência do Poder Judiciário. No entanto, na escolha específica (como a construção de “Centro Nacional de Monitoramento e Alerta de Desastres Naturais), a despeito da conotação política (pois é derivada da escolha ampla), tem conteúdo econômico. É necessário, portanto, elaborar estudos em que se adotam conceitos de eficiência, expostos neste trabalho. Portanto, se o governo for interventivo poderá promover redistribuição de recursos mediante processos dessa natureza, desde que se produza um benefício coletivo. Nesse caso, a demonstração da eficiência da escolha seria: executar as despesas para que elas produzam mais benefícios que o custo da medida.

³⁹¹ Como exemplo, possível afirmar que as exceções ao *princípio da não-afetação* (art. 167, §4º, Constituição) desatendem à ideia impressa neste trabalho. As emendas constitucionais que definiram despesas coletivizaram, totalmente, a decisão orçamentária. Ou seja, permitir que se definam despesas públicas por emendas constitucionais é o mesmo que reduzir a zero a participação individual do Poder Executivo e desconsiderar, de toda a forma, os critérios técnicos em detrimento aos critérios políticos, evidenciando-se problemas de eficiência da escolha. Inexiste, na Constituição, norma expressa que impeça que matérias orçamentárias sejam objeto de emendas constitucionais. Retira-se a norma da interpretação do texto constitucional. É, destarte, incoerente com a pretensão de eficiência que se imponham despesas (ou políticas públicas) por intermédio de emenda constitucional. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação 1268-9, anterior à

A conclusão a que se chega nesse momento é que: (a) todas as decisões referentes a políticas públicas que requerem recursos exigem escolhas individuais e coletivas; (b) decisões individuais são políticas, mas sobretudo técnicas, sendo pautadas por elementos concretos capazes de motivar adequadamente as decisões; e (c) decisões coletivas são políticas, servem para permitir o atendimento dos interesses das minorias, especialmente daquelas que não estão integradas ao governo. Sintetizou-se, assim, a relação entre as decisões do governo e as deliberações do parlamento.

4.3.2. A regra da maioria e decisões técnicas

As decisões orçamentárias brasileiras, escolhas técnicas, primordialmente, cabem ao governo, enquanto que o parlamento, do mesmo modo, fica com as escolhas políticas. As escolhas políticas podem rever escolhas técnicas sem qualquer motivo, desde que atenda a separação das competências prevista na Constituição. Admissível, então, que critérios políticos, desde que não conflitantes com a Constituição, podem fazer abandonar a escolha técnica realizada pelo governo.

Sendo o governo competente para iniciar o processo legislativo orçamentário, elaborando o plano do orçamento, é sua responsabilidade de principiar o processo das escolhas eficientes. Deve aplicar critérios de eficiência, definindo, assim, os objetivos das políticas públicas, submetendo, então, ao

Constituição de 1988 (julgamento em setembro de 1985) decidiu que: “A emenda à Constituição estadual, resultante de proposta de Deputado, como instrumento de majoração do estipêndio do servidor e aumento da despesa pública, tem sido reiteradamente considerada, pelo Supremo Tribunal, como incompatível com a Carta Federal, quer sob o prisma de atentar contra a independência dos Poderes (art. 6º), quer por desobediência ao processo legislativo, obrigatório para os Estados (art. 13, III), quer, finalmente, pela supressão da iniciativa do Poder Executivo (art. 57, II, V)” (Voto do Relator Octavio Gallotti).

Ainda, “[a] principal crítica às vinculações constitucionais é que engessam o orçamento, retirando da Administração e do próprio Legislativo a competência discricionária para as escolhas acerca dos investimentos e das políticas sociais. Constituem instrumento pouco democrático porque transformam em regras superiores as escolhas dos partidos políticos, que deveriam ficar ao sabor das manifestações da cidadania nas eleições periódicas”. (TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, v. 5, p. 338).

parlamento para que o autorize a agir como planejado. Pode o parlamento apresentar emendas à proposta, desde que possua pertinência temática e que atenda às condições previstas no art. 166, §3º e §4º da Constituição de 1988. Em outras palavras, pouco influirá positivamente na proposta orçamentária.

Pode o parlamento, em tese, apresentar discordância ao plano do orçamento. E, nesse caso, pode rejeitá-lo. O papel será assim sintetizado: a) a proposta pode ser rejeitada e, nesse caso, o governo deverá apresentar outra; b) o parlamento, tendo o poder de afastar o projeto, tem habilidade para exigir, além da apresentação de emendas, que o projeto seja encaminhado com contemplação às pretensões individuais; c) sendo a decisão parlamentar política (ou, ao menos, preponderantemente política), ela não há de ser motivada, embora seja possível que o parlamento sirva como esfera de ponderação entre interesses – tanto pessoais como da coletividade, o que pode fazer com que essa instância de deliberação sirva à busca do consenso.

Fica evidente que quanto maior o número de votos (em relação à totalidade do parlamento) exigido à aprovação da proposta, maiores são os obstáculos. Atualmente, a Constituição brasileira determina a aprovação por maioria simples, após procedimento especial em Comissão parlamentar composta por deputados e senadores. Inexistem exigências maiores, bastando que o governo possua apoio de *mais da metade* dos presentes – desde que estes estejam em número igual ou maior à maioria absoluta (art. 47 da Constituição de 1988).

Retornando ao dilema do custo da decisão e dos custos externos, maior a maioria requerida (*v.g.* 2/3 dos membros, 4/5 dos membros), maior será o custo da decisão. Consensos, pelo contrário, serão alcançados, ou forçados, mediante negociações intensas. A adoção da prática da troca de votos, o *logrolling*, de ser exigida, o que pode garantir melhores resultados no tocante ao prestígio das minorias congressuais. Não se buscará, aqui, uma função de bem-estar, nos termos demonstrados, mas a decisão do parlamento retrata claramente a política e o jogo de forças democráticas.

A ordenação das preferências dos participantes é dado importante, capaz de antecipar ao agente político o resultado da decisão parlamentar. O governo deve, além de observar elementos técnicos – ponderação que especialmente ele pode realizar –, deve avaliar, politicamente, como melhor atender as preferências dos parlamentares a fim de fazer com que a proposta orçamentária seja bem recebida. As escolhas a serem feitas pelo governo são transitórias, dependentes da conformação do parlamento. Escolhas mal realizadas trazem risco de fazer com que a proposta seja recusada.

4.4. A eficiência da escolha sob o ordenamento brasileiro

Ao se tratar da eficiência das políticas públicas, como um fim da atividade governamental, está-se cuidando, mesmo que indiretamente, da própria *eficiência da escolha*. Ora, a abordagem da doutrina sobre o tema *eficiência administrativa* sempre corresponde ao estudo dos resultados das ações de governo, o que não é suficiente. Para observar bons resultados, antes parâmetros devem ser escolhidos. Como afirma Egon Bockmann Moreira, já citado, “premissas pré-definidas”³⁹² devem ser fixadas para que o controle possa ser realizado. De fato, só se controla satisfatoriamente a eficiência se houver elementos fixados antes do início da execução da decisão governamental, ou seja, no momento da escolha.

A escolha tem caráter político e técnico. O governante, ao escolher, pondera argumentos que podem ser mensuráveis (escolha técnica, baseada em argumentos de eficiência econômica) com argumentos puramente políticos, cujo fundamento decorre da relação do governante com os eleitores e com os demais participantes do debate político. Se a escolha tem essa *dupla personalidade*, é correto afirmar que as premissas de eficiência seguem o mesmo caminho. Explica-se. Se é papel do governo escolher políticas públicas, é tarefa dele apresentar o plano para alcançar os fins almejados.

³⁹² MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*, p. 182.

A escolha é elemento imprescindível para que se alcancem os fins desejados no exercício das políticas. Ao decidir, fazer escolhas, além de proceder a escolhas amplas e específicas, dentro delas devem constar elementos capazes de permitir o controle, ou seja, dados, metas, que sirvam para efetivar o que foi escolhido. Por exemplo, se a escolha envolve políticas redistributivas, em que se pretenda prestar serviço de saúde gratuito, é preciso, para determinar se a redistribuição ocorreu, especificar qual o número de pessoas devem ser atendidas e qual a despesa média *per capita* deve ser tolerada. A partir daí, fica simples definir, a partir da escolha, se se alcançou o intento.

Suponha-se que o governo definiu como eficiente adotar a política de erradicação da desnutrição. Analisará o *custo-benefício* da escolha específica – deve comprar quais alimentos? –, a melhoria da situação individual sem comprometer a situação dos demais sujeitos (critério paretiano), se a riqueza da sociedade será maximizada, etc.

A partir das ponderações requeridas, o governo determinará qual o objetivo: quantas pessoas serão atendidas; qual o prazo para conclusão da política; qual a despesa pública individual, ou seja, qual a quantidade de recursos será utilizada para cada enfermo. Assim, levanta elementos que servirão como parâmetro à escolha específica. Quais alimentos são mais recomendados para a situação; quais são menos perecíveis no clima da região; quais têm menor preço; qual proporcionará maior bem-estar. Pode também determinar qual o valor total da política e qual é o custo na execução do orçamento público, ou seja, quais os efeitos às demais políticas. Será essa política capaz de prejudicar outros sujeitos, que dependem de outras políticas? Será o custo dessa política inviável frente à quantidade de receitas públicas?

Já que se definem concomitantemente o valor da política e o resultado a ser alcançado, é prudente que a previsão do resultado da política pública esteja presente no plano que a definiu – que pode ser a lei orçamentária. O controle, então, poderá ser realizado. Prosseguindo com o exemplo acima, ao se fixar o número de

peças atendidas, a quantidade de alimento adquirido, a perda de alimentos durante a execução da política, são determinados os elementos de controle.

O ator mais importante ao controle da eficiência é o parlamento. E o controle ocorre em duas fases: antes e depois da execução da política. Antes, na aprovação ou rejeição da lei orçamentária; depois, no atendimento da competência do art. 71 da Constituição (pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas). Na primeira parte, a proposta orçamentária é encaminhada ao parlamento para que delibere.

É de responsabilidade dos parlamentares a verificação dos aspectos formais e materiais da proposta, além da apresentação de emendas, nos termos da Constituição. Essas emendas, cujo valor é concedido pelo governo, têm papel fundamental na agilidade da aprovação da proposta – em palavras simples, são *moeda de troca*. Aprovando a lei orçamentária, o parlamento autoriza o governo a executar o orçamento – no Direito brasileiro, ele não autoriza a captar os recursos, pois a autorização decorre de leis tributárias específicas³⁹³; mas não apenas: os parlamentares acenam pela adequação do plano orçamentário, ou seja, demonstram sua concordância. Estão a dizer que aceitam os termos do governo.

Caso neguem a aprovação da proposta, e não a aprovem, estão afirmando que rejeitam as proposições governamentais. Não concordam com a política adotada. O motivo será político – excepcionalmente, técnico –, pois independe de motivação. Basta a não-concordância, que representa a falta do consenso. Em razão da recusa da oposição, e caso o governo não detenha o apoio da maioria dos parlamentares, há risco de a proposta ser rejeitada. Por isso o governo tem o dever de promover bem as ponderações na proposta de alocação dos bens.

O controle poderia ser aprimorado caso o número de votos de aprovação – em relação aos membros do parlamento – fosse maior (três quintos, por exemplo, dos presentes), e não maioria simples. Neste caso, maiores deveriam ser as

³⁹³ Súmula 66 do Supremo Tribunal Federal: “é legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro”. A súmula demonstra o despreendimento da lei orçamentária com as leis tributárias.

negociações entre os atores envolvidos no processo, e o custo será superior. Haveria necessidade de trocas contundentes entre os participantes, dificultando o processo se houver polarização bem definida entre eles.³⁹⁴

Não é o caso, aqui, de apresentar soluções de *lege ferenda*. Permanece-se no que há, hoje, na Constituição de 1988, a maioria simples. Nesse caso, a força do controle exercido pelo parlamento é pequeno, mas nem por isso pode ser ignorado. A regulação do procedimento ocorre em resolução e no regimento interno. A formação da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) deve observar a composição do Congresso Nacional.³⁹⁵ Assim, se houver maior número de parlamentares governistas – que apoiam incondicionalmente o governo –, há um indicativo de aprovação.

A minoria, não obstante, pode discordar por motivo de “contestação relativa à estimativa de receita, à fixação da despesa, à admissibilidade de emenda ou a dispositivo do texto relativo aos projetos de lei orçamentária anual e seus créditos adicionais, de lei de diretrizes orçamentárias e de lei do plano plurianual e suas revisões”³⁹⁶, bastando o apoio de 10% dos membros da respectiva Casa na CMO.

³⁹⁴ Como conclui Jorge Costa Santos, como melhoria do processo decisório financeiro: “Exigência de maiorias mais alargadas – eventualmente maioria qualificada de cerca de dois terços ou, no mínimo, maioria absoluta – para tomada de decisões financeiras fundamentais” (SANTOS, Jorge Costa: *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 425).

³⁹⁵ Art. 6º Na segunda quinzena do mês de fevereiro de cada sessão legislativa, a Mesa do Congresso Nacional fixará as representações dos partidos e blocos parlamentares na CMO, observado o critério da proporcionalidade partidária.

§ 1º Aplicado o critério do caput e verificada a existência de vagas, essas serão destinadas aos partidos ou blocos parlamentares, levando-se em conta as frações do quociente partidário, da maior para a menor.

§ 2º Aplicado o critério do § 1º, as vagas que eventualmente sobram serão distribuídas, preferencialmente, às bancadas ainda não representadas na CMO, segundo a precedência no cálculo da proporcionalidade partidária.

§ 3º A proporcionalidade partidária estabelecida na forma deste artigo prevalecerá por toda a sessão legislativa. (Resolução 1/2006 – CN)

³⁹⁶ Art. 148. O membro da CMO poderá apresentar ao Presidente, com o apoio de 10% (dez por cento) dos membros da respectiva Casa na CMO, contestação relativa à estimativa de receita, à fixação da despesa, à admissibilidade de emenda ou a dispositivo do texto relativo aos projetos de lei orçamentária anual e seus créditos adicionais, de lei de diretrizes orçamentárias e de lei do plano plurianual e suas revisões.

§ 1º A contestação deverá ser apresentada por escrito, até o final da discussão, e será apreciada preliminarmente à votação da matéria à qual se refere.

Na redação da Resolução 1/2006 do Congresso Nacional existe a possibilidade de minorias questionarem a elaboração e aprovação da proposta orçamentária, o que permite que haja o atendimento a pretensões não contempladas. Neste ponto, entretanto, não há liberdade deliberativa, mas o debate estará adstrito “ao descumprimento de normas constitucionais, legais ou regimentais pertinentes à matéria questionada”, mas, assim mesmo, pode questionar alocação de recursos que possuam substrato constitucional.

Pode-se afirmar que no processo legislativo orçamentário brasileiro não se encontram caracteres adequados para afirmar, sem receio de incorreção, a existência de normas procedimentais e deliberativas capazes de promover decisões eficientes do prisma político. Não se preservam minorias e a proposta orçamentária será, com grande possibilidade, aprovada sem maiores obstáculos. O consenso não é imprescindível à aprovação, o que denota ineficiência das escolhas.

Aprovado o orçamento – em especial, a lei orçamentária anual – ocorrerá a execução, nos limites da lei. As decisões sobre a efetiva execução orçamentária permanecem sob a tutela do governo. O parlamento pouco pode fazer nessa fase, exceto controlar, por meio da CMO e do Tribunal de Contas. Metas fixadas não podem ser objeto de controle, ao menos neste momento.³⁹⁷ Esse cenário enfraquece a deliberação da alocação de recursos, pois relega o parlamento a uma posição secundária.

Após a execução, o controle poderá ser realizado, por inteiro, pelo parlamento, com auxílio do Tribunal de Contas (para as contas do governante). O parecer do Tribunal de Contas, que diga respeito à eficiência das políticas, é técnico e, por isso, como órgão responsável pelo julgamento de contas de administradores e

§ 2º A contestação versará exclusivamente sobre o descumprimento de normas constitucionais, legais ou regimentais pertinentes à matéria questionada, devendo ser indicados os dispositivos infringidos, apresentada fundamentação circunstanciada e sugeridas medidas saneadoras.

§ 3º Na hipótese de a contestação implicar redução de estimativa de receita ou aumento de despesa, deverão ser indicadas as medidas de compensação necessárias para restabelecer o equilíbrio orçamentário.

§ 4º O Presidente indeferirá liminarmente a contestação que não atender ao disposto neste artigo ou que tenha por objeto matéria já apreciada pela CMO. (Resolução 1/2006 – CN)

³⁹⁷ Art. 166, I e II da Constituição.

parecer das contas, não pode usar de argumentos políticos. Não poderá, ademais, proceder ao controle das *opções políticas*, não lhe sendo permitido avaliar se deveria o governo ter escolhido investir em política A e não política B. Escolhas amplas governamentais não podem ser objeto de controle, até porque já foram aprovadas inicialmente pelo parlamento. Ou seja, essas escolhas foram promovidas no processo de elaboração das políticas orçamentárias e passaram pelo crivo parlamentar, não podendo mais sofrer controle.³⁹⁸

Escolhas específicas, como são em grande parte técnicas, podem ser submetidas ao controle e receber parecer desfavorável pelo Tribunal de Contas. Entretanto, as decisões e escolhas que devem sofrer a análise do órgão são apenas as tomadas após a aprovação do orçamento. O controle será exercido limitado aos atos que foram praticados após o início da execução. Nesse caso, deve-se apreciar se ocorreu o atendimento a critérios de eficiência determinados na elaboração do orçamento.

É fundamental que na fase da escolha se dê a fixação de metas, consensualmente aprovadas, para que se autorize o controle *a posteriori* do Tribunal de Contas e do parlamento. Vale dizer que o mesmo se aplica ao parlamento, ou seja, não poderá ele inovar e elencar novos critérios para controle *a posteriori*, devendo permanecer adstrito àqueles fixados *a priori*.

De qualquer feita, Jorge Costa Santos salienta que “[o]s critérios normativos de optimização do bem-estar colectivo podem ser reportados a dois planos de avaliação distintos. Por um lado, ao plano dos resultados e, por outro, ao plano das regras de decisão. Este último apresenta-se como o mais adequado”.³⁹⁹ Afirma o autor que é crucial a distinção entre o “plano dos resultados” – finalista, *end-state model* – e o “plano das regras de decisão” – modelo processual ou deontológico, *procedural model*, que são modelos de avaliação do bem-estar coletivo.

³⁹⁸ Segundo Pedro Lomba, sempre pode-se falar com controle político, “o que não devemos dizer, por ser discutível e constitucionalmente perigoso, é que este alargamento do conceito de responsabilidade política e, nesse sentido, que os mecanismos de controlo indirecto dos governantes sejam também mecanismos de responsabilização política” (LOMBA, Pedro. Teoria da Responsabilidade Política, p. 96).

³⁹⁹ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 404.

O primeiro se liga à economia do bem-estar, buscando “resultado ideal para a coletividade”, alocando recursos eficientemente e promovendo distribuição justa; o segundo liga-se à teoria da escolha coletiva (*Public Choice*), determinando “regras de decisão consensuais” e, sendo assim, justas.⁴⁰⁰ É neste último em que este trabalho reside.

4.5. O conceito de eficiência e a escolha das políticas

A eficiência manifesta-se por conceitos diversos, muitos fundados em sua característica econômica. No entanto, tem-se em mente que é preciso fixar um conceito jurídico que abranja os argumentos ora expostos. Observem-se as premissas, todas desenvolvidas no decorrer do texto, para definição de um conceito: (a) não se confunde a *eficiência como fim* e a *eficiência da escolha*; e (b) a *eficiência da escolha*, objeto deste texto, está intimamente relacionada ao consenso ou, ao menos, a existência de normas procedimentais que levem ao consenso.

Há duas vertentes bem definidas, consoante demonstradas: de um lado, as teorias que defendem a busca pelo bem-estar (*welfare economics*); do outro, teorias que pugnam pelo procedimento da escolha, concluindo pela eficiência como consenso. Tanto as teorias participantes do círculo da economia de bem-estar como as teorias da escolha racional (e suas derivadas, incluindo a *public choice*) são, em certa medida, complementares, e não opostas.

O consenso representa a eficiência da decisão. Há o ator individual que decide: o governo; há atores com poder de veto, que decidem coletivamente: o parlamento. As decisões mesclam elementos políticos e técnicos, embora sempre preponderem os primeiros. Por isso, afirmar que a eficiência é resultante do cumprimento de metas preestabelecidas à escolha – critérios científicos, por exemplo – não satisfaz.

O governo apresenta proposta que, a despeito de ser coerente tecnicamente, deve agradar o parlamento e, inclusive, os eleitores. Deve ele

⁴⁰⁰ SANTOS, Jorge Costa. *Bem-estar social e decisão financeira*, p. 405.

proceder às ponderações necessárias, visando à alocação adequada de recursos. Por exemplo, ele tem de, primeiro, determinar quais as necessidades a serem satisfeitas e, depois, definir qual a tributação ótima para atender às despesas requeridas para a satisfação. É o governo quem tem os instrumentos adequados à ponderação entre necessidades públicas, tem a visão geral sobre a alocação de recursos. Por isso, afirma-se que, embora políticas, suas escolhas são técnicas, e devem atender a critérios socioeconômicos. Pode realizar as escolhas trágicas, pode promover escolhas dentro dos planos (econômicos, urbanísticos, etc.), tem condições de estabelecer prioridades, de redistribuir renda.

Compete ao governo a aplicação dos critérios de eficiência econômica, primando pela adoção do melhor deles na captação e distribuição dos recursos. Pode analisar, por exemplo, o *custo-benefício* de uma política a ser elaborada, pensando benefícios líquidos positivos e negativos. A linha de atuação governamental a ser escolhida é aquela que proporciona maiores benefícios líquidos positivos (mesmo que haja aqueles que sofram com os benefícios negativos). Supõe-se que quanto mais indivíduos se sintam prejudicados pela proposta, menor a probabilidade de ser aprovada sem entraves no parlamento.

Deve o governo considerar que sua proposta será analisada coletivamente pelo parlamento. Isso o levará a montar sua proposta conforme os interesses e necessidades estampados no parlamento – em outras palavras, deverá apresentar uma proposta palatável aos parlamentares.

No parlamento a proposta é recebida e passa a ser debatida. Segundo a descrição desenvolvida anteriormente, a proposta é submetida à análise da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), comissão permanente prevista na Constituição, art. 166, §1º. Pode sofrer alterações, em tese, somando-se a ela emendas de formas variadas⁴⁰¹ ou, ainda, por iniciativa do Presidente da República (art. 166, §5º da Constituição). O ideal é que os grupos

⁴⁰¹ Definidas, hoje, pela Resolução 1/2006 – CN. As emendas à despesa são: de cancelamento, de remanejamento, de apropriação. Conforme o sujeito que as apresenta, podem ser: de relator, de comissão, de bancada estadual, individuais.

políticos que não pertençam ao grupo do governo exijam que se atendam suas pretensões. Caso não concordem com a proposta, podem exigir outra – o que dificilmente ocorre, em razão da exigência de *maioria simples* à aprovação. Não obstante, possível a negociação entre grupos políticos a fim de promover o atendimento às diferentes pretensões e necessidades e que a proposta seja rapidamente aprovada.⁴⁰²

Se a proposta orçamentária fizer referência a despesas obrigatórias, descritas em lei infraconstitucional (*v.g.* política pública fixada por lei anterior, especificando ações de governo) pouco se pode fazer no âmbito do parlamento. Da mesma forma, despesas com pessoal e seus encargos, serviço da dívida e repartições tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal não podem ser apreciadas (art. 166, §3º, II, Constituição). Não obstante, se fizer referência a outras despesas públicas (discricionárias), pode ocorrer a negociação.

Exemplificando, prevê o governo investimento em infraestrutura rodoviária na região norte do país. Como a malha viária é incipiente nessa localidade, e visando ao desenvolvimento econômico e à redução das desigualdades regionais, que constam no plano governamental, entendeu que: a) o benefício da construção da rodovia permitirá o desenvolvimento econômico, triplicando o escoamento da produção, em quatro anos de funcionamento, o que trará benefício, direto e indireto, de \$1000; o custo, \$100 (construção da rodovia, deslocamento da mão-de-obra, o custo de oportunidade – investir em obra pública ao invés de investimentos financeiros); por optar pela alternativa de construção na região norte do país, ao invés de na região sudeste, esta região manteve o seu crescimento inalterado; assim, o benefício líquido será de \$900; e b) o benefício da construção de

⁴⁰² Necessário que se dê a devida importância à Lei de Diretrizes Orçamentárias, pois, nos termos do art. 165, Constituição, uma das funções dessa lei é orientar a elaboração da Lei Orçamentária Anual. Parte da orientação diz respeito às despesas que não são negociáveis, ou seja, que não podem sofrer negociações no processo de elaboração da Lei Orçamentária Anual. Essa previsão retira o poder de discutir despesas das mãos do Congresso Nacional, o que reduz a importância do debate com grupo da oposição. Entretanto, pode ser um instrumento útil de negociação a ser usado pelo Congresso. Primeiro, porque a discussão ocorre no primeiro semestre do exercício financeiro (há tempo para discutir); depois, porque há prazo para aprovação, o que pode ser oposto à pretensão da maioria e do governo (art. 57, §2º, Constituição).

rodovia, com o mesmo tamanho, na região sudeste do país, permitirá o desenvolvimento econômico, multiplicando o escoamento da produção em 1,5 vezes, em quatro anos de funcionamento, o que trará benefício, direto e indireto de \$500; o custo, \$100; por optar pela alternativa de construção na região sudeste do país, ao invés de na região norte, esta região reduziu seu crescimento, contando perda de \$100; o benefício líquido será de \$300.

A resposta, pela análise do *custo-benefício*, deve ser a alternativa (a). Por evidente, não é uma resposta absoluta, tendo em vista a capacidade política do governo. Nesse sentido, mesmo que a alternativa (a) não atenda à análise, ela poderia ser escolhida. A decisão, então, é também política. A decisão técnica é um guia para a decisão.

No mesmo cenário acima, pode o governo fazer a apreciação. Contrapondo-se benefícios e prejuízos, entre os beneficiados e os que arcam com os custos, haverá melhoria da situação dos moradores e comerciantes da região norte e a situação não piorará para os habitantes das demais regiões. Pelo contrário, haverá aumento da atividade econômica geral. Atenderia ao critério paretiano. Nenhum sujeito será prejudicado. O prejuízo ocorreria, por exemplo, se houvesse tributação excessiva. Esse excesso de tributação não existe, pois os contribuintes podem ser compelidos a pagar tributos apenas o valor definido em lei, ou seja, presume-se que concordam com a tributação e reconhecem seu dever fundamental (desde que não haja outra forma de tributação mais adequada). Novamente, essa argumentação não é absoluta, podendo o governante concluir por outra solução, política – todavia, deve justificar sua escolha.

As premissas adotadas são importantes na obtenção do consenso. Escolhas bem fundamentadas e coerentes, justificadas conforme as diferentes pretensões, capazes de demonstrar a melhoria geral, podem ser melhor recebidas no parlamento. É o primeiro passo à aprovação da proposta do governo. Além do mais, a proposta bem elaborada, que atenda aos critérios expostos no trabalho, auxiliam o Estado a alcançar os seus fins previstos na Constituição, ponderando a captação de receitas tributárias (ou seja, evitando a captação excessiva que causa redução do

incentivo à atividade privada) com a prestação de benefícios (serviços públicos, ações governamentais, políticas públicas).

No parlamento, a escolha do local de construção da rodovia, utilizando o exemplo acima, é negociável. A negociação ocorrerá mesmo antes do envio da proposta orçamentária – já na elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que se torna instrumento fundamental à negociação entre governo e parlamento, entre maioria e minoria. Nesse sentido, o parlamento serve a exigir, por exemplo: a ampliação da rodovia, a melhoria do projeto, a construção de outro projeto semelhante em outra região do país, também carente de investimentos em obras. O parlamentar, de maneira organizada (mediante coligações), pode exigir que o governo altere o projeto (art. 166, §5º, Constituição), ou que permita mais emendas parlamentares. Enfim, executam a troca de votos (*logrolling*). Não se entrará na discussão sobre o número de votos necessário à aprovação da proposta orçamentária. Apenas afirma-se que, embora maior o custo, *amplas maiorias* (que requerem mais votos em relação ao *quorum*) podem produzir escolhas mais eficientes, nos termos expostos.

A participação do parlamento é política, não técnica. Possível, claro, que individualmente sejam levados em consideração elementos objetivos, mas prepondera a decisão política. A finalidade é, de fato, maximizar a utilidade, ou seja, obter apoio nas eleições (por isso, não há limite de mandatos aos parlamentares, que podem se eleger indefinidamente). E pelo fato de os parlamentares terem que atender aos anseios populares (e por isso são *representantes*), não poderia ser diferente.

Enfim, a decisão do parlamento retorna às mãos do governo, que decidirá pela sanção ou pelo veto das disposições da lei (art. 66, §1º, Constituição), que carrega a decisão conjunta individual (a dele próprio) e coletiva (a do parlamento). Novamente, a escolha é individual e poderá preponderar a decisão técnica, não a política, embora nada impeça que o rumo seja este – nos termos da Constituição, art. 66, se entender que a norma é contrária ao *interesse público* (neste caso, deve motivar sua escolha política).

A participação popular e a *accountability* ⁴⁰³ são necessárias. *Accountability* remete à ideia de controle ou responsividade (o governo deve prestar contas de seus atos) com uso de instrumentos de controle institucional e externo, dando como exemplo, no Brasil, a ação popular e o destaque, pela Constituição de 1988, da participação popular e controle social, além do chamado *orçamento participativo*. Os autores reconhecem a dificuldade de que essas medidas funcionem adequadamente e alcancem os resultados propostos inteiramente. A *accountability* pode ser traduzida como “responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestar contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação ou castigo”.⁴⁰⁴ O controle é fundamental. E se inicia no ato de eleger representantes – o governo e parlamento desejam a reeleição ou eleger sucessor. Se é essa a finalidade, no sentido de que os agentes são primordialmente egoístas e pretendem maximizar suas utilidades, então o controle parte do voto popular.

⁴⁰³ Para Anna Maria Campos, que escreveu artigo sobre o tema em 1990, o termo não possui conceito determinado e demonstra a dificuldade de tradução. Conforme a autora, a preocupação com a *accountability* é diretamente proporcional ao amadurecimento da sociedade, demonstrando que a participação popular é fundamental para o controle. A despeito de não deixar claro o sentido que pretende dar ao termo, aparentemente demonstra que tende a uma forma aprimorada de controle da Administração Pública, com ativa participação popular, constante e organizada, além de descentralização e transparência na ação administrativa.

Vinte anos após a publicação do artigo de Anna Maria Campos, José Antônio Gomes de Pinho e Ana Rita Silva Sacramento publicaram, nessa mesma revista, um artigo que, revendo o que se escrevera em 1990, atualizava a discussão. Recorrem, *a priori*, a dicionários, mas observam que o tema não pode se esgotar somente com essa pesquisa. (CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?*, p. 17.

⁴⁰⁴ PINHO, José Antonio Gomes de. SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?*, p. 1364. Os autores trazem um dado interessante sobre a democracia brasileira: “Cumpra informar que essa imperfeição da democracia brasileira tem se confirmado em estudos desenvolvidos na atualidade. Exemplo disso é o estudo desenvolvido pelo The Economist (2006), no qual cinco categorias gerais são estabelecidas (processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, participação política, cultura política e liberdade civil) para análise de 167 países, classificando seus regimes em: democracia completa (full democracies); democracia imperfeita (flawed democracies); regime híbrido (hybrid regimes); e regime autoritário (authoritarian regimes). Verifica-se nesse estudo que o Brasil alcançou alto score na análise do processo eleitoral e liberdade civil (9,58 e 9,41, respectivamente), mas os índices obtidos nas categorias funcionamento do governo (7,86), participação política (4,44) e cultura política (5,63) levam-no a ocupar a 42a posição, estando enquadrado na situação de democracia imperfeita (flawed democracies), atrás de outros latinos americanos (Chile, 30a; Uruguai, 27a; e Costa Rica, 25a). Observa-se que os dois últimos fatores (participação política e cultura política) são aqueles identificados por Campos como carências, o que confirma que nesses quesitos houve pouco avanço ou nenhum nos últimos 20 anos” (p. 1361).

Tem-se, portanto, que as decisões, diretamente ou não, envolvem três esferas: o governo (Poder Executivo), o parlamento (Poder Legislativo) e povo (participação popular). Ao contrário de uma defesa substancialista do conceito de eficiência (como fim), fez-se uma defesa da eficiência como procedimento, ou seja, observou-se-a de um ângulo procedimental (*eficiência da escolha*).

Conclusão

Conclui-se que *eficiência da escolha é a alocação adequada de bens na sociedade de forma a prestigiar os participantes do processo de escolha, visando ao consenso*. O que se pretende, com condição de respeito à democracia e à Constituição, é: a) que os bens devem ser alocados atendendo a critérios de eficiência. Nesse sentido, os indivíduos que contribuem com a maior parte das receitas públicas do Estado devem esperar que o benefício marginal social como um todo seja maior que a desutilidade marginal no pagamento de tributos. Em outras palavras, o que se quer é que a desutilidade da prestação tributária seja menor que a utilidade que essa mesma prestação terá para a sociedade (os bens devem ser alocados adequadamente, de maneira a proporcionar benefícios a todos os participantes do processo decisório, direta ou indiretamente); e b) que se definam normas procedimentais a fim de igualar as pretensões dos participantes do processo de escolha das políticas públicas, considerando a existência de grupos majoritários e minoritários, os quais podem se alternar repetidamente. Ou seja, são necessárias normas capazes de, independentemente de quem esteja no grupo majoritário, manter a igualdade da força das pretensões.

A decisão eficiente é a que respeita as pretensões individuais e que aqueles não beneficiados diretamente pela decisão não tenham a sua situação piorada, compensando-se sua perda com o benefício social. É a decisão na qual mesmo os perdedores – a minoria – obtenham benefícios.

Políticas públicas podem ser redistributivas. São um conjunto de ações e programas governamentais, definidas na Constituição ou na lei, voltadas à satisfação de necessidades públicas. Porém, a redistribuição de bens, considerando que o mercado promove a distribuição e o Estado promove a redistribuição, não é elemento essencial do conceito, pois existem, por exemplo, políticas públicas de reconhecimento ou *nudging*. O argumento da *justiça social* não pode, de forma alguma, servir para lesar o bem-estar, provocando escolhas e políticas ineficientes apenas para buscar igualar condições sócio-econômicas. O que se pensa é que a

redistribuição não ocorrerá de forma desenfreada, jamais sobrepondo indiscriminadamente *justiça social* à *eficiência*, sob pena de ineficiência.

O mote da eficiência da escolha de políticas públicas reside no fato de que *toda política pública tem como finalidade a melhoria da sociedade como um todo, mas também visa a benefícios individuais*. Não há como afirmar que uma política é eficiente apenas porque *teve custo menor que o benefício*. É preciso ir além e fazer respeitar direitos democraticamente definidos.

Ao considerar que as teorias expostas são perfeitamente aplicáveis na conclusão, afirma-se: a) as escolhas, em regra egoístas, são individuais ou coletivas (e é preciso defini-las caso a caso); b) as escolhas são pautadas, como solução para redução dos custos da decisão, por normas constitucionais; c) a eficiência das escolhas para a alocação dos recursos públicos é resultado da aplicação da eficiência no sentido econômico e do consenso deliberativo; d) regras procedimentais são necessárias para se dirigir à eficiência das escolhas.

Far-se-á a análise das afirmações acima.

1) as escolhas são, em regra, egoístas.

Não há motivo para crer que o indivíduo, em razão de ocupação de cargo público, torne-se altruísta. Eventualmente, e sob estritas condições, lícito afirmar que uma ação é altruísta. O egoísmo das decisões pode ser resumido na intenção de obter votos para próximas eleições, para si ou para o partido; na intenção de beneficiar seus interesses privados e do seu partido.

Admitir a existência de comportamento egoísta é consideração que, ao mesmo tempo em que se vence o mito da atitude virtuosa do agente político, permite refletir sobre maneiras de alcançar fins condizentes com a norma constitucional, mesmo que o egoísmo se faça presente. O que se afirma é que é possível alcançar resultados satisfatórios que aproximem a sociedade do bem-estar.

Na política, o indivíduo depende, para que seus interesses sejam satisfeitos, do voto popular. E, por isso, precisa demonstrar suas escolhas, de forma a *maximizar a utilidade* (por meio do voto).

A *accountability* é uma das soluções para o problema. Aumentar o controle, a transparência, extinguir votações secretas que sejam do interesse público, permitir o acesso a dados, resultam atuação atenta do agente público. Embora permaneçam egoístas, devem os agentes políticos decidir conforme os efeitos que suas decisões provoquem nas eleições (na escolha dos representantes). Devem manter alinhamento com a opinião pública.

É forma, portanto, de explorar a característica principal do governo ou parlamentar, visando ao bem-estar.

2) a definição do procedimento decisório e a proteção de direitos na tendem a reduzir o custo da decisão, os quais deverão estar previstos na Constituição.

De fato, a existência de Constituição é fundamental para delimitar o campo decisório e, como consequência, reduzir o custo da decisão. As decisões serão tomadas em menor tempo e produzirão menores efeitos externos (terão custos externos reduzidos). A Constituição define os direitos e deveres dos indivíduos, elenca prioridades, descreve o procedimento de aprovação de propostas. Toda decisão de políticas públicas tem de, necessariamente, respeitar tais disposições constitucionais.

O processo deliberativo não inovará. Ater-se-á ao que dispõe a Constituição. Ao contrário da decisão originária, que cria a Constituição – o Poder Constituinte Originário não tem limite –, a decisão pós-Constituição é conformada às normas constitucionais. Nesse sentido, é necessário atender às prioridades eleitas no texto da Constituição, tolerando-se grau de discricionariedade na sua efetivação. Direitos sociais, por exemplo, receberão recursos, obrigatoriamente, bastando que o governo densifique as determinações contidas nas normas constitucionais.

3) algumas decisões devem ser tomadas individualmente; outras, coletivamente.

A Constituição de 1988 enumera as decisões que devem ser tomadas pelo governo, pelo parlamento, ou diretamente, pela participação popular. Para apresentar a conclusão desse ponto, permitido citar Irene Rubin: “uma das principais questões é a disputa do poder que existe entre o Legislativo e o Executivo. Em alguns casos o Executivo domina o processo decisório, e em outros o legislativo tem o mesmo ou mais poder”⁴⁰⁵ Ainda, segundo a autora, um dos maiores argumentos em favor do poder do Poder Executivo para controle e decisão do orçamento é que este é capaz de evitar a irresponsabilidade fiscal do Poder Legislativo, ou seja, retirar o *pork*.⁴⁰⁶

Nos termos expostos, algumas decisões são tomadas individualmente; outras, coletivamente. É verdade que o argumento de Irene Rubin é pragmático. E é verdade que o parlamento não se preocupa com critérios técnicos. A exposição da autora é adequada.

Conforme explicou-se, o custo da decisão também é argumento a ser adotado, adicionando-se ao de Irene Rubin. É preciso ponderar entre o *custo da decisão* com o *custo externo*. Sinteticamente, quanto maior o custo da decisão, menor o custo externo. E a recíproca é verdadeira.

Exige-se, então, que em cada caso se defina o custo da decisão em contraposição ao custo externo. Certas decisões, escolhas, devem ser realizadas por poucos ou apenas um indivíduo; outras, pela coletividade. Os extremos não são bem-vindos. A decisão puramente individual – a de um governo totalitário – tem custo zero, porém o custo externo é alto; já a decisão absolutamente coletiva tem custo alto, porém o custo externo é zero.

Aplicando a interpretação das escolhas concretamente, considerando a existência da Constituição de 1988 brasileira, questões técnicas, que envolvem conhecimento específico, devem ser pouco coletivizadas, ou seja, devem ser tomadas pelo governo e submetidas, após, ao parlamento, para análise e aprovação. Decisões de políticas públicas e de alocação de recursos atendem a esse

⁴⁰⁵ RUBIN, Irene S. *The politics of Public Budgeting*, p. 84.

⁴⁰⁶ RUBIN, Irene S. *The politics of Public Budgeting*, 6ª ed., p. 85.

procedimento. Entretanto, devido à existência do parlamento, correndo o risco de não ter sua proposta aprovada, o governo deverá promover a correta ponderação de interesses, prestigiando os participantes do debate. O parlamento, então, fará os acertos requeridos, em seguida.

O governo tem de assumir sua competência. Deve ele prestar informações para debates no parlamento. Deve ele colher os dados empíricos, resultado da participação popular direta. Deve ele prestar contas, promover audiências públicas, sobre suas escolhas. A apresentação de dados e o incentivo à participação popular beneficia o próprio governo, já que ele depende da aprovação dos indivíduos votantes. Como quis a Constituição de 1988 e leis infraconstitucionais, embora haja o imperativo para que se coletivize a discussão orçamentária, a decisão sempre caberá ao governo.

Não se pretende, de forma alguma, excluir a participação do parlamento. A democracia é condição *sine qua non* na análise da eficiência da escolha. O que se deseja é conferir as competências a cada um dos sujeitos do processo decisório das políticas. É o governo que tem os instrumentos para bem alocar os recursos públicos (um trabalho complexo, diante da escassez dos recursos). Pode ele determinar redistribuição de renda, analisar o *custo-benefício*, promover a melhoria do bem-estar; pode avaliar se a alocação é ótima no sentido paretiano ou de *Kaldor-Hicks*; se maximiza o benefício (a riqueza) dos indivíduos sociais. Não é no parlamento o ambiente propício para tanto – cada parlamentar quer maximizar sua utilidade. Conclui-se, neste ponto, que quanto mais técnica a decisão (e menos política), mais individual deve ser; ao contrário, quanto mais política a decisão (e menos técnica), mais coletiva ela deve ser. Por consequência, por exigir a decisão ampla menos dados técnicos, pode ela ser coletivizada; inversamente, quanto mais específica, mais individual a decisão.

A importância do parlamento, todavia, é indubitável, diante de seu papel em controlar as escolhas do governo. No parlamento prepondera a política, não a técnica. O que interessa é escolher conforme a vontade de quem os parlamentares representam, independentemente da existência de recursos, de sua

redistribuição, da eficiência econômica envolvida na ponderação. É aqui que deverão ser preservados os interesses da minoria (que servirão como barreira para aprovação da proposta orçamentária ou para a obtenção do consenso). É por isso que regras procedimentais devem ser bem definidas.

4) a eficiência da escolha da alocação dos recursos públicos é resultado da aplicação das teorias econômicas de eficiência.

Todas as teorias levam à busca pelo *bem-estar*. E, mesmo que indiretamente, relacionam-se a Pareto. Uma dada situação atenderá à teoria paretiana se todos os envolvidos, em trocas que ocorrem na sociedade, possam melhorar a sua situação sem que ninguém tenha a sua prejudicada. As demais teorias são semelhantes e todas visam ao bem-estar. Kaldor e Hicks, juntos, elaboraram uma teoria que mitiga a exigência paretiana de não admitir qualquer piora individual (mesmo que potencial). Posner, por sua vez, aplica sua teoria da *maximização da riqueza* para buscar que a sociedade seja sempre beneficiada nas trocas (torna-se mais rica). A análise do *custo-benefício*, por outro caminho, também deriva de Pareto, sempre visando ao máximo benefício positivo líquido, evitando que custos venham a causar prejuízos à sociedade. Não existe apenas uma resposta certa a ser adotada.

Tanto do lado da receita pública, quanto do da despesa, critérios de eficiência devem ser utilizados. É preciso erigir uma estrutura que permita produzir efeitos positivos ao aplicar os recursos em políticas públicas e, concomitantemente, ao tributar os contribuintes. No lado da despesa, o dispêndio é eficiente se indivíduos têm suas posições melhoradas e, em decorrência do custo ou externalidade dessa despesa, ninguém tenha sua posição piorada. O benefício social resultante da despesa pública em políticas deve compensar, mesmo que potencialmente, as reduções do bem-estar dos indivíduos pagadores de tributos.

O objetivo é o *bem-estar*, individual e social. É finalidade da política pública obtê-lo. A alocação de recursos deve ser correta a fim de proporcionar essa melhoria. Essa alocação, com a adoção dos critérios de eficiência econômicos, deve

se dar por meio do governo (escolha individual), que fará as escolhas, tanto na aplicação dos recursos quanto na tributação, visando ao consenso futuro.

5) a eficiência da escolha da alocação dos recursos públicos é resultado do consenso deliberativo.

Por não ser possível alcançar a unanimidade em todas as escolhas, aceita-se o consenso, resultante da negociação entre as partes envolvidas no processo deliberativo (*logrolling*), que ocorre no parlamento. O consenso nas escolhas prestigia a todos os participantes do processo deliberativo. Qualquer um dos critérios de eficiência adotados na escolha individual proporcionará melhores condições à obtenção do consenso.

Com fundamento na teoria da *public choice*, o consenso pode ser obtido mediante negociações. E, embora haja o risco de algum indivíduo sair prejudicado, maiores são as possibilidades de que mais indivíduos sejam beneficiados pela decisão. Essa ideia é típica de democracias consensuais. Com a via do consenso mediante negociação, majorar a força do parlamento aumenta o equilíbrio deste com o governo; resulta necessidade deste em elaborar a proposta condizente com interesses de todos os grupos políticos. Isso é bom, haja vista o parlamento representar vontades heterogêneas e divergentes, o que enriquece o debate político e permite diversas formas de distribuição de recursos. Não obstante ter o governo papel de ponderar interesses, prezando pela distribuição e escolha eficiente da alocação de recursos escassos, o parlamento tem função indubitável de preservar todos os grupos representados nas suas câmaras.

Mas o ambiente propício ainda requer *maiorias amplas* para aprovação de propostas. Não basta que se exijam meras maiorias simples para todas as votações. O processo é complexo e demanda diferentes regras para cada situação, a fim de preservar este equilíbrio entre poderes, ou o consenso entre maioria e minoria.

6) Eficiência da escolha e eficiência como fim

O tratamento jurídico sobre o tema *eficiência* vem ocorrendo com constância desde que se incluiu o termo na Constituição da República (Emenda Constitucional 19 de 1988), ao lado de outros princípios da administração pública, no art. 37, *caput*. Sinteticamente, o princípio da eficiência representa os esforços para dirigir a atuação estatal em direção à boa prestação do serviço, do exercício da política pública, a melhor relação entre os custos e os benefícios, enfim, próprio do estudo ora em tela, a melhor relação entre os recursos aplicados e os benefícios alcançados. Ao estudo da eficiência nesses moldes deu-se o nome de *eficiência como fim*.

Para se obter resultados eficientes, não basta *execução* eficiente das políticas públicas. Mister a *escolha* adequada, fundamental para a boa gestão e aplicação de recursos. E a escolha deve se fundar em critérios de eficiência, tanto quanto ao aspecto técnico e econômico, quanto ao político. Se o objetivo do governo for manter o bem-estar social, fiar-se-á na ética paretiana, deverá se atentar ao critério de *Kaldor-Hicks* e à *análise do custo-benefício*. Deverá buscar *maximizar a riqueza* da sociedade, simultaneamente a outros elementos de justiça e direitos constitucionais. Terá de ter, portanto, um critério – ou mais de um, junto à Constituição, imperativamente – para seguir. Ao mesmo tempo, o governo terá de lidar com a política, e aqui a Constituição também representa limite, não sendo lícito que a maioria subjugue a minoria; negociações e consensos são exigidos. Todos os elementos se unem para formar a *eficiência da escolha*.

Enfim, ao se falar da *eficiência da escolha* como resultado de critérios de eficiência econômica e do consenso, trata-se, então, de dois pontos nevrálgicos: a) melhoria individual; b) melhoria coletiva. É esse o norte da ação governamental. Nesse sentido, é eficiente a escolha que promova melhoria dos indivíduos e, se porventura houver piora na condição individual, a melhoria social fará compensar.

A pretensão neste trabalho foi racionalizar a alocação de recursos para promover políticas públicas. Foi apreciar a eficiência sob outro ângulo. Para que tenha aplicação prática, retirar-se-ão conclusões sobre as escolhas orçamentárias no Brasil, sugerindo-se regras procedimentais.

7) Regras procedimentais

Com fundamento na Constituição brasileira, e para que haja aplicabilidade concreta, apresentam-se sugestões com o intuito de aprimorar o as escolhas das políticas públicas a partir do processo orçamentário. Embora as políticas públicas que dependam de recursos não possam ser criadas pela lei orçamentária - princípio da exclusividade, art. 165, §8º, Constituição -, nessa lei estarão presentes os recursos correspondentes. E é na lei orçamentária que as escolhas acontecem, devido à escassez de recursos.

Com base no Direito brasileiro, levantam-se algumas características das escolhas públicas: a) é competente o governo (Poder Executivo) para tomar as grandes decisões técnicas sobre políticas públicas e orçamento, procedendo às necessárias ponderações; b) é competente o parlamento (Poder Legislativo) para proceder ao controle, jamais podendo abrir mão de sua capacidade de negociação com o Poder Executivo e internamente, entre grupos políticos; c) o sistema orçamentário possui três leis orçamentárias: o Plano Plurianual (vigente por quatro anos, do segundo ano do mandato do governo até o primeiro ano do mandato subsequente); a Lei de Diretrizes Orçamentárias (vigente da metade do exercício financeiro ao final do exercício subsequente); a Lei Orçamentária Anual (vigente durante o exercício financeiro). As escolhas se materializam nessas leis; d) é preciso calcular o tempo hábil à tomada de decisão, diante da complexidade do sistema orçamentário. No início do mandato de cada governo deve-se elaborar as três leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual). As deliberações devem se realizar simultaneamente, no primeiro exercício financeiro do mandato do chefe do Poder Executivo. Após, nos demais, os indivíduos envolvidos na escolha (governo e parlamento, além da participação popular) seguirão cronogramas definidos, a fim de melhor realizar o procedimento democrático; e) necessário repensar o procedimento de aprovação das escolhas orçamentárias de políticas públicas, exigindo *maiorias diferenciadas*.

Cada uma das leis orçamentárias têm papel específico. O Plano Plurianual é o planejamento de longo prazo, abarcando grandes opções e escolhas, concentrando-se em diretrizes, objetivos e metas governamentais, da administração pública, para as despesas de capital ou outras delas decorrentes e programas de duração continuada; a Lei de Diretrizes Orçamentárias traz, basicamente, as metas e prioridades da administração pública federal, despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, e, como principal função, orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual; esta, por fim, serve à previsão de receitas e fixação de despesas em três orçamentos (orçamento fiscal, orçamento de investimento das empresas estatais em que a União detenha maioria do capital social com direito ao voto, orçamento da seguridade social).⁴⁰⁷

O Plano Plurianual serve como um programa de governo, indicando a pretensão do governo para os próximos quatro anos. É o primeiro momento em que ocorrerá a ponderação entre os interesses envolvidos, adotando critérios de eficiência. Após, deverá submeter as escolhas ao parlamento, que deliberará. Como as políticas públicas são de longa duração, é o momento propício para que o parlamento possa negociá-las, exigindo sua inclusão.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, prevista no art. 165, II, da Constituição, se afirma como instrumento de negociação por excelência, diante da possibilidade de fixar parâmetros à elaboração da Lei Orçamentária Anual, de criar o ambiente propício à negociação de escolhas amplas para o exercício financeiro subsequente. A votação da proposta da Lei de Diretrizes Orçamentárias é um recado que o Congresso envia ao Presidente, indicando qual será o ambiente durante a elaboração e deliberação da Lei Orçamentária Anual.

Muito mais simples será, caso concedida a devida importância à Lei Diretrizes Orçamentárias, aprovar a Lei Orçamentária Anual conforme os interesses já ponderados. Basta, assim, exigir a inclusão de propostas nos termos expostos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

⁴⁰⁷ Art. 165, Constituição Federal; art. 4º e 5º da Lei Complementar 101/2000 (*Lei de Responsabilidade Fiscal*).

A aprovação das propostas de orçamento, especialmente quanto ao Plano Plurianual e à Lei de Diretrizes Orçamentárias, não deveria ocorrer por maioria simples, seja no Plenário do Congresso Nacional, seja na Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO). Há instrumento previsto na Resolução do Congresso Nacional 1/2006 voltado para impugnar incorreções na proposta orçamentária.⁴⁰⁸ É imperativo que se desse oportunidade de alargar as questões que podem ser levantadas (nos termos da Resolução, ou seja, com 10% de apoio dos membros da respectiva Casa na CMO).

A solução viável é determinar, na Constituição, na legislação infraconstitucional ou em resolução do Congresso Nacional, *maiorias* variáveis para cada espécie de escolha a ser realizada, separando em amplas e específicas, fáceis, difíceis ou trágicas, ou em temas, órgãos, programas. Adotando o entendimento deste trabalho sobre a eficiência, e considerando o procedimento de escolha e sua complexidade, é de se concluir que quão mais ampla e mais fácil for a escolha, maior a *maioria* requerida para aprovação (*v.g.* 2/3, 3/5, 5/6 dos membros). Assim, grandes opções das propostas sobre políticas públicas devem ser aprovadas em maiores e mais perenes consensos. A decisão pode ser dominada pela política, e pode não ser técnica. Pode a escolha ser coletivizada e é possível definir metas, prioridades, políticas públicas que devem ser executadas.

As decisões tecnicamente complexas, que dependam de conhecimentos específicos, que sejam difíceis ou trágicas, que não possam ser coletivizadas, devem

⁴⁰⁸ Art. 148. O membro da CMO poderá apresentar ao Presidente, com o apoio de 10% (dez por cento) dos membros da respectiva Casa na CMO, contestação relativa à estimativa de receita, à fixação da despesa, à admissibilidade de emenda ou a dispositivo do texto relativo aos projetos de lei orçamentária anual e seus créditos adicionais, de lei de diretrizes orçamentárias e de lei do plano plurianual e suas revisões.

§ 1º A contestação deverá ser apresentada por escrito, até o final da discussão, e será apreciada preliminarmente à votação da matéria à qual se refere.

§ 2º A contestação versará exclusivamente sobre o descumprimento de normas constitucionais, legais ou regimentais pertinentes à matéria questionada, devendo ser indicados os dispositivos infringidos, apresentada fundamentação circunstanciada e sugeridas medidas saneadoras.

§ 3º Na hipótese de a contestação implicar redução de estimativa de receita ou aumento de despesa, deverão ser indicadas as medidas de compensação necessárias para restabelecer o equilíbrio orçamentário.

§ 4º O Presidente indeferirá liminarmente a contestação que não atender ao disposto neste artigo ou que tenha por objeto matéria já apreciada pela CMO.

requerer maiorias menores. Assim, escolhas específicas de alocação de recursos, que necessitam de ponderação de interesses, devem ser tomadas por poucos indivíduos (normalmente, o chefe do governo, o Poder Executivo) e submetidas ao Congresso Nacional. A maioria pode ser menor que a maioria das escolhas amplas (*maioria simples*, por exemplo).

Enfim, não há uma solução definida para a determinação da eficiência das escolhas. Há caminhos, mas não há resposta absoluta. Para clarear, conforme os economistas políticos, “deve haver sempre ganhos mútuos pela negociação”. E como “valores sociais não podem ser considerados separadamente aos valores individuais numa sociedade livre, o teste do consenso ou unanimidade (com ganhos mútuos) é o único que assegura que uma mudança é benéfica”⁴⁰⁹ Buscou-se, pois, demonstrar como melhor escolher as políticas públicas e, por consequência, como melhor alocar recursos escassos. Visa-se, portanto, o consenso capaz de produzir benefícios (bem-estar) para toda a sociedade e, concomitantemente, ao indivíduo, sem necessariamente se abordar o tema sob um único critério de eficiência.

⁴⁰⁹ BUCHANAN, James M. *Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy*, p. 137-138.

Referências bibliográficas.

- ADLER, Matthew D. POSNER, Eric C. Cost-benefit analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives (Introduction). Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Fundamentos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- ADLER, Matthew D. POSNER, Eric A. Implementing Cost-Benefit Analysis when Preferences are Distorted, In: Cost-benefit analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives (Introduction). Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALMEIDA, Gabriel Bertin. Os princípios de justiça de John Rawls: o que nos faria segui-los?. In.: <http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp8/almeida.pdf>, acesso em 10 de abril de 2012.
- AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARAÚJO, Fernando. Introdução à economia, 3a. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ARROW, Kenneth J. Social choice & individual values, 2ª ed. New Haven and London: Yale University Press
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito. Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In.: O Direito Público em tempos de crise. Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999
- AVRITZER, Leonardo. New public spheres in Brazil. In.: Revista Direito GV. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

- AVRITZER, Leonardo. O Orçamento Público e a Teoria Democrática: um balanço crítico. *In.*: http://www.democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/orcamento_participativo_e_teoriam_democratica_-_leardo_avritzer.pdf (acesso em 24 de abril de 2012).
- BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao poder de tributar, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In.*: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. Orçamento, Democracia e Maturidade Institucional (editorial). *In.*: Revista de Direito de Estado, n. 6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BECKER, Gary S. A Comment on the Conference on Cost-Benefit Analysis. *In.*: ADLER, Matthew D. POSNER, Eric C. Cost-benefit analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives (Introduction). Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- BELTRÃO, Hélio. Reforma Administrativa. Sem editora. 1967
- BERCOVICI, Gilberto. “O Direito Administrativo Passa, o Direito Administrativo Permanece”: a Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. *In.*: TELES, Edson. SAFATLE, Vladimir (orgs.). O que resta da ditadura. São Paulo: Boitempo, 2010.

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma Gerencial de 1995. In.: <http://www.bresserpereira.org.br/rgp.asp>. Acesso em abril de 2011
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Desenvolvimento e crise no Brasil. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.
- BLACK, Duncan. The Theory of Committees and Elections. Whitstable: Cambridge University Press, 1958.
- BLACK, Duncan. On the Rationale of Group Decision-making. In.: Journal of Political Economy, Vol. 56, No. 1 (Feb., 1948), pp. 23-34 (<http://www.jstor.org/stable/1825026>, acesso em 24 de outubro de 2011).
- BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? In.: Revista de Direito do Estado, n.º 3. São Paulo: Renovar. 2006.
- BREUS, Thiago Lima. Política Públicas no Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.
- BUCHANAN, James M. MUSGRAVE, Richard A. Public Finance and Public Choice. Two Contrasting Visions of the State. Cambridge: The MIT Press, 2001.
- BUCHANAN, James M. Custo e Escolha. São Paulo: Instituto Liberal de São Paulo, 1993.
- BUCHANAN, James M. Politics as public choice. Indianapolis: Liberty Funds, 2000.
- BUCHANAN, James M. Public Choice and Ideology. In.: Politics as Public Choice. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.
- BUCHANAN, James M. Politics without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and Its Normative Implications. In.: BUCHANAN, James M. TOLLISON, Robert D. The Theory of Public Choice – II. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999.

- BUCHANAN, James M. Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy. *In.: Journal of Law and Economics*, Vol. 2. (Oct., 1959), pp. 124-138 – (<http://links.jstor.org/sici?sici=0022-2186%28195910%292%3C124%3APEWEAP%3E2.0.CO%3B2-7>), acesso em 30 de março de 2012.
- BURKHEAD, Jesse. Orçamento Público (Trad. Margaret Hanson Costa). Rio de Janeiro: FGV, 1971.
- CABRAL, Nazaré da Costa. A redistribuição económica. Breve estudo sobre o seu significado à luz das principais teorias económicas. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.
- CAIDEN, Naomi. Shaping Things to Come Super-Budgeters as Heroes (and Heroines) in the Late Twentieth Century. *In.: RUBIN, Irene S. (Ed.). New Directions in Budget Theory*. New York: State University of New York Press, 1988.
- CAIDEN, Naomi. The New Politics of the Budgetary Process, 5ª ed. New York: Pearson, 2004.
- CALABRESI, Guido. BOBBITT, Philip. Tragic Choices. New York: W. W. Norton, 1978.
- CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? *In: Revista de Administração Pública*, 1990, p. 17. <http://accountabilityadmpublica.wikispaces.com/file/view/Accountability-+Quando+poderemos+traduzi-la+par+o+português+-+Anna+Maria+Campos.pdf>, acesso em junho de 2011
- CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza Jurídica (Parecer). *In.: Revista de Direito Administrativo*, v. 71. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- CASSINELLI, C. W. Some reflections on the concept of the public interest. In: *Ethics*, v. 69, n. 1 (1958). (<http://www.jstor.org/stable/2379439>, acesso 10 de maio de 2012).
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno* (Trad. Marçal Justen Filho). Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COASE, Ronald H. O problema do custo social. In.: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia* (Apresentação). São Paulo: Saraiva, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o Desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: *O Desenvolvimento Ameaçado: Perspectivas e Soluções*. Organização: Centro Brasileiro de Estudos e Formação para o Desenvolvimento. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1989.
- CONTI, José Maurício. Iniciativa Legislativa em Matéria Financeira. In.: CONTI, José Maurício e SCAFF, Fernando Facury (Coords.). *Orçamentos públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CORREIA, Carlos Pinto. A teoria da Escolha Pública. In.: *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. XLII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.
- COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Editoriale scientifica, 2006.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo. *Princípios Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DALTON, Hugh. The Measurement of the Inequality of Incomes. In.: *The Economic Journal*, Vol. 30, No. 119 (Sep., 1920), pp. 348-361 (<http://www.jstor.org/stable/2223525>, acesso em 19 de agosto de 2011).
- DALTON, Hugh. *Princípios de Finanças Públicas*. Rio de Janeiro: FGV, 1960.
- DAHL, Robert. *Who Governs?* New Haven e Londres: Yale University Press, 1961.
- DAHL, Robert. *Poliarquia*. São Paulo: USP, 1997.
- DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. São Paulo: Edusp, 1999.
- DOWNS, Anthony. An Economic Theory of Political Action in a Democracy. In.: *The Journal of Political Economy*, v. 65, n. 2. (Apr., 1957) - <http://links.jstor.org/sici?sici=0022->

- 3808%28195704%2965%3A2%3C135%3AAETOPA%3E2.0.CO%3B2-F, acesso em 29 de dezembro de 2011).
- DROMI, Roberto. Sistema Jurídico e Valores Administrativos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito. São Paulo: Landy. 2004.
- DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. 2ª ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2002.
- DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *In.*: <http://blogs.law.harvard.edu/hltf/files/2010/10/Dworkin.pdf>, acesso em 2 de dezembro de 2011
- FEREJOHN, John. PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 2001, vol.16, n.45, p. 7. *In.*: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n45/4328.pdf>, acesso em 10 de abril de 2012
- ELSTER, Jon. Peças e Engrenagens das Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994
- ELSTER, Jon. Explaining social behavior. More Nuts and Bolts for the Social Sciences. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- ELSTER, Jon. Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens. New York: Russel Sage Foundation, 1992.
- FALZONE, Guido. Il dovere di buona amministrazione. Parte I. Milano: Giuffrè, 1953.
- FAGUNDES, Seabra Miguel. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERNANDES, Adriana Sbicca. Heurísticas na decisão do consumidor (tese de doutorado). *In.*: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8309/73060100001.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 de março de 2012

- FERREIRA, Nuno Miguel Miranda. O conceito de democracia segundo Joseph Schumpeter. *In.*: <http://empreende.org.br/pdf/Democracia%20e%20Participa%20E7%20E3o/O%20conceito%20de%20democracia%20segundo%20Joseph%20Schumpeter.pdf>, acesso em 12 de abril de 2012.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Comentários à Reforma Administrativa Federal. São Paulo: Saraiva, 1975.
- FRASCATI, Jacqueline Sophie Periotto Guhur. O princípio da eficiência como valor apto a contribuir para a eficácia dos direitos sociais a prestações concretizados. *In.*: Revista de Direito de Estado, n. 9. Rio de Janeiro: Renovar.
- FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *In.*: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>, acesso em 8 de abril de 2012
- FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007
- FRIEDRICH, Carl J. Uma Introdução à Teoria Política. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.
- GABARDO, Emerson. Interesse Público e Subsidiariedade. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GAUDIN, Jean-Pierre. L'Action publique: sociologie et politique. Paris: Press de Sciences PO et Dalloz, 2004.
- GOWDA, Rajeev. FOX, Jeffrey C. Judgements, Decisions, and Public Policy (introdução). Kindle Edition: Cambridge University Press, 2002.
- GOSLIN, James J. Budgetary Politics in American Governments, 4a ed. New York: Routledge, 2006.
- GRAU, Eros Roberto A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica) 3.ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- GRAU, Eros. Planejamento Econômico e Regra Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política, 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HICKS, J. R. The Foundations of Welfare Economics. *In.*: The Economic Journal Vol. 49, No. 196 (Dec., 1939), pp. 696-712 (<http://www.jstor.org/stable/2225023>), acesso em 23 de outubro de 2011.
- HOCHMAN, Harold. RODGERS, James. Pareto Optimal Redistribution. *In.*: The American Economic Review, n. 59, n. 4, Parte 1 - <http://www.clsbe.lisboa.ucp.pt/docentes/url/analeco2/Papers/HochmanRodgers%20Pareto%20Optimal%20Redistribution.pdf>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2012.
- HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. New York: W. W. Norton & Company Ltd., 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 5a ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. The Economic Journal, Vol. 49, No. 195 (Sep., 1939), pp. 549-552. Encontrado em <http://www.jstor.org/stable/2224835>, acesso em agosto de 2011.
- KANAYAMA, Rodrigo Luís. A ineficiência do orçamento público impositivo. *In.*: Revista de Direito Público da Economia, n. 28. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- KAPLOW, Louis. The Theory of Taxation and Public Economics. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- KEITH, Robert. The Budget Reconciliation Process: The Senate's "Byrd Rule". *In.*: <http://web.archive.org/web/20101202021810/http://www.rules.house.gov/archives/RL30862.pdf>, acesso em 10 de março de 2012.

- KETTL, Donald F. Prefácio. *In.*: WILDAVSKY, Aaron. CAIDEN, Naomi. *The New Politics of the Budgetary Process*, p. xi).
- LABAND, Paul. *Traité de Droit Constitutionnel*, v. 6. Paris: M. Giard & E. Brière, 1904.
- LABRA, Maria Eliana. Análise de Políticas, Modos de Policy-Making e Intermediação de Interesses: uma Revisão. *In.*: PHYSIS, Revista Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 1999 – <http://www.scielo.br/pdf/physis/v9n2/08.pdf>, acesso em 10 de março de 2012.
- LAGEMANN, Eugênio. Tributação ótima. *In.*: <http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/2064/2446>, acesso em fevereiro de 2012.
- LELOUP, Lance T. From Microbudgeting to Macrobudgeting: Evolution in Theory and Practice. RUBIN, Irene S. (Ed.). *New Directions in Budget Theory*. New York: State University of New York Press, 1988.
- LIJPHARDT, Arend. Modelos de democracia. Desempenho e Padrões de Governo em 36 países. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- LOMBA, Pedro. Teoria da Responsabilidade Política. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- LEHRER, Jonah. Kin and Kind. A fight about the genetics of altruism. *In.*: New Yorker Magazine. New York: Condé Nast, 2012 (edição de 5 de março de 2012).
- LIMONGI, Fernando. Prefácio da obra de Robert Dahl, p. 19. *In.*: DAHL, Robert. Poliarquia. São Paulo: USP, 1997.
- LUFT, Rosangela Marina. Políticas Públicas Urbanas. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social, accountability e democracia: contexto e perspectivas do debate (introdução). *In.*: Revista Direito GV, Especial (Economic and social regulation, accountability and democracy). Rio de Janeiro: FGV, 2005.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Planejamento. *In.*: CARDOZO, José Eduardo Martins *et al* (org). Curso de Direito Administrativo Econômico, v. 2. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MAURICIO JR., Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MATEUCCI, Nicola. Bem Comum (verbete). *In.*: BOBBIO, Norberto e outros. Dicionário de Política, v. 1, 4ª ed. Brasília: UNB, 1998.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A constitucionalização das finanças públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MINGHELLI, Marcelo . Estado e Orçamento: uma cartografia jurídico-política para a consolidação de um orçamento democrático. 2009. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/19858/1/Marcelo.pdf>, acesso em 18 de janeiro de 2011, p. 116.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Económico. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. Novo direito orçamental português. *In.*: Estudos de Direito Público. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e Princípio da Eficiência. *In.*: SUNDFELD, Carlos Ari. Muñoz, Guillermo Andrés (coord.). As leis de processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. *In.* CUÉLLAR, Leila. MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas (Passado, Presente e Futuro de uma Perene Transformação)*. *In.*: Revista de Direito Público da Economia, n. 10. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOTTA, Fernando C. Prestes. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Introdução à organização burocrática*. São Paulo: Thomson, 2004.
- MUELLER, Dennis C. *Public Choice: A Survey*. *In.*: BUCHANAN, James M. TOLLISON, Robert D. *The Theory of Public Choice – II*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999.
- MUSGRAVE, Richard. *Teoría de la Hacienda Pública*. Madrid: Aguilar, 1969.
- MINDLIN, Betty. *O conceito de planejamento (introdução)*. *In.*: MINDLIN, Betty. *Planejamento no Brasil*. São Paulo: Perpectiva, 2001.
- MISHAN, E. J. *Cost-benefit analysis*, 2ª ed. Londres: George Allen & Unwin Ltd., 1975.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NINO, Carlos Santiago. *La Constitución e la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NUSSBAUM, Martha. *The cost of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis*. *In.*: ADLER, Matthew D. POSNER, Eric C. *Cost-benefit analysis*.

- Legal, Economic and Philosophical Perspectives (Introduction). Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal? *In.*: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221841484T5sAW2pw7Dh10FX8.pdf> (acesso em 10 de outubro de 2011).
- PESTANA, Marcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- PIGOU, Arthur Cecil. *Economia del Benessere* (Trad. Mario Einaudi). Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1948.
- PINHO, José Antonio Gomes de. SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *In.*: *Revista de Administração Pública*, n. 43(6). Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 1364. Pode ser encontrada em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n6/06.pdf> (acesso em 17 de junho de 2011).
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- POSNER, Richard A. *Economics Analysis of Law*, 3a ed. Boston: Little Brown and Company, 1986.
- POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- QUINTANA, Enrique Fuentes. *In.* MUSGRAVE, Richard. *Teoria de la Hacienda Pública* (introdução), 1ª ed. (espanhol), 1968.
- QUIRCK, Paul. Resenha sobre a obra "Do Institutions Matter? Government Capabilities in the United States and Abroad", de WEAVER, R. Kent. ROCKMAN, Bert A. *In.*: *The Journal of Politics*, Vol. 56, No. 4 (Nov., 1994), pp.

- 1175-1177, <http://www.jstor.org/stable/2132093>, acesso em 30 de maio de 2012.
- RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Brasília: Editoria Universidade de Brasília, 1981.
- REIS, Fábio Wanderley (apresentação). *In.*: DOWNS, Anthony. Uma Teoria Econômica da Democracia. São Paulo: Edusp, 1999.
- RIKER, W. H. BRAMS, S. J. The paradox of Vote Trading. *In.*: The American Political Science Review, Vol. 67, No. 4 (Dec., 1973), pp. 1235-1247, <http://www.jstor.org/stable/1956545> (acesso em 26 de maio de 2012).
- ROUSSEAU, Jean Jacques. Contrato Social. Lisboa: Editorial Presença, 1977.
- RUBIN, Irene. The politics of public budgeting. Getting an Spending, Borrowing and Balancing. 6ª ed. Washington: CQ Press, 2010.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *In.*: SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Direito e Economia (Apresentação). São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner. *In.*: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/. Acesso em 4 de janeiro de 2012, p.20)
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. *In.*: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em janeiro de 2012.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SANCHES, J. L. Saldanha. Direito Económico. Um Projecto de Reconstrução. Coimbra: Coimbra editora, 2008.
- SANTOS, Jorge Costa. Bem-estar social e decisão financeira. Coimbra: Almedina, 1993.
- SCAFF, Fernando F. República, tributação, finanças. *In.*: Revista de Direito do Estado, n. 10. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais. In.: A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. A participação popular na Administração Pública. O Direito de Reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHICK, Allen. The Federal Budget: Politics, Policy, Process, 3a ed. Harrisonburg: Brookings, 2007.
- SCHICK, Allen. Congress and Money: Budgeting, Spending and Taxing. Washington DC: Urban Institute Press, 1980.
- SCHUMPETER, J. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura S.A., 1961.
- SEGAL, Geoffrey F. e SUMMERS, Adam. Citizens' Budget Reports: Improving Performance and Accountability in Government. In.: http://www.heartland.org/custom/semod_policybot/pdf/8771.pdf, acesso em março de 2011.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SEN, Amartya. The impossibility of a paretian liberal. In.: *Journal of Political Economy*, Vol. 78, No. 1 (Jan. - Feb., 1970), pp. 152-157 (<http://www.jstor.org/stable/1829633>), acesso em 31 de janeiro de 2012.
- SEN, Amartya. The Discipline of Cost-Benefit Analysis. In.: ADLER, Matthew D. POSNER, Eric C. Cost-benefit analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives (Introduction). Chicago: University of Chicago Press, 2000.
- SILVA, José Afonso da. Orçamento-programa no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- SIMON, H. A. Administrative Behaviour. A Study of Decision-Making Process in Administrative Organizations, 4º ed. New York: The Free Press, 1997.
- SMITH, Adam. The Theory of Moral Sentiments. Amazon Kindle Version, 2011.
- SMITH, Adam. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Amazon Kindle version, 2002.

- SMITH, Graham. *Democratic Innovations. Designing Institutions for Citizen Participation*. Cambridge: University Press (versão eletrônica Kindle), 2009.
- SOUSA FRANCO, Antonio de. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. v. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 2007.
- STIGLER, George J. *Economics or Ethics? The Tanner Lectures On Human Values*. In.: <http://bbs.cenet.org.cn/uploadimages/200442020285010025.pdf>, 1980., acesso em 12 de outubro de 2011.
- STIGLER, George. *The New Welfare Economics*. In.: *The American Economic Review*, v. 33, n. 2 (junho de 1943) - <http://www.jstor.org/stable/1811968> (acesso em 30 de março de 2012).
- STIGLITZ, Joseph. *Economics of the Public Sector*, 3ª ed. New York: W. W. Norton & Co., 1999.
- STOKEY, Edith. ZECKHAUSER, Richard. *A primer for policy analysis*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- STRINGHAN, Edward. *Kaldor-Hicks Efficiency And The Problem Of Central Planning*. In.: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676256, acesso em 20 de dezembro de 2011.
- SUBIRATS, Joan e outros. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Ariel, 2008.
- THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press (Versão Kindle), 2008.
- THIRLBY, G. F. *The subjective theory of value and accounting "cost"*. In.: BUCHANAN, James M. THIRLBY, G. F. *L.S.E. Essays on cost*. New York: New York University Press, 1981 - http://files.libertyfund.org/files/105/0725_Bk.pdf, acesso em março de 2011).
- TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Democracias majoritárias e escolhas políticas: a insuficiência do argumento do interesse público – ainda não publicado).
- TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Estado, Democracia e Administração Pública no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, v. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. A liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- TORRES, Ricardo Lobo. NOME In.: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TSEBELIS, George. Atores com poder de veto. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.
- TIMM, Luciano Benetti, TONIOLO, Giuliano. A aplicação do Princípio da Eficiência à Administração Pública: Levantamento bibliográfico e um estudo da jurisprudência do TJRS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LUCIANO-BENETTI.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2011).
- TULLOCK, Gordon. SELDON, Arthur. BRADY, Gordon L.. Government Failure. Washington: Cato, 2005.
- TVERSKY, Amos e KAHNEMAN, Daniel. Rational Choice and the Framing of Decisions. In.: The Journal of Business, Vol. 59, No. 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory (Oct., 1986) – <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/2352759.pdf>, acesso em 10 de março de 2012.

- USLANER, Eric M. DAVIS, J. Ronie. The Paradox of Vote Trading: Effects of Decision Rules and Voting Strategies on Externalities. In.: *The American Political Science Review*, Vol. 69, n. 3 (Sep., 1975), pp. 929-942 (em versão eletrônica: <http://www.jstor.org/stable/1958407>, acesso em 4 de outubro de 2011).
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa (Tese de Pós-doutorado). In.: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6977/VANICE%20VALLE.pdf?sequence=1> (acesso em 9 de novembro de 2011).
- VIDIGAL, Geraldo. Fundamentos do Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- VILLEGAS, Héctor B. Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Buenos Aires: Astrea, 2009.
- VITAL, André Luiz Francisco da Silva. A teoria dos jogos no contexto social e a visão de controle. In.: *Revista de Direito Público da Economia*, v. 32. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs). Direito & Economia. Rio de Janeiro: Campus, 2005.
- WILDAVSKY, Aaron. CAIDEN, Naomi. *The New Politics of the Budgetary Process*, 5ª ed. New York: Pearson, 2004.
- USA. Budget concepts and budget process. In.: <http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/budget/fy2012/assets/concepts.pdf>, acesso em 12 de maio de 2012).