

Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador

Ana Paula Martinez*

1. Uma introdução à análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas

A ideia subjacente à análise de custo-benefício é simples: a sociedade tem recursos limitados para serem alocados em políticas públicas. Cada projeto envolve custos e benefícios, que devem ser mensurados para que não se continuem com projetos cujos custos superem os benefícios. O objeto é maximizar o ganho líquido das políticas públicas e, em princípio, deve-se adotar aquela possibilidade que tenha a maior relação benefício/custo (ao menos igual a 1). Como veremos adiante, pressupõe-se que os beneficiados com as políticas escolhidas compensarão aqueles que forem prejudicados. Obviamente, essa compensação dificilmente ocorre na prática, mas entende-se que a adoção consistente de políticas eficientes fará com que toda a sociedade seja beneficiada no longo prazo.

Para a análise de custo-benefício, geralmente toma-se como ponto de partida (*baseline*) para a comparação a situação da sociedade sem a existência do projeto em discussão, todo o restante permanecendo inalterado. Todos os custos e bene-

* Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica e secretária adjunta da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Mestre em direito pela Harvard Law School e em direito internacional pela Universidade de São Paulo. Bacharel em direito pela Universidade de São Paulo. Este artigo é de inteira responsabilidade da autora e não necessariamente reflete a opinião do Ministério da Justiça.

fícios devem ser considerados, mesmo aqueles que não podem ser traduzidos em pecúnia (devem ser considerados os benefícios que podem ser quantificáveis, mas não monetarizados, e aqueles medidos em termos de qualidade). Custos e benefícios devem ser descontados a valor presente, de modo a evitar distorções no cálculo.¹ Recursos têm um custo de oportunidade e o cálculo de custos e benefícios deve levar isso em conta. No geral, a sociedade arca com os custos em um momento anterior ao gozo dos benefícios. Quanto mais os benefícios estão dispersos no tempo, menor o seu valor, por causa do aumento das incertezas e do fato de que preferimos gozar os benefícios hoje e não no futuro — e estamos dispostos a pagar por isso. Assim, para políticas com benefícios a longo prazo, aumentar a taxa de desconto fará com que a política se torne menos atrativa.

Como exigência normativa, a análise de custo-benefício surge contra um pano de fundo de delegação do processo de edição de regras e regulamentos administrativos às chamadas agências reguladoras. Os Estados Unidos, que adotaram a análise de custo-benefício de forma *sistemática* com a emissão da *Executive order* nº 12.866 em 1993 (incorporada também pelos republicanos e em legislação esparsa aprovada pelo Congresso),² são o grande exemplo.

Dessa breve descrição inicial, o leitor desavisado poderia inferir que o enquadramento de políticas públicas na moldura de custo-benefício é tema próprio aos estudiosos da economia política ou da gestão governamental, havendo um campo restrito para as contribuições da teoria do direito. Contudo, por trás de toda discussão técnica e das dificuldades metodológicas em torno de como computar custos e benefícios na adoção de políticas públicas, há ao menos três questões que requerem tratamento (quase exclusivo) da teoria jurídica.

A primeira dessas questões refere-se ao fundamento ético do critério da análise custo-benefício: por que deveríamos escolher uma política que maximiza bem-estar? O incremento do bem-estar total é compatível com políticas redistributivas? A segunda questão, que expressa posição de forte conteúdo moral, diz

¹ As taxas de desconto podem variar. O U. S. Office of Management and Budget recomenda o uso de taxa de 7%, que corresponde a uma estimativa do custo de oportunidade do capital, medido pela taxa de retorno do investimento privado bruto (ver OMB, *circular A-94 revised: guidelines and discount rates for benefit-cost analysis of federal programs*, de 29 Dec. 1992, disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/circulars/a094/a094.html>). Morrison (1998) documenta variações entre 2% e 10% nas taxas de desconto adotadas por parte das agências norte-americanas.

² *Executive Order* n. 12.866, *Federal Register* v. 58, n. 90, p. 51.735, 4.10.1993, disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/inforeg/eo12866.pdf>. Ver também *section 624 do Treasury and general government appropriations act* de 2001, conhecido como *Regulatory right-to-know act* (31 U.S.C. §§1105). O U.S. Office of Management and Budget (OMB) deve apresentar periodicamente ao Congresso dos Estados Unidos um relatório sobre os custos e benefícios da legislação federal. O Congresso dos Estados Unidos inclui em legislação esparsa a obrigação de determinadas agências realizarem análise de custo-benefício (ver, e.g., 15 U. S. C. 2601 (*Toxic substances control act*); 7 U.S.C. 136 (*Federal insecticide, fungicide, and rodenticide act*); 42 U.S.C. 300g-1 (*Safe drinking water act*)).

respeito ao tempo. Ao fazer o cálculo de custos e benefícios, há que se descontar os benefícios (e custos) a serem recebidos (e suportados) no futuro, a fim de expressá-los em valores de hoje. E a grande pergunta é: qual “taxa de desconto” deve ser usada? Não há dúvida de que R\$ 1 hoje vale mais do que daqui a 30 anos, mas podemos aplicar essa linha de pensamento quando lidamos com vidas e saúde? Nesse caso, é correto dizer que beneficiar o administrado daqui a um ano é pior do que fazê-lo hoje? Além disso, o que dizer dos interesses de nossos descendentes? Quanto do nosso bem-estar hoje vale o sacrifício de futuras gerações? E, por fim, como fazer quando custos e benefícios não podem ser perfeitamente antecipados, tornando qualquer análise de custo-benefício bem menos trivial do que possa parecer ao leitor? Essas — taxa de desconto, justiça intergeracional e incerteza — são as três dimensões que a questão do tempo traz ao formulador de políticas públicas e a cada uma delas dedicaremos parte deste capítulo. Por fim, um terceiro problema, ligado aos dois primeiros, diz respeito ao jogo democrático: sob o enfoque do sistema jurídico brasileiro, qual o papel do Judiciário, do Executivo e do Legislativo na aplicação da análise de custo-benefício? Passemos à análise dessas questões.

2. O fundamento ético da análise de custo-benefício e o critério de Kaldor-Hicks

Quais instituições políticas e sociais tornariam a vida melhor, mais satisfatória? Desde o início, a tradição da filosofia política anglo-saxã elegeu essa como a pergunta central a ser enfrentada. Qualquer que fosse a resposta, o desenho institucional considerado *eticamente* superior seria aquele capaz de fornecer uma vida *melhor* aos indivíduos. Mas como medir *quanto melhor* ou *quão mais feliz* cada indivíduo ficaria em cada alternativa? A resposta dessa tradição da filosofia moral foi empregar o conceito de *utilidade*: arranjos que implicassem um incremento de utilidade para os indivíduos trariam mais satisfação ou felicidade do que aqueles em que os indivíduos extraíssem menos utilidade. Assim, uma política que distribuisse casacos para habitantes pobres de uma região fria seria presumivelmente superior, do ponto de vista ético, àquela que ofertasse casacos para habitantes de uma região em que o inverno fosse menos rigoroso.

A corrente filosófica que encarava a felicidade, medida pela utilidade extraída de cada política, instituição ou ato, acabou conhecida como *utilitarismo*. De acordo com os utilitaristas, a distribuição *eticamente correta* de recursos escassos é aquela que eleva ao máximo o grau de satisfação dos beneficiários. O problema para esse tipo de abordagem é que as comparações entre políticas não são sempre tão claras, mesmo quando se toma a métrica restrita da utilidade como parâmetro. Assim,

por exemplo, se um estado assegura a integridade física de seus administrados, mas não outras liberdades individuais, qual o saldo da felicidade de seus cidadãos em comparação a um estado que é presa fácil de guerras, mas consagra e respeita liberdades civis? A comparação interpessoal de felicidade, satisfação ou utilidade continua objetivamente impossível.

A teoria econômica moderna se propôs a resolver esse problema empregando dois mecanismos: o primeiro foi abandonar a tentativa de medir diretamente o bem-estar por meio da felicidade ou utilidade derivada de cada política, passando a adotar o conceito de preferência. Não podemos medir quanto mais feliz ou satisfeito um indivíduo fica com um chocolate ao invés de um livro, mas podemos observar o *padrão de escolhas* desse indivíduo e presumir que ele prefere chocolate a livros, dadas certas condições.

Quando os utilitaristas passaram a observar preferências para formular juízos éticos, a formulação de um critério geral de orientação ficou mais fácil. Esse critério veio com Wilfrido Pareto: uma distribuição que melhore a situação de alguém sem piorar a de ninguém é eticamente superior. Outro nome para o critério de Pareto é eficiência econômica: ponto de eficiência é aquele em que não se pode melhorar a situação de ninguém sem piorar a de alguém. Apesar de intuitivo, há limitações evidentes nesse critério já que a maioria das decisões envolve beneficiados e prejudicados. Para superar essa limitação, a teoria ética passou a adotar uma variante: o chamado critério de Kaldor-Hicks³ ou potencial de Pareto. Por esse critério, deve-se adotar uma política que aumente o bem-estar dos beneficiados em um montante superior à perda dos prejudicados.⁴

Vale resumir brevemente o caminho que traçamos até aqui para entender como, ao final, a teoria ética chegou aos mesmos dilemas iniciais: no início, os filósofos tentaram desenvolver métodos para medir diretamente a *felicidade*, sem sucesso. Depois migraram para o conceito mais estreito de *utilidade*. Posteriormente, com o nascimento da economia, passaram a empregar o conceito de *preferência* e formularam um critério ético de escolha que conhecemos hoje como eficiência econômica, ou eficiência no sentido de Pareto. Ao se defrontarem com a aplicação restrita do conceito de Pareto (todos têm sua situação melhorada e ninguém tem sua situação piorada), formularam uma variante, que apresentamos como critério de Kaldor-Hicks: as políticas que, no saldo líquido, melhoram o bem-estar dos indivíduos são moralmente superiores uma vez que os bene-

³ Conforme Kaldor (1939).

⁴ A lógica subjacente a esse critério é a de que, em tese, os beneficiados poderiam compensar os que saíram perdendo e ainda assim melhorarem sua situação. É possível transformar uma situação eficiente no sentido de Kaldor-Hicks em uma eficiente no sentido de Pareto, daí o nome eficiência potencial de Pareto (ainda que na prática isso não necessariamente ocorra, espera-se que a adoção consistente de políticas eficientes beneficie a sociedade como um todo).

ficiados podem, em tese, compensar os prejudicados. E, finalmente, fechamos o círculo com o mesmo desafio fundamental: como medir perdas e ganhos de bem-estar a fim de computar o saldo líquido de uma política? Esse é o desafio metodológico do critério de Kaldor-Hicks. E a roupagem moderna para este critério é, justamente, a da análise custo-benefício. A seguir tratamos da discussão moral que envolve o critério de Kaldor-Hicks, em especial nas tensões sempre presentes entre eficiência e justiça.

A tensão entre eficiência e justiça

A adoção da análise de custo-benefício por vezes é criticada e chamada de injusta, por partir da presente distribuição de riquezas, não colocando pesos diferentes para a melhora da situação dos mais necessitados se comparados com os mais ricos da sociedade. Assim, uma pequena melhora na situação de um escravo pode ser eficiente no sentido de Kaldor-Hicks (o escravo melhora sua situação se considerarmos que, se não fosse pelo senhor de escravos, ele nem comida teria), mas isso não tornaria a escravidão justa ou aceitável.

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

Um exemplo ajudará o leitor a situar o debate em seu devido contexto: imagine um programa de combate à pobreza, custeado com a introdução de um novo imposto. Os contribuintes do novo imposto, claro, têm sua situação piorada. Se o programa é bem focalizado, beneficia de fato os mais pobres, imaginamos que seja eficiente no sentido Kaldor-Hicks: R\$ 1 (ou um cobertor, uma cesta básica e assim por diante) vale mais para um cidadão miserável do que para um cidadão empregado e com renda razoável.⁵ Como um todo, a sociedade está me-

⁵ Assumimos a premissa — bastante intuitiva, mas não consensual na literatura econômica — de que o dinheiro tem utilidade marginal decrescente, exatamente como outros bens. O real adicional vale menos para quem já é milionário do que para o rico. Vale menos para o rico do que para o pobre, e menos para o pobre do que para o miserável.

lhor com o programa do que sem ele. A crítica de que a análise custo-benefício não incorpora a distribuição inicial de bens e direitos equivaleria a dizer que não faria sentido discutir se o programa de redução da pobreza acima descrito teve efeito líquido positivo: de acordo com esses críticos, teríamos de nos circunscrever a questionar a situação de miséria inicial dos beneficiários do programa. Vale dizer, a crítica que imputa crueldade a esse tipo de análise desconsidera o fato de que se trata de ferramenta de avaliação comparativa, que pondera os efeitos de determinado programa, política, lei ou decisão em comparação ao que se tinha antes. Critica-se a análise de custo-benefício acusando-a de não resolver um *problema que nunca se propôs a atacar*.

Visto de outro ângulo, fica mais fácil entender o porquê a crítica tem óbvias limitações: imagine o mesmo programa de redução à pobreza, só que com o processo de distribuição de renda a essa camada da população extremamente custoso. Imaginemos que o governo envie cada cheque por correio e que o custo de administração do programa supere o próprio benefício, ou seja, custa mais entregar o dinheiro do que o próprio valor do benefício auferido. Uma análise custo-benefício bem feita identifica essa destruição de riqueza e avalia se existe alguma outra maneira de organizar a distribuição do dinheiro. Nesse caso, a análise custo-benefício é uma ferramenta que permite, qualquer que seja o objetivo perseguido, que se busque alcançá-lo da forma mais eficiente, aumentando o montante de recursos disponíveis para a meta que se deseja alcançar.

Mesmo para os que acham — equivocadamente — que análises fundadas no critério de Kaldor-Hicks carecem de base normativa ou moral, há um segundo aspecto a ser considerado. Qualquer que seja o objetivo eleito normativamente, é sempre melhor ter mais recursos para cumpri-lo. E é a análise de custo-benefício que evita que desperdicemos recursos preciosos na busca de nossas metas, quaisquer que sejam elas. Assim, a tensão entre justiça (distributiva), relacionada à alocação inicial de bens e direitos, e a eficiência — que maximiza bem-estar tomando a alocação inicial como dada — parece-nos, na maioria das críticas formuladas, superdimensionada. Em geral, de um lado, questionar uma determinada dotação inicial de bens e direitos não desonera o formulador de políticas públicas da difícil tarefa de decidir no meio da escassez. E, de outro lado, incorporar a análise custo-benefício na avaliação das políticas públicas não significa que a avaliação prudencial, tão típica do direito, deva ser deixada de lado. Vale dizer que a análise custo-benefício convive bem com políticas redistributivas e com ideais de justiça: a questão apenas é justificar a escolha diante de alternativas, informando à sociedade os custos e benefícios de cada opção.

3. Uma breve digressão sobre políticas públicas e o problema do tempo: taxa de desconto, justiça intergeracional e incerteza

Taxa de desconto: bem-estar no presente versus bem-estar no futuro

Faz sentido descontar benefícios advindos da regulação assim como descontamos dinheiro? A questão não é simples e, para respondê-la, devemos entender exatamente o *quê* estamos descontando. Em geral, mesmo quando a literatura alude a uma taxa de desconto aplicada a vidas ou saúde humana, o que na verdade se está mensurando não é a vida em si, mas sim o que as pessoas estariam dispostas a pagar para aumentar o seu nível de segurança. Assim, se perguntássemos ao leitor quanto vale a sua vida, certamente obteríamos uma resposta similar a “minha vida não tem preço”. Mas agora modifiquemos a pergunta: o leitor pagaria R\$ 6 mil por um *air bag* que reduz a mortalidade em acidentes de automóvel em 10%? Se a chance de estar envolvido em um acidente de automóvel fatal é, digamos, 1/100, então, a aquisição do *air bag* aumenta (estatisticamente) a sobrevida em 0,1%. Se o leitor aceitasse pagar R\$ 6 mil por essa segurança incremental, sabemos que à vida foi atribuída valor superior a R\$ 6 milhões (R\$ 6.000/0,001). Se, por outro lado, o leitor já não aceitasse pagar R\$ 10 mil pelo acessório, estar-se-ia estatisticamente atribuindo à vida um valor entre R\$ 6 milhões e R\$ 10 milhões.

Os reguladores, no mundo anglo-saxão, empregam esse tipo de evidência — quanto as pessoas estão dispostas a pagar para reduzir os riscos cotidianos — para inferir o conceito de “valor da vida estatística” (VSL).^{6,7} Assim, quando uma agência reguladora debate o efeito de uma regra ambiental na saúde de sua população, medida em dólares, o que está discutindo, no fundo, é quanto o cidadão estaria disposto a pagar (na forma de impostos ou preços mais altos) por um bocado adicional de segurança ou qualidade de vida. Assim, o que estamos descontando a valor presente não são as vidas em si, mas sim os recursos necessários para preservá-las. Qual é então a taxa de desconto apropriada?

Como regra geral, sempre que estivermos mensurando recursos, a taxa de desconto apropriada é aquela que reflete o custo de oportunidade do capital. O

⁶ Para uma discussão mais extensa da implicação da aplicação do conceito do *value of statistical life*, ver Viscusi (2003).

⁷ Tem se discutido a adequação do método VSLY, o valor da vida estatística/ano (*economic value of a statistical life year*) no lugar do VSL ou cumulado a ele. A premissa do VSLY é que salvar 10 vidas, ano não é necessariamente 10 vezes melhor que salvar uma vida ao ano. Ver U.S. Office of Management and Budget (2003).

U.S. Office of Management and Budget recomenda o uso de taxa de desconto de 7%,⁸ que corresponde a uma estimativa atual do custo de oportunidade do capital, medido pela taxa de retorno do investimento privado bruto nos EUA (as agências não estão vinculadas a essa taxa e na prática adotam taxas de desconto que variam entre 2% a 10%). Presumivelmente, no Brasil, teríamos uma taxa de desconto superior, uma vez que a taxa básica da economia fixada pelo Banco Central do Brasil gira em torno dos 11%.⁹

A lógica subjacente a esse tipo de análise, como já dissemos, é a de manter um critério consistente na avaliação de como aplicar recursos: construir um hospital hoje, salvando vidas já no final do ano, ou construir uma estação de tratamento de água em três anos, salvando vidas¹⁰ no quarto ano? Se a construção da estação de tratamento de água custa um pouco mais do que o hospital, mas os desembolsos só são necessários em três anos, a análise sem taxa de desconto pode levar a uma decisão equivocada: a despeito do fato de que a valor presente, construir a estação de tratamento é mais barato do que o hospital, a ausência da taxa de desconto faz parecer que temos justamente o inverso. E o que é mais importante: ao deixar de economizar recursos com a decisão correta — no nosso caso construir a estação de tratamento ao invés do hospital —, o administrador público desperdiça precioso capital, que poderia ser alocado para salvar mais vidas. Basta imaginar que os recursos que o formulador deixou de poupar, por não ter feito uma análise do valor presente dos investimentos, poderiam ter sido utilizados em um programa de vacinação.

Alguns defendem a alteração da taxa de desconto naquelas circunstâncias em que, ao invés de descontarmos os recursos necessários para salvar uma vida no futuro, trazemos a valor presente os próprios benefícios (vidas salvas, por exemplo). Assim, imaginemos que dois gastos, idênticos, realizados hoje, levem a um mesmo benefício, mas em tempos diferentes no futuro: um programa ambiental que custa R\$ 10 milhões, salva mil vidas no futuro distante, ao passo que um programa de vacinação, que também custa R\$ 10 milhões, salva o mesmo número de vidas, nos próximos cinco anos. Podemos dizer que mil vidas salvas nos próximos cinco anos valem mais do que mil vidas salvas daqui a 100 anos?

Há diferentes respostas para esse dilema. A resposta mais comum, na linha do que preconiza o U. S. OMB, parte do conceito de valor da vida estatística e constrói o seguinte raciocínio: como o benefício de salvar uma vida pode ser traduzido em

⁸ OMB, *Circular A-94 revised: guidelines and discount rates for benefit-cost analysis of federal programs*, 29 Oct. 1992.

⁹ O Ministério da Saúde do Brasil recomenda o uso de taxas de desconto próximas a 5%.

¹⁰ O pressuposto aqui é que o hospital ou a estação de tratamento de águas salve o mesmo número de vidas.

pecúnia, descontar esses benefícios é um exercício sujeito exatamente às mesmas regras do custo de oportunidade do dinheiro, e a taxa de desconto deve ser a média do retorno do investimento privado. Uma segunda resposta é que, admitindo que tais benefícios devam ser descontados a valor presente, tenta atribuir ao exercício uma taxa de desconto que capture a propensão natural das pessoas que preferem ganhos de bem-estar no presente e não no futuro. Assim, exatamente como alguém prefere ganhar seu salário hoje a recebê-lo daqui a um ano (custo de oportunidade do capital), as pessoas tendem a preferir benefícios alocados no presente, ainda que definidos em termos de saúde ou vidas salvas. Michael Moore e Viscusi (1990) estimaram, empiricamente, qual seria a taxa de desconto implícita na escolha de indivíduos, forçados a tomar decisões em que o desconto não se aplica a dinheiro, mas sim a vidas humanas, chegando a 2%. Por fim, a terceira resposta é aquela que afirma que uma vida salva daqui a 1.000 anos vale o mesmo do que uma vida salva hoje. Apesar de a terceira resposta ter algum apelo intuitivo, simplesmente parar de empregar taxas de desconto na escolha de políticas públicas pode levar a enormes distorções, optando-se por políticas que gerem resultados em um futuro distante em detrimento daquelas que salvem vidas hoje. Se os benefícios não são descontados (uma vida salva no futuro vale o mesmo que uma vida salva hoje), mas os custos são (uma vez que estes estão expressos em pecúnia), o resultado paradoxal de não se adotar uma taxa de desconto é o de que políticas que poderiam salvar vidas (e que custam dinheiro) seriam sempre adiadas (R\$ 1 gasto no futuro é melhor do que R\$ 1 gasto no presente). Por tal razão, a obrigação moral da geração de hoje, segundo Sunstein (2007), *“is best discharged not by a zero discount rate, but by asking the current generation to do what it is morally obliged to do”*. Mas em que medida as obrigações morais da presente geração são claras ou ao menos determináveis? Isso nos leva à próxima questão.

Justiça entre gerações

Descontar efeitos futuros tende a dar peso maior, como vimos, às políticas que geram benefícios hoje. Por conta desse aspecto, parte da teoria atribui à análise custo-benefício certo viés contra as gerações futuras. Assim, imagine-se uma política que reforme todo o sistema público de saúde, introduzindo concorrência ao longo da cadeia econômica dos prestadores aos seguradores, que passariam a competir, ao longo do tempo, pelo financiamento governamental. Imagine-se que os custos de uma reforma do sistema de saúde com tais características seriam bastante elevados, mas que, depois de um longo período de transição — digamos, 50 anos —, o sistema de saúde passasse a funcionar muito melhor. A despeito dessa melhora que legaríamos aos nossos filhos, os benefícios não

seriam, de forma alguma, maiores do que os custos (incorridos hoje). Assim, não introduzimos a reforma. A solução parece consistente e justa. Afinal, é provável que as gerações futuras sejam mais prósperas que as de hoje (crescimento negativo do produto interno de países, por décadas em sequência, é algo muito raro na história econômica das nações) e que os problemas típicos do sistema de saúde no futuro sejam muito diferentes daqueles de hoje. A existência da prática de descontar benefícios futuros, portanto, nos permite uma decisão adequada. Agora pensemos na questão da política ambiental: reduzir as emissões de gás estufa hoje certamente impõe um alto custo a todos, e os benefícios só serão colhidos em um futuro distante, pelas próximas gerações. Nesse caso, o uso de uma taxa de desconto, qualquer que seja, tende a favorecer, como no exemplo dado, outras políticas que gerem benefícios tangíveis para os desafortunados de hoje. Em que medida, nesse caso, a análise de custo-benefício está na verdade hipotecando o futuro de nossos descendentes?

Conquanto a solução para esse dilema não seja simples, a resposta, nos parece, reside na compreensão de como lidar com a questão da *irreversibilidade*. Quando uma política de hoje traduz-se em danos irreversíveis para gerações futuras, há que se lidar com a situação de forma diversa e temos de outorgar ao futuro um *status* especial: nesses casos particulares, é como se momentaneamente baixássemos a zero a taxa de desconto. Os teóricos do direito devem reconhecer o debate acerca de como as gerações presentes devem se portar diante de danos potencialmente irreversíveis às gerações futuras por sua face jurídica mais visível, o *princípio da precaução*,¹¹ chancelado por acordos internacionais¹² e jurisdições como os Estados Unidos¹³ e a União Europeia.¹⁴

O recurso ao princípio da precaução pressupõe, em primeiro lugar, a identificação de efeitos potencialmente nocivos decorrentes de um fenômeno, de um produto ou de um processo e, em seguida, a tomada de medidas para evitá-los. Na prática, contudo, a noção de efeito potencialmente nocivo é muito ampla e tornaria inviável qualquer atividade do homem no presente (tudo seria “evitado”). Daí surgiu a definição da Unesco (2005): apenas os riscos “moralmente inaceitáveis” devem ser evitados pelo princípio da precaução. E o que são os riscos moralmente

¹¹ Para crítica ao princípio da precaução (por ser vago e inconsistente), ver Sunstein (2005).

¹² Esse princípio foi consagrado, em termos de preservação do meio ambiente, com a adoção da Declaração do Rio, de 1992, princípio 15. O princípio está presente igualmente no Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias da Organização Mundial do Comércio, art. 5º.

¹³ A definição mais citada do princípio da precaução é aquela do Wingspread Statement, de 1998, tradução livre: “quando uma atividade ocasione ameaças de dano à saúde humana ou ao meio ambiente, medidas de precaução devem ser tomadas ainda que algumas relações de causa e efeito não tenham sido inteiramente comprovadas cientificamente”.

¹⁴ Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução*, Bruxelas, COM (2000) 1 final, 2 de fevereiro de 2000.

inaceitáveis? A definição abrange aqueles riscos que ameaçam a vida e a saúde, causam danos sérios e irreparáveis, ou ainda que sejam *injustos* com as gerações futuras. E aqui o que seja *injusto* também é suscetível a diversas teorias: a de John Rawls (2002), por exemplo, usa o princípio do “véu da ignorância” para simular, em um contexto de aversão ao risco, as obrigações morais de cada geração. Em síntese, em uma variante do princípio de neutralidade intergeracional, Rawls defende que leguemos aos nossos descendentes aquilo que gostaríamos de ter recebido de nossos antepassados.

A despeito de louváveis os esforços daqueles que defendem princípios como a neutralidade intergeracional para nos guiar pela vasta gama de potenciais conflitos entre gerações, o fato é que políticas públicas vêm associadas a escolhas difíceis (*trade-offs*).¹⁵ Assim, por exemplo, a dicotomia progresso industrial *versus* proteção ambiental nada significa até que se entenda que o bem-estar de uma família miserável e de seus descendentes pode depender de um emprego gerado a partir de uma matriz energética considerada “poluente” e, como tal, não compatível com a ideia de preservação ambiental. A única forma de trabalhar com essas questões difíceis relacionadas ao tempo — inclusive as de natureza intergeracional — é empregar análises de custo-benefício, descontar benefícios e custos futuros a valores presentes, cercando-nos de cuidados, especialmente nas decisões que possam acarretar danos irreversíveis a gerações futuras.

Incerteza

Até agora, quando lidamos com efeitos de políticas públicas no tempo, assumimos que tanto custos quanto benefícios podem ser perfeitamente antecipados. Nos exemplos que construímos, as medidas adotadas hoje são resultado direto do horizonte temporal e da taxa de desconto aplicada aos custos e benefícios decorrentes do curso de ação sob análise. Na realidade, contudo, há um elemento que torna qualquer análise de custo-benefício bem menos trivial do que possa parecer ao leitor: a *incerteza*. Em concreto, a análise de custo-benefício depende da nossa capacidade de contabilizar eventos futuros e, por definição, incertos. Assim, no mais das vezes, o formulador de políticas públicas deve trabalhar não com eventos determinados, mas sim com leques de potenciais resultados decorrentes de suas

¹⁵ Nesse sentido, ver art. 225, §1º, V, da Constituição Federal brasileira. A base filosófica do art. 225 da Constituição encontra respaldo no conceito de poupança justa de Rawls. A questão é que na prática a implementação desse princípio se coloca na forma de difíceis escolhas. O que fazer quando o estudo prévio do impacto ambiental conclui que a construção de uma usina hidrelétrica irá extinguir uma espécie rara de bagres (dano, portanto, irreparável a gerações futuras) se a mesma usina irá possibilitar a geração de energia limpa a um preço barato, incrementando o progresso econômico?

decisões. No mundo das políticas públicas, uma análise de custo-benefício bem feita, em geral, não é determinística, mas sim probabilística.

Veja a seguinte ilustração. Daqui a um ano, o gasto na construção de um hospital — especializado em doenças respiratórias — poderá, a um custo de R\$ 100 milhões, salvar 50 vidas adicionais. Alternativamente, o mesmo gasto em saneamento básico, na mesma região, deve ser capaz de salvar 100 vidas adicionais, evitando que doenças ligadas à falta de tratamento de água surjam. Que investimento fazer? Aqui, o reflexo do jurista tradicional seria o de afirmar, baseado no direito constitucional à vida, que o formulador de políticas públicas deve fazer os dois investimentos, tanto em saneamento quanto no hospital. Quando redarguimos com o fato básico de que somente temos R\$ 100 milhões (e, portanto, não existe a possibilidade factual de perseguir os *dois* investimentos, mas somente um), o “jurista” replicará que essa é uma questão “extrajurídica”.¹⁶ Já o jurista moderno decidirá, com base no critério de custo-benefício, priorizar o investimento em saneamento básico ao invés da construção do hospital. Mas aqui entra o problema da incerteza. O efeito da poluição — e seu impacto nas doenças respiratórias — torna difícil prever com exatidão os resultados do próximo inverno. A poluição pode aumentar dramaticamente a incidência de asma entre as crianças e aumentar a quantidade de vidas salvas pelo hospital. Em um inverno marcado pela poluição, o número de crianças asmáticas pode, digamos, triplicar (este artigo não tem qualquer pretensão à cientificidade e o eventual médico nos irá perdoar os exemplos, que são meramente ilustrativos). Assim, o dilema do formulador de políticas é investir em saneamento (salvar 100 vidas) ou investir na construção do hospital (salvar 50 vidas ou 150, dependendo da combinação “inverno e poluição”).

Vejam como o problema da incerteza afeta a decisão: se acreditarmos, por exemplo, que a chance de termos um inverno rigoroso no próximo ano é de 50%, a decisão que maximiza bem-estar, baseada no critério de custo-benefício, ainda é a de investir em saneamento, que resultará em 100 vidas salvas, contra o resultado — ajustado para probabilidade — de 75 vidas salvas com a construção dos hospitais ($0,5 \times 150 = 75$). Se, por outro lado, acreditarmos que a probabilidade de o inverno ser marcado pela poluição seja de 80%, a decisão “correta” (com maior saldo líquido positivo) muda completamente. O resultado, ajustado para probabilidades, indica que a construção do hospital é mais benéfica, resultando em 120 vidas salvas ($0,8 \times 150 = 120$). Quando confrontarmos os dois cursos no mundo das políticas públicas, raramente poderemos nos dar ao luxo de antecipar, com exatidão, os resultados de nossas ações. Temos de nos conformar, portanto, em

¹⁶ É a postura adotada por parte de alguns membros do Judiciário brasileiro, como será visto adiante.

tomar aquele caminho que, do ponto de vista probabilístico, traduz-se em maiores ganhos de bem-estar.

4. Fundamentos constitucionais para a adoção da análise de custo-benefício

Vimos que os três elementos que acabamos de debater — taxa de desconto, justiça entre gerações e incerteza — são cruciais para que qualquer tentativa de efetuar uma análise de custo-benefício consistente tenha êxito. Em que medida os órgãos da administração pública brasileira devem ser instados a realizar esse tipo de exercício e em que extensão o arcabouço constitucional lhes demanda isso são questões das quais passamos a nos ocupar. Abordaremos qual é o esperado papel do Legislativo e do Judiciário na consideração de políticas públicas maximizadoras de bem-estar.

Princípios da eficiência (arts. 37 e 74 da CF) e economicidade (art. 70 da CF): em busca do fundamento constitucional da análise de custo-benefício

Muito já se falou sobre a distinção de regras e princípios na teoria constitucional. Na esteira de Robert Alexy (1993), definimos princípios como “mandados de otimização”, que determinam que se persiga algum objetivo na medida do possível. E o que define os limites do possível? Os fatos e outros princípios. Assim, a tradução jurídica da tensão entre políticas redistributivas e eficiência se dá como uma colisão entre princípios. Ao contrário do que ocorre com regras jurídicas, cujo conflito deve ser resolvido com o afastamento de uma, no caso dos princípios ambos podem conviver. Assim, o princípio de que todos têm direito à saúde pode suportar a iniciativa de construção de um sistema de provimento universal público, como o Sistema Único de Saúde, mas nem por isso ele deve afastar por completo o princípio da livre iniciativa do art. 170 da Constituição Federal, de maneira que operadoras de saúde possam ingressar no mercado com o intuito de auferir lucros, desde que atendam às exigências regulatórias. Nesse contexto, cumpre-nos verificar qual o *status* normativo do termo “eficiência” no texto constitucional e, sendo eficiência um princípio no sentido aludido, quais as implicações disso para os diferentes protagonistas do sistema político.

O debate em torno da eficiência ganhou destaque com a reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que, dando nova redação ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, determinou à

administração pública que, além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, passasse a observar o princípio da *eficiência*¹⁷ — aliás, já contido na Constituição de 1988 em seu art. 74, como veremos.

A maioria dos doutrinadores, a exemplo de Celso Antonio Bandeira de Mello (1999)¹⁸ e Lúcia Valle Figueiredo (2000), considerou o elemento um simples adorno, recusando expressamente — como Ribeiro Lopes (1998) — qualquer natureza jurídica à expressão, o que parece se afastar do princípio elementar de hermenêutica jurídica de que a lei não contém palavras inúteis.¹⁹ Mesmo os que, como Alexandre de Moraes (1999) e Odete Medauar,²⁰ consideram a norma um princípio constitucional, veem nela apenas um sinônimo de efetividade, presteza, desempenho satisfatório em contraposição à lentidão. Nesse sentido, há julgamentos esparsos dos tribunais superiores que parecem abarcar tal interpretação.²¹

Embora a interpretação do princípio da eficiência como sinônimo de “presteza” seja uma interpretação possível, ela nos parece pouco razoável como interpretação exclusiva, o que é reconhecido inclusive por seus defensores, como Alexandre de Moraes (2003): “mas se nós formos pensar realmente, isso chega a ser ridículo. Uma EC ter de colocar que a administração pública deve ser eficiente. Então, se amanhã for revogado o princípio da eficiência, a administração pública pode voltar ou se tornar ineficiente porque não seria constitucional”.

Ora, à administração pública sempre coube agir com presteza em suas ações²² e não nos parece ter sido a intenção do constituinte incluir expressões desnecessárias ou restringir o sentido de “eficiência” unicamente à presteza. Outra inter-

¹⁷ Tal princípio foi igualmente reproduzido na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo), que prevê que “Art. 2º A administração pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e *eficiência*” (grifo nosso).

¹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello (1999) afirma que: “quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do direito que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37”.

¹⁹ Como já reconhecido no antigo direito romano: *Verba cum effectu accipienda sunt* (Ulpiano, Digesta 2.7.5.2).

²⁰ Na definição de Odete Medauar (1999), o princípio da eficiência “determina que a administração deve agir de modo rápido e preciso, para introduzir resultados que satisfaçam as necessidades da população”.

²¹ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OMISSIVO. AUTORIZAÇÃO. EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. 1. O exercício da atividade administrativa está submetido ao princípio da eficiência, nos termos do art. 37, *caput*, CF/88. 2. Configura-se ofensiva ao princípio da eficiência a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar pedido de autorização de funcionamento de rádio comunitária (MS 7765, STJ, 1ª Seção, ministro relator Paulo Medina, DJ 14.10.2002, p. 183). Ver também MS 9420, STJ, 3ª Seção, ministro relator Laurita Vaz, DJ 6.9.2004, p. 163.

²² Lúcia Valle Figueiredo diz: “é de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à administração pública sempre coube agir com eficiência para seus cometimentos”.

pretação para a expressão “princípio da eficiência” do art. 37 da CF, muito mais substantiva e coerente com o restante do texto constitucional (e que pode se somar ao primeiro sentido), é a que dá à administração pública o dever de ponderar os impactos de suas políticas sobre o bem-estar dos administrados, buscando, na medida do possível, privilegiar aquelas medidas que tenham efeito líquido positivo. Assim, a chamada reforma constitucional administrativa teria introduzido, entre nós, a semente do que, na experiência anglo-saxã, tornou-se *obrigação* do Executivo, especialmente das agências reguladoras, de realizar uma análise de custo-benefício antes de implementar políticas públicas.

O texto do *caput* do art. 37 da CF enviado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, no bojo do projeto de reforma constitucional administrativa, fazia referência ao “princípio da qualidade do serviço prestado”.²³ Foi no Senado Federal que tal expressão foi substituída pelo “princípio da eficiência”. Pelo fato de que, após essa mudança, o texto não retornou à Câmara dos Deputados para nova aprovação (seguindo para sanção presidencial), alguns partidos políticos²⁴ impetraram em 2000 a “Ação Direta de Inconstitucionalidade” perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 2.135-4). Em sua exordial, afirmaram os impetrantes que o significado do princípio da eficiência não poderia ser outro senão criar uma obrigação para que a administração pública proceda a uma análise de custo-benefício antes da adoção de políticas públicas.²⁵

²³ Texto enviado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal: “Art. 37 — A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, *qualidade do serviço prestado* e, também, ao seguinte: (...)”.

²⁴ Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Comunista do Brasil – PC do B e Partido Socialista do Brasil – PSB.

²⁵ Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Comunista do Brasil – PC do B; Partido Socialista do Brasil – PSB. Petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar contra a EC nº 19, de 4 de junho de 1998, disponível em: <www.pt.org.br/assessor/adirefad99.pdf>. “Foi efetuada mudança no ‘caput’ do art. 37, dando-se nova redação ao texto aprovado pela Câmara dos Deputados de modo a incluir, em lugar da expressão ‘princípio da qualidade do serviço prestado’, a expressão ‘princípio da eficiência’. É forçoso concluir que não se trata de expressões sinônimas ou sequer análogas. A doutrina administrativista vem, desde a promulgação da EC nº 19/98, tentando extrair correto entendimento do alcance da expressão ‘princípio da eficiência’, inclinando-se, em geral, para considerar tal princípio correlato ao critério da ‘economicidade’ a ser observado pelos órgãos responsáveis pelo controle externo e pelo controle interno da gestão pública. E a ‘economicidade’, conforme elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro, diz respeito à aplicação da despesa pública de modo mais econômico, atendendo a uma adequada relação **custo-benefício** (*Direito Administrativo*, Atlas, 1997, p. 490). A introdução dessa expressão, como se depreende da política administrativa que vem sendo implementada pelo Exmo. Sr. Fernando Henrique Cardoso, decorre da declarada adoção de pressupostos da chamada ‘administração gerencial’, que vem sendo implementados em alguns países do Primeiro Mundo, e revela uma opção política que tem como pressuposto a redução dos gastos públicos, mesmo que isso determine a extinção de órgãos e entidades da administração pública. Princípio da qualidade do serviço prestado, é certo, tem outro significado: relaciona-se à qualidade, tempestividade, universalidade, amplitude, equidade, suficiência e outros critérios que demonstrem quando, como e onde o usuário de serviços públicos terá suas demandas atendidas; é critério qualitativo, que não necessariamente responderá à relação custo-benefício da mesma forma que se observado o critério da economicidade como primordial.”

O Supremo Tribunal Federal, em 8 de novembro de 2001, indeferiu o pedido de liminar para suspender os efeitos do art. 37 da CF, *caput*,²⁶ por considerar que a mudança era redacional, não de mérito, não ficando, contudo, afastada de forma peremptória a interpretação *extensiva* apresentada por meio da ADI 2.135-4 (dado o caráter dinâmico da Constituição e o fato de que tais interpretações não são excludentes entre si).

Curioso notar ainda que a mudança de redação de “qualidade do serviço prestado” para “princípio da eficiência” deu-se no contexto da criação das agências reguladoras (e da consequente delegação de amplos poderes normativos às agências), exatamente área na qual o mundo anglo-saxão consagrou a análise custo-benefício. O Projeto de Emenda Constitucional da Câmara que deu origem à EC nº 19/1998 foi apresentado em 23 de agosto de 1995 (PEC 173/1995) e recebido pelo Senado em 1ª de dezembro de 1997 (SF PEC 41/1997), e as primeiras agências reguladoras foram criadas por lei em 1996 (Aneel) e 1997 (Anatel, entre outras). Com efeito, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2006) vê na introdução do princípio da eficiência “a base constitucional para uma delegação de poder às agências” e de imposição de limites “por força da sua responsabilidade pela solidariedade de meios e fins por atos normativos e reguladores. Afinal, o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade e impessoalidade)”.

Além disso, a introdução na reforma administrativa de um comando dirigido à administração pública para formular cuidadosamente as medidas que pretende implementar, à luz dos efeitos sobre os administrados, vai ao encontro de outro princípio constitucional: o da economicidade. Prevê o art. 70 da Carta Magna que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta exercida pelo Congresso Nacional e pelo sistema de controle interno de cada Poder deverá levar em conta o princípio da economicidade (além de outros, como legalidade e legitimidade).²⁷

²⁶ A discussão focou-se no art. 39 da CF. Decisão: “Após o voto do Sr. ministro Néri da Silveira, relator, deferindo a medida acatadora para suspender a eficácia do art. 39, *caput*, da CF, com a redação imprimida pela EC nº 19, de 4 de junho de 1998, em razão do que continuará em vigor a redação original da Constituição, pediu vista, relativamente a esse artigo, a Sra. ministra Ellen Gracie. Em sequência, o Tribunal, por unanimidade, declarou o prejuízo da ação direta quanto ao ataque ao art. 26 da EC nº 19/98. O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a medida cautelar de suspensão dos incisos X e XIII do art. 37, e *caput* do mesmo artigo; do §1º e incisos do art. 39; do art. 135; do §7º do art. 169; e do inciso V do art. 206, todos da CF, com a redação imprimida pela EC nº 19/98. Votou o presidente, o Sr. ministro Marco Aurélio. Relativamente a esses artigos, a Sra. ministra Ellen Gracie esteve ausente, justificadamente, não participando da votação. Após o voto do relator, indeferindo a medida cautelar quanto ao §2º do art. 41 da CF, com a redação da EC nº 19/98, foi suspensa a apreciação. Ausentes, justificadamente, o Sr. ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, o Sr. ministro Nelson Jobim.” O julgamento prosseguiu até 2 de agosto de 2007, quando foi deferida parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39 CF, *caput*, com a redação dada pela EC nº 19/98 (decisão publicada no DJ de 14 de agosto de 2007).

²⁷ Na mesma linha, ver Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), art. 1º.

Régis Fernandes de Oliveira (1990) indica que “economicidade diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício”, o que é acolhido por Fernando Rezende (1980).²⁸ No mesmo sentido, a Fundação Getulio Vargas/SP (1989) afirmou que “economicidade tem a ver com avaliação das decisões públicas, sob o prisma da análise de seus custos e benefícios para a sociedade, ou comunidade a que se refere”.

Com a devida vênia, parece haver certa imprecisão na definição do princípio da economicidade. Está ele mais ligado ao conceito anglo-saxão de análise de “*cost-effectiveness*”,²⁹ da obrigação de se buscar o menor custo (ajustado a valor presente) dentro das alternativas jurídicas e éticas possíveis para o mesmo grau de benefícios, do que de análise de custo-benefício (ainda que esteja diretamente relacionado a esta última). A escolha de qual política perseguir fica a cargo da administração pública (com o aval do Legislativo), na figura especialmente das agências e de outros órgãos executivos. O papel da fiscalização sob o prisma da economicidade é, uma vez identificados a política e os benefícios a serem perseguidos, verificar se isso foi feito com a utilização do menor número de recursos, mantidos os padrões de qualidade (busca-se a modicidade de recursos). Em termos práticos, a decisão de ampliar o acesso a coquetéis anti-aids fornecidos sem custo à população pelo governo ou investir em pesquisa para a cura da aids deve ser tomada pelo órgão competente por implementar a política de saúde pública. Porém, uma vez decidida a política a ser seguida, ficará a cargo da fiscalização, à luz do princípio da economicidade, determinar se ela foi perseguida com o menor uso de recursos possível.

A razão final — que parece pôr pá de cal em qualquer outra interpretação diversa de “maximização de bem-estar agregado” para o princípio incluído no art. 37 da CF pela EC nº 19/1998 — é a previsão do art. 74, II, da Constituição, que prevê que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma inte-

²⁸ “Além da quantificação dos recursos aplicados em cada programa, subprograma ou projeto, a efetiva implantação do orçamento-programa depende, ainda, da aplicação de métodos apropriados para a identificação de custos e resultados, tendo em vista uma correta avaliação de alternativas. No caso de empreendimentos executados pelo setor privado, a escolha entre alternativas para atingimento dos objetivos do grupo é, normalmente, feita mediante comparações entre taxas de retorno estimadas para cada projeto, com a finalidade de estabelecer qual a alternativa que oferece os melhores índices de lucratividade. No caso de programas governamentais, o raciocínio é semelhante, recomendando-se, apenas, substituir a ótica privada de avaliação de custos e resultados (lucros) por uma abordagem que procure revelar os custos e benefícios sociais de cada projeto. Nesse caso, ao invés do critério de seleção referir-se à maximização de lucros, refere-se à maximização do valor da diferença entre benefícios e custos sociais”.

²⁹ “*Cost-effectiveness analysis. A program is cost-effective if it is determined to have the lowest costs expressed in present value terms for a given amount of benefits.*” Em tradução livre: “análise de efetividade do custo. Um programa é ‘efetivo no custo’ se tiver o menor custo expresso em valor presente para o mesmo grau de benefícios”.

grada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal.

O Conselho Nacional dos Órgãos de Controle Interno dos Estados Brasileiros e do Distrito Federal define, para fins de aplicação da norma constitucional, “eficácia” como “cumprimento das metas dos programas de governo” e “eficiência” como “maximização de resultados de forma objetiva e mensurável”. No mesmo sentido, Luciano Ferraz define eficiência, para fins do art. 74 da CF, II, como “a relação que se tem entre produtos gerados, vale dizer, bens e serviços, e o custo dos insumos empregados.”

Ora, se a própria Constituição determina que o controle interno avalie a eficiência, aqui entendida no sentido de análise de custo-benefício, nada mais lógico de se concluir que o natural é impor aos órgãos da administração pública a obrigação de se guiar pelo princípio da eficiência (no mesmo sentido) na condução de suas políticas públicas, o que fez a reforma administrativa de 1998. Aos poucos se percebe que essa discussão começa a surgir nos círculos acadêmicos, ainda que de forma imprecisa no que se refere à terminologia, como faz Luciano Ferraz (2004). O autor parece chamar de “efetividade” o que na verdade é “eficiência”, no sentido de maximização do bem-estar agregado, no melhor estilo da análise custo-benefício. Defende ele que, antes de gastar recursos em uma determinada política, deve-se fazer uma análise para ver se o mesmo valor, caso aplicado em outro programa, não poderia resultar em benefícios mais significativos para a sociedade, exatamente o que se pretende com a busca pela maximização do saldo líquido positivo.

O artigo que trata dos tribunais de contas, do controle externo da administração tem a economicidade no art. 70, a eficácia e a eficiência no art. 74, II. (...) Então, vejam bem que aí há os 3S das técnicas de auditoria: economicidade, eficiência e eficácia. Daí que o art. 37, “caput” quando traz o princípio da eficiência, o traz numa perspectiva diferente, numa perspectiva ampliada, que na verdade reúne economicidade, eficácia e eficiência. O que quer o constituinte é que a administração pública seja econômica, que ela atinja os resultados e que utilize os meios maximizadamente, quer dizer, de maneira qualitativa no emprego dos meios postos à disposição. Então, a eficiência no art. 37 está a abarcar todas essas ideias, mas está a abarcar, ainda, outra ideia. A ideia de efetividade. E a ideia de efetividade, que tem de ver com o âmbito da chamada *maximização dos efeitos sociais da ação de governo, da atividade de administração*. Quer dizer que a efetividade, primeiro, se relaciona à prática de políticas públicas, se determinada política pública resultou em benefícios à sociedade. Isso é ser efetivo, é maximizar resultados sociais. Dou exemplo para ficar claro. O município começa um programa de desenvolvimento para alfabetização de adultos. (...) às vezes, o que se vai gastar para

realizar aquele programa do governo, o mesmo valor aplicado numa outra área da educação poderia resultar em benefícios sociais muito mais significativos para a administração pública, para a sociedade em geral. É o mesmo que se dá no âmbito do asfaltamento de estradas. Eu vou fazer o asfaltamento de estradas. A malha que eu vou asfaltar? 500 km. Quanto eu vou gastar? R\$ 500 mil. O que eu vou usar? O próprio DER — Departamento de Estradas e Rodagens. Ótimo, consegui fazer os 500 km. Fui eficaz. Gastei menos. Fui econômico. Usei a própria estrutura. Fui eficiente. Resta saber o que aqueles 500 km asfaltados ajudaram em aumento de produção, escoamento da produção do Estado. Passavam 20 carros por ano naquela estrada. Agora, qual o benefício social da ação de governo? Nenhum, ou seja, eu não fui efetivo. Era muito melhor ter direcionado esse recurso para outra área em que a escassez de pavimentação asfáltica impossibilite o escoamento de produção. Lá, passa por dia um número significativo de carros muito maior do que na outra estrada. Então, eu vou comparando a efetividade da ação de governo, ou seja, o benefício social. O reflexo para a sociedade e não para um público específico da ação governamental. Esse é o conceito de efetividade.

O princípio da eficiência e da análise custo-benefício parece já ter sido incorporado por alguns entes da administração direta e indireta, ainda que de forma não sistemática. Destaca-se o Ministério da Saúde, que já divulgou documento com diretrizes metodológicas para a formulação de políticas públicas eficientes. Igualmente recomendação do Conselho Nacional de Previdência Social, “considerando que a análise de custo-benefício deve ser sempre observada para economia do erário”, faz recomendações ao Ministério da Previdência Social para permitir que “um maior número de processos que se mostrem economicamente inviáveis frente a uma análise de custo-benefício deixem de ser ajuizados, impingindo maior racionalidade ao trabalho”.^{30,31}

³⁰ “Recomendação nº 7, de 25 de agosto de 2004. O Conselho Nacional de Previdência Social, em sua 103ª Reunião Ordinária, realizada no dia 25 de agosto de 2004, (...) CONSIDERANDO a sobrecarga de ações no Poder Judiciário; CONSIDERANDO que a análise de custo-benefício deve ser sempre observada para economia do erário; e (...) RECOMENDA: que o Ministério da Previdência Social continue revisando periodicamente os valores determinados pela Portaria MPS nº 1.013, de 30 de julho de 2003, e amplie seu alcance, que hoje se refere apenas à dívida ativa, para também abarcar as hipóteses de verba de sucumbência e dos créditos oriundos de fraude de valores ínfimos, permitindo assim que um maior número de processos que se mostrem economicamente inviáveis frente a uma análise de custo-benefício deixem de ser ajuizados, impingindo maior racionalidade ao trabalho da Procuradoria.”

³¹ Ganha destaque ainda a Resolução do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador nº 560, de 28 de novembro de 2007, (DOU, Seção 1, n. 223, 4 dez. 2007) que estabelece as regras para a execução das políticas públicas a serem adotadas no âmbito do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda. Prevê o art. 3º, V, que na execução de tal política deverão ser observados o “V – Princípio da

Em suma, pode-se vislumbrar a introdução para a administração pública do princípio de eficiência no atual texto da Constituição Federal, por meio da reforma administrativa constitucional promulgada pela EC nº 19/1998, exigindo-lhe, para além da presteza e da efetividade, a ponderação dos custos e benefícios de suas políticas. Como princípio, serve como “mandado de otimização” e percebe-se que aos poucos há uma incorporação de tal princípio por parte da administração pública. Porém, para a introdução de análise sistemática de custo e benefício pela administração pública, deveria ser editada regulamentação pelo Ministério do Planejamento, fixando critérios para mensuração e aplicação do princípio de forma uniforme no governo federal.

Incorporado o princípio da eficiência em nosso ordenamento jurídico nacional, a questão final que surge é o que fazer quando a política adotada pela administração pública claramente pretende atingir outro objetivo que não o da maximização de bem-estar. Nesse caso, o ideal é que os entes da administração façam a análise custo-benefício, para que a sociedade entenda o custo incorrido no processo. Assim, se o fim de criar uma reserva indígena — com o objetivo explícito (e protegido constitucionalmente) de preservar uma determinada cultura — impuser à população de um estado a realocação de seu parque industrial, por exemplo, esse custo deve ser explicitado. Como já discutido anteriormente, o princípio da eficiência convive bem com outros princípios constitucionais como os da igualdade e políticas redistributivas, a questão crucial apenas é justificar a escolha diante de alternativas, informando a sociedade.

Há uma norma programática que determine ao legislador que se paute pelos ditames de eficiência?

No quadro brasileiro, parte importante do processo de formulação de políticas públicas se dá — a partir da interação de Executivo e Legislativo — no processo legiferante. Editar ou não uma isenção antitruste? Implementar ou não favores setoriais? Na esfera legislativa, é possível argumentar que a Constituição determina a análise de custo-benefício que defendemos para o Executivo?

Para os que creem que o princípio da eficiência serve como guia para a política legislativa, poder-se-ia argumentar, na classificação bastante disseminada na teoria constitucional brasileira, que teríamos um princípio de natureza programática ou,

eficiência e eficácia: estímulo a procedimentos éticos de melhor aplicação dos recursos disponíveis, segundo especificidades regionais e locais, que se reflitam no cumprimento de metas estabelecidas”, além de outros princípios como o “princípio da efetividade social”.

na tipologia clássica de José Afonso da Silva (2003), de eficácia limitada. Na nossa opinião, contudo, a despeito do que pudéssemos preferir não temos um princípio constitucional de eficiência dirigido ao Legislativo que antecederia suas ações (tal qual temos um dirigido à administração pública), de qualquer natureza — eficácia plena, contida ou limitada. Dirigido ao Legislativo temos apenas o princípio da eficiência a pautar o gasto de seu próprio orçamento, nos termos do art. 74 da CF, e não a orientar a aprovação ou não da legislação. Isso quer dizer que apesar da análise de custo-benefício que propomos não estar constitucionalmente prevista ao Legislativo no que se refere à sua atividade-fim, ela poderia ser incorporada pela política legislativa (não há qualquer vedação para tanto). Vale lembrar que o Legislativo representa a vontade do povo (Câmara dos Deputados) e dos estados (Senado Federal) e suas decisões, quaisquer valores que ele incorpore, a menos que contrários à Constituição, são legítimos.

Curioso notar que recentes exemplos ilustram, ainda que com termos imprecisos ou de forma pouco sistemática, que o Legislativo brasileiro efetivamente tem adotado a análise de custo-benefício na atividade legiferante. Em novembro de 2007, a Assembleia Legislativa de Santa Catarina aprovou o Projeto de Lei nº 362/2007 para suspender todos os executivos fiscais (dívidas de cidadãos com governos municipais, estaduais ou federal) com valor igual ou inferior a um salário mínimo em curso ou a serem interpostos perante o Judiciário Estadual de Santa Catarina. Com isso, cerca de 600 mil processos foram automaticamente suspensos (para, em seguida, serem arquivados), de um total de 1,8 milhão. Em nota, a Assembleia Legislativa informou que a aprovação do projeto “trata do cumprimento do princípio constitucional da economicidade”. O argumento era no sentido de que o processo judicial custa aos cofres públicos em média R\$ 530 cada um, com evidente perda de recursos ao se prosseguir com processos que buscam resgatar valores inferiores.³²

Percebe-se, claramente, que não se trata da aplicação do princípio da economicidade (atingir o mesmo grau de benefícios com o menor número de recursos), como justificou a Assembleia Legislativa, mas de clara incorporação do princípio da eficiência pelo Legislativo: entre diferentes alternativas (prosseguir com os pro-

³² Poder Judiciário de Santa Catarina, *Justiça comemora medida que vai desafogar fóruns do Estado*, 29.11.2007, disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=15844>>. Acesso em: 2 dez. 2008: “O projeto passou a ser gerido no Tribunal de Justiça ainda no primeiro semestre de 2006, quando um levantamento estatístico apurou que 2/3 dos 1,8 milhão de processos em tramitação na Justiça de 1ª grau se referiam exclusivamente aos chamados executivos fiscais — cobranças patrocinadas pelos governos, seja estadual ou municipal, em busca de impostos não pagos pela via administrativa. Ao depurar melhor os dados, o TJ identificou que 50% dos executivos fiscais — cerca de 600 mil processos — cobravam valores iguais ou inferiores ao salário mínimo, numa afronta ao princípio da economicidade, uma vez que o custo destas ações, em média, alcançava R\$ 530. “Estamos gastando dinheiro bom para resgatar dinheiro ruim”, resumiu o presidente do TJ, ao avaliar o quadro. Foi neste contexto que surgiu o projeto, agora aprovado, que servirá para reduzir sensivelmente o acervo de ações no estado, com a oportunidade dos 320 juízes catarinenses transferirem o foco de suas atuações na jurisdição social.”

cessos de menor monta ou utilizar os recursos aí despendidos para melhor equipar o Judiciário e possibilitar decisões mais rápidas nos casos de relevo), o Legislativo decidiu adotar a que maximizava o bem-estar agregado.

A questão que merece cuidado, porém, diz respeito ao fato de que toda vez que a análise custo-benefício é feita sem critérios, corre-se o risco de se fazer a escolha errada. Para aproveitar o exemplo de Santa Catarina, não parece ter sido considerado o número de pessoas que devem (hoje e deverão no futuro) aos cofres públicos valores inferiores a um salário mínimo, que estariam dispostas a pagar suas dívidas para evitar pendências judiciais e que, após a aprovação da lei, passarão a não pagar o montante devido esperando a suspensão do executivo fiscal.³³ Esse é o desafio da análise custo-benefício: prever o impacto da decisão na atual situação, desde uma perspectiva de incentivos, além de sopesar os custos e benefícios diretamente relacionados (como a economia com a suspensão das ações atualmente em curso).

Há outros exemplos de incorporação do critério de análise custo-benefício pelo Legislativo. No sítio eletrônico da Assembleia Legislativa de Goiás, explica-se que nas comissões temáticas é “avaliado se o projeto é realmente necessário, se seu valor é efetivo e se é realmente exequível. Pontos como viabilidade técnica e econômica, equilíbrio ou *vantagens custo-benefício* também são analisados”. Da mesma forma, foi publicado no *Boletim Oficial* da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Norte discussões legislativas de sua 96ª sessão ordinária, em que há registro de discussão de “uma análise a respeito do custo/benefício” “entre as operações da Petrobras e o Estado”.³⁴ A justificativa apresentada pelo deputado estadual de São Paulo, Afanasio Jazadji, ao apresentar Projeto de Lei nº 1.111/2003 para instituir a chamada “segunda opinião médica” no estado de São Paulo, é baseada em uma análise de custo-benefício da política.³⁵

³³ Alguns podem argumentar que ainda existem incentivos para o pagamento da dívida, para que não existam pendências em nome da pessoa física e/ou jurídica (a Certidão de Dívida Ativa mostra as dívidas de processos que estão suspensos).

³⁴ *Boletim Oficial* nº 2.400, Ata da nonagésima sexta sessão ordinária da primeira sessão legislativa da quinquagésima nona legislatura da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte, 28 de novembro de 2007.

³⁵ Justificativa: “A realização da segunda opinião médica altera o perfil das condutas médicas, está intimamente relacionada com a especialidade e o tipo de procedimento e, certamente, causa um impacto significativo na redução dos gastos com a saúde pública e privada. No Brasil, uma equipe da Universidade do Paraná estimou em seu estado, em 1997, gastos de R\$ 3.251.980 em cesarianas desnecessárias. No programa da Universidade de Cornell, nos Estados Unidos, a taxa custo/benefício para cada US\$ 1 investido representou uma economia final de US\$ 6,67, significando uma redução de gastos para 17,6% enquanto no programa da Universidade de Massachusetts (EUA), realizado de 1976 a 1978, a taxa custo/benefício para cada US\$ 1 investido representou uma economia de US\$ 3,39. Essa economia se estende aos exames de patologias: em revisão de lâminas, o custo/benefício de cada US\$ 1 investido representou uma economia de US\$ 1,91, transformando diagnósticos malignos em benignos. (...) Num país de dimensões continentais e num estado cuja população encontra-se distribuída em localidades muitas vezes longe dos grandes centros especializados e dos recentes avanços do conhecimento médi-

Qual o papel dos tribunais?

Em 1973, durante o governo Nixon, os Estados Unidos aprovaram uma das leis mais abrangentes na proteção à biodiversidade: o *Endangered Species Act* (ESA). O projeto visava proteger todas as espécies vivas que corriam risco de extinção e, de forma explícita, baniu completamente a análise de custo-benefício: qualquer projeto que colocasse em perigo espécies ameaçadas de extinção deveria ser imediatamente suspenso, a despeito de qualquer cômputo ou ponderação de objetivos e vantagens eventualmente usufruídas pela população com a sua implementação. Em 1978, um biólogo descobriu uma nova espécie de peixe (*snail darter*) que habitava o leito do Little Tennessee River, em que estava sendo construída uma represa, parte de um enorme projeto federal de US\$ 100 milhões. Com 80% do projeto já concluído, o Ministério do Interior norte-americano, com base no *ESA*, sustou a obra. O descontentamento da população local com a decisão resultou em um litígio perante a Suprema Corte americana, no caso *Tennessee Valley Authority v. Hill*.³⁶ A questão apresentada foi: para “salvar” o peixe seria constitucional que se colocasse em xeque a infraestrutura da região sul do país — especialmente pobre — com prejuízos significativos para a população?

Em última instância, o que se pedia à Suprema Corte é que decidisse, tal qual um “formulador de política pública de segunda instância”, se a decisão de preservar a fauna — a despeito do custo — não contrariava o interesse público. A Suprema Corte decidiu o seguinte: se a vontade do legislador foi a de impedir todo e qualquer projeto que prejudicasse a biodiversidade — e não parecia haver margem para uma interpretação diversa — então não caberia aos tribunais “revogar” o mandamento legislativo, mesmo que, para muitos, o resultado da aplicação da lei ao caso concreto (a suspensão da obra) fosse claramente deletério ao bem-estar da população. O choque entre o princípio da separação de poderes, tão caro às democracias contemporâneas, e o imperativo da eficiência, culminou com o sacrifício deste último. Logo em seguida à decisão da Suprema Corte, o Congresso alterou a redação do *ESA* e passou a permitir exceções à proteção erigida em lei.

No contexto brasileiro, o episódio citado nos remete a duas indagações acerca do papel dos nossos tribunais. A primeira delas é: que papel os tribunais têm no controle de políticas públicas patentemente ineficientes? A segunda reflexão é: se o Judiciário não pode revogar uma política flagrantemente ineficiente, o que dizer do oposto — o Judiciário, com base em princípios do que percebe ser

co, a segunda opinião médica, realizada a distância, é de grande ajuda para otimizar tempo, aproximar-se dos profissionais de grandes gabaritos e, principalmente, reduzir dos bolsos do paciente e dos cofres públicos, gastos com transportes, hospedagens, viagens e longas esperas.”

³⁶ *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978).

o justo no caso concreto, interfere com uma política acordada e desenhada para maximizar riqueza e bem-estar, a fim de proteger algum outro interesse juridicamente relevante?

Ambas indagações trazem em seu bojo um dos mais debatidos conflitos no âmbito da filosofia política e das teorias da justiça: o conflito entre a regra da maioria (democracia) e a proteção aos interesses da minoria (reserva de justiça). Já a segunda pergunta diz respeito à longa discussão, no campo da adjudicação judicial: quais os limites para o pragmatismo do magistrado?

No que diz respeito à primeira questão, a resposta nos parece clara, assim como pareceu à Suprema Corte americana em *Tennessee Valley Authority versus Hill*. Com efeito, a teoria constitucional construída em torno do art. 2º da Constituição brasileira, que estatui a divisão de poderes, não nos parece permitir que o Judiciário substitua o legislador na formulação das políticas públicas legitimamente delineadas e aprovadas pelo Congresso Nacional. Imagine-se, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, IV, CF), decretando a inconstitucionalidade de incentivos fiscais outorgados a determinado segmento da indústria.

Já no que diz respeito à segunda questão (os tribunais interferindo em políticas pré-ordenadas, eficientes, para proteger interesses especiais), é inegável que o Judiciário é especialmente mais atraente, pois possibilita uma efetivação mais rápida, do ponto de vista do cidadão individualmente considerado, do que a implementação de determinadas políticas públicas que podem ter seus benefícios gozados apenas após anos. Além disso, muitas vezes, as prioridades determinadas pelo Executivo não coincidem com as demandas individualmente consideradas. Porém, toda vez que o Judiciário interfere, não para efetivar política pública já determinada pelo Executivo, mas para decidir a alocação dos recursos públicos, acaba-se fazendo justiça no varejo e injustiça no atacado.

A área em que essa discussão se encontra mais latente é a de saúde pública, especificamente a imposição ao Estado de fornecimento gratuito de medicamentos não incluídos na lista do SUS. Fontes do Ministério da Saúde estimam que o custo das liminares que obrigam o governo federal a fornecer gratuitamente medicamentos não incluídos na lista do SUS passou de R\$ 188 mil em 2003 para R\$ 50 milhões em 2007.³⁷ Se incluídos os gastos de estados e municípios, a estimativa total para 2007 foi de R\$ 600 milhões, verba equivalente ao custo de construção

³⁷ Estimativa da Secretaria de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde publicada em "Remédios nos tribunais", revista *Época*, n. 501, p. 68-70, dez. 2007.

de 12 hospitais com 200 leitos cada um.³⁸ Para ilustrar o extremo da questão, no Rio Grande do Sul, liminares garantem o fornecimento de medicamentos a 10 mil pacientes, que representam menos de 10% do total de doentes que recebem medicamentos gratuitos, mas consomem quase metade dos R\$ 150 milhões destinados pelo estado gaúcho para a compra de medicamentos.³⁹

É verdade que há um direito à saúde garantido pela Constituição. Porém, também é verdade que os recursos são escassos e que não há como se garantir (infelizmente) tratamento público integral a todos. Cabe ao formulador de políticas públicas analisar o conjunto de dados disponíveis e estabelecer prioridades com base em uma análise custo-benefício, incorporando outros princípios se assim refletir a vontade da sociedade. O que é melhor para a sociedade: tratar um paciente com câncer ao custo de R\$ 30 mil por mês ou destinar esse dinheiro ao tratamento de centenas de hipertensos ou diabéticos? Imagine um medicamento recém-lançado que aumenta três meses a vida de alguém com câncer a um custo de R\$ 100 mil por mês. Do ponto de vista individual, não há dúvida que mais três meses de vida são relevantes.⁴⁰ Contudo, ao considerar o interesse da coletividade, seria mais recomendável investir esses R\$ 300 mil na construção de um hospital para atender 50 pessoas por mês (infelizmente, não temos recursos para perseguir os dois objetivos).

Ao obrigar o estado a fornecer medicamentos não incluídos na lista do SUS, o Judiciário está, ainda que inconscientemente, realocando os recursos destinados à política de saúde e fazendo com que outros indivíduos, que antes seriam beneficiados com esses recursos, sejam prejudicados, com a redução do bem-estar agregado. Longe de ser uma questão extrajurídica, esse é justamente o tipo de dilema que deveria ocupar a maior parte do espaço de reflexão acadêmica por parte dos teóricos do direito (a “ciência da escassez” por excelência) e da ética.

³⁸ *Época*, n. 501, p. 68-70, dez. 2007.

³⁹ *Ib. idem*. No mesmo sentido, pesquisa realizada com base em 144 acórdãos relacionados a ações ordinárias com pedido de tutela antecipada deferido na primeira instância para obter do Estado medicamentos antiaids não compreendidos na lista do Ministério da Saúde de medicamentos fornecidos pela rede pública indica que apenas 15% dos acórdãos reverteram a decisão de primeira instância e negaram a tutela antecipada. Os restantes 85% dos acórdãos confirmaram a decisão de primeira instância. Ver Camila Duran Ferreira et al. (2004).

⁴⁰ Compreensível a reação por parte daqueles que buscam os medicamentos gratuitos e que o Ministério da Saúde seria insensível à questão. Matéria publicada em *O Estado de S. Paulo* (“Cresce 190% atendimento de doenças genéticas raras em São Paulo”, p. A11, 25 dez. 2007) reporta a reação da presidente do Instituto Saúde para Todos. Em reunião no Ministério da Saúde para tentar incluir medicamento para tratar mucopolissacaridose (MPS) tipo 1 (seu filho é portador da doença), ela relata que “eles chegaram a dizer que é preciso considerar o custo-benefício”, relatando o mal-estar por considerarem a relação custo-benefício com mais peso do que o direito à vida. Como já vimos, essa crítica à análise custo-benefício é direcionada ao alvo errado.

Em dezembro de 2007,⁴¹ a então presidente do Supremo Tribunal Federal abordou de forma exemplar a questão. A ministra Ellen Gracie acatou pedido de suspensão da tutela antecipada concedida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que havia determinado à União que provesse, no prazo de 30 dias, as medidas que possibilitassem aos transexuais a realização pelo SUS da chamada cirurgia de “mudança de sexo”. Em sua decisão, a presidente do STF entendeu que a execução do ato contestado repercutiria na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas e implicar remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde. Tal fato, segundo a ministra, “certamente causará problemas de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional”.⁴² Além disso, o ato seria grave lesão à ordem pública porque afetaria “a gestão da política nacional de saúde (...) que busca maior *racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos médico-cirúrgicos que devem ser fornecidos gratuitamente à população brasileira, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários*”. No mesmo sentido, o indeferimento da segurança nº 3.274 relativa ao fornecimento de medicamentos para infertilidade não incluídos na lista do SUS. Além de considerações de custo-benefício, a ministra esclareceu que:

a norma do art. 196 da Constituição da República que assegura o direito à saúde refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.⁴³

Reconheceu, assim, a então presidente de nossa mais alta Corte que toda vez que o Judiciário interfere na alocação dos recursos destinados a políticas públicas no Brasil, prejudica-se a gestão da política nacional, preocupada em uma maior

⁴¹ Decisão com argumentos semelhantes já havia sido tomada em julho de 2007, no âmbito da Suspensão de Segurança nº 3263-GO, relatora ministra presidente Ellen Gracie, 23 de julho de 2007. Na ocasião, a ministra Ellen Gracie deferiu o pedido de suspensão de segurança, desobrigando o estado de Goiás a fornecer os medicamentos Synarel, Gonal e Ovidrel para uma paciente portadora de infertilidade feminina. A ação foi impetrada no STF contra liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do estado de Goiás, que determinou o fornecimento gratuito dos medicamentos. Em sua decisão, a presidente do STF considerou que a execução da decisão do TJ-GO afetaria “o já abalado sistema público de saúde”. Tais medicamentos não constam da portaria do Ministério da Saúde que lista os remédios de alto custo que devem ser fornecidos gratuitamente, além da doença não gerar risco de morte.

⁴² Suspensão de Tutela Antecipada nº 185-2 DE, relatora ministra presidente Ellen Gracie, 10 de dezembro de 2007.

⁴³ Suspensão de Segurança nº 3274-GO, relatora ministra presidente Ellen Gracie, 16 de agosto de 2007.

racionalização entre custos e benefícios, de modo a atingir o maior número possível de beneficiados à luz dos princípios e prioridades de cada sociedade.⁴⁴ Contudo, esse posicionamento não é compartilhado por todos os membros do STF. Por exemplo, a ministra Carmen Lúcia em seu voto no Agravo de Instrumento nº 588.169 em 26 de abril de 2007 reverteu decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para obrigar o estado a conceder fraldas descartáveis a menor com descontrolado no esfíncter. Considerou a ministra que o direito à vida abrange a possibilidade de ter acesso a medicamentos que garantam uma vida digna, “bem assim, como aqui se põe, o acesso a materiais que podem ser a eles equiparados para que a boa qualidade física de asseio e saúde assegure à pessoa condições de dignidade”.

Com a devida vênia, parece que ainda há uma insistência em olvidar que os recursos são escassos e que, infelizmente, não se pode garantir tudo a todos: a tomada de decisões nas políticas públicas envolve escolhas difíceis (o que priorizar: fraldas descartáveis ou remédios para diabetes?) em que o Judiciário deve abster-se de decisões que invalidem as decisões do jogo democrático na alocação dos recursos públicos. Aliás, a ironia aqui é a seguinte: não fossem os recursos escassos, não haveria qualquer espaço para discussões de justiça. Por que debater critérios de distribuição de bens ou direitos (das nossas gerações e também das futuras) se eles fossem infinitos? Os juristas se esquecem de que, no liberalismo clássico que inspirou a moderna filosofia do direito — veja-se Rawls (1993; 2002) —, uma das “condições da justiça” é aquilo que Hume (1948) definiu como a condição de escassez moderada: em circunstâncias de abundância ilimitada, não faz sentido discutir regras de distribuição, assim como naquelas em que há carência absoluta e a luta pela sobrevivência acaba se sobrepondo às regras preestabelecidas.

Assim, o magistrado deve ter especial cuidado quando é chamado a oferecer prestação jurisdicional que lhe coloque em confronto com o formulador de política pública ou que lhe chame a fazer um juízo distributivo. De forma geral, o princípio constitucional da separação entre os poderes lhe impede de se substituir ao legislador, para o bem (anulando uma política deletéria ao bem-estar como no caso *Tennessee Valley Authority v. Hill*) ou para o mal (interferindo com a alocação de medicamentos pré-estipulada no orçamento de saúde). A resposta para as indagações, portanto, nos leva à seguinte constatação: o Judiciário, como guardião

⁴⁴ Ressalte-se que toda vez em que há risco de morte sem que haja medicamentos similares constantes na lista do SUS, o STF tem negado pedidos de suspensão de segurança. Por exemplo, *Suspensão de Segurança 3193-RN*, relatora ministra presidente Ellen Gracie, 5 de junho de 2007. No caso, o estado do Rio Grande do Norte impetrou recurso contra liminar que o obrigava a fornecer medicamento para tratar carcinoma inflamatório de mama “pois o estado não tem provisão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demande, não podendo arcar com o provisão integral de fármacos de que necessita cada cidadão residente no território estadual”. A ministra indeferiu o pedido com base na hipossuficiência da paciente e na gravidade da doença.

da legalidade, deve assegurar que políticas voltadas à maximização de eficiência de fato sigam os princípios e regras que as conformam (daí a importância de que os magistrados também dominem o ferramental da análise custo-benefício) e que as que não foram geradas para alcançar essa finalidade (por exemplo, as que protegem a biodiversidade) sejam respeitadas, tudo dentro das garantias constitucionais da reserva de justiça outorgada às minorias.

5. Conclusão

O objetivo de qualquer administrador público deve ser tornar melhor a vida de seus jurisdicionados. E para que a administração pública possa alcançar esse objetivo, ponderando e sopesando o impacto de diferentes medidas ou configurações institucionais sobre o bem-estar do cidadão, é fundamental a adoção de uma ferramenta de cunho normativo: a análise custo-benefício.

Este artigo demonstrou a introdução para a administração pública do princípio de eficiência na Constituição Federal pela EC nº 19/1998, exigindo-lhe, para além da presteza e da efetividade, a ponderação dos custos e benefícios de suas políticas. Em princípio, serve como “mandado de otimização” e percebe-se aos poucos sua incorporação por parte da administração pública, especialmente pelo Ministério da Saúde.

Em relação ao Poder Legislativo, temos apenas o princípio da eficiência a paupar o gasto de seu próprio orçamento e não a orientar a aprovação ou não da legislação. Contudo, apesar da análise de custo-benefício que propusemos não estar expressamente prevista no quadro constitucional pátrio voltado ao Legislativo no que se refere à sua atividade-fim, ela poderia ser incorporada pela política legislativa, uma vez que não há qualquer vedação para tanto. Vale lembrar que o Legislativo representa a vontade do povo e dos estados e suas decisões, quaisquer valores que elas incorporem, a menos que contrárias à Constituição, são legítimas.

Por fim, a tomada de decisões nas políticas públicas envolve escolhas difíceis sobre o que deve ser priorizado e o Judiciário deve abster-se de decisões que invalidem as decisões do jogo democrático na alocação dos recursos públicos. Os recursos são necessariamente escassos e é isso que nos leva a discussões de justiça — infelizmente, não se pode garantir tudo a todos. Assim, o magistrado deve ter especial cuidado quando é chamado a oferecer prestação jurisdicional que lhe coloque em confronto com o formulador de política pública ou que lhe chame a fazer um juízo distributivo. De forma geral, o princípio constitucional da separação entre os poderes lhe impede de se substituir ao legislador, para o bem (anulando uma política deletéria ao bem-estar) ou para o mal (interferindo com a alocação de medicamentos pré-estipulada no orçamento de saúde). O Poder Judiciário, como

guardião da legalidade, deve assegurar que políticas voltadas à maximização de eficiência de fato sigam os princípios e regras que as conformam e as que não foram geradas para alcançar essa finalidade, que sejam respeitadas, tudo dentro das garantias constitucionais da reserva de justiça outorgada às minorias.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SANTA CATARINA. *Aprovado projeto que garante a economicidade no Tribunal de Justiça*, 27 nov. 2007. Disponível em: <www.alesc.sc.gov.br/noticias/apresentanoticia.php>. Acesso em: 2 dez. 2008.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS. *Como são feitas as leis*. Disponível em: <www.assembleia.go.gov.br/?p=pg_como_sao_feitas>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CONSELHO NACIONAL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE INTERNO DOS ESTADOS BRASILEIROS E DO DISTRITO FEDERAL. *Diretrizes gerais para a organização do controle interno dos estados brasileiros*. Disponível em: <www.cnci.org.br/servicos/documentos/ARQUIVOS/VIFNCI/Diretrizes_CE.ppt>. Acesso em: 27 nov. 2008.

FERRAZ, Luciano. *Controle pelos tribunais de contas da eficiência e eficácia dos serviços concedidos*. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO — Controle das políticas públicas de proteção do usuário, 3., São Paulo, 2004. *Anais...* São Paulo: Tribunal de Contas do Município de São Paulo, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Camila Duran et al. *O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso da Aids*. Prêmio Ipea 40 anos, 2004. Disponível em: <getinternet.ipea.gov.br/SobreIpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc>. Acesso em: 13 nov. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS – SP. Fundação opina sobre conceitos de economicidade e operacionalidade. *Revista do TCE/MT*, n. 10, p. 49-58, ago. 1989.

GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e análise antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.

HICKS, John R. *Value and capital*. Oxford: Clarendon Press, 1939.

HUME, David. An enquiry concerning the principles of morals. *Moral and Political Philosophy*. New York: Hafner Press, 1948.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions in economics. *Economic Journal*, n. 49, p. 549-562, 1939.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à Reforma Administrativa — de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 5-2-1988, e 19, de 4-6-1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Diretrizes metodológicas para estudos de avaliação econômica de tecnologias para o Ministério da Saúde*, 2007. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/diretrizes_metodologicas_ave.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2008.

_____. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Diretrizes metodológicas para estudos de avaliação econômica de tecnologias para o Ministério da Saúde*, 2007. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/diretrizes_metodologicas_ave.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Princípios constitucionais na administração pública. In: SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1., 2003, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Tribunal de Contas do Município de São Paulo, 29 nov. 2003.

MORRISON, Edward. Judicial review of discount rates used in regulatory cost-benefit analysis. *University of Chicago Law Review*, n. 65, p. 1364-1369, 1998.

NUSSBAUM, Martha C. The costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 2, p. 1005-1036, 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de et al. *Manual de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

POSNER, Richard. Cost-benefit analysis: definition, justification, and comment on conference papers. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, n. 2, p. 1153-1177, 2000.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. *A theory of justice*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REZENDE, Fernando. *Finanças públicas*. São Paulo: Atlas, 1980.

SEN, Amartya. *On ethics and economics*. Oxford: Basil Blackwell, 1987.

SIDGWICK, Henry. *The methods of ethics*. 7. ed. New York: Macmillan, 1907.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____; ROWELL, Arden. On discounting regulatory benefits: risk, money, and intergenerational equity. *The University of Chicago Law Review*, n. 74, p. 171-208, 2007.

UNESCO. *The precautionary principle*. Paris: Unesco Publishing, 2005.

U. S. OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET. *Guidelines to standardize measures of costs and benefits and the format of accounting statements*, 2000. Disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/memoranda/m00-08.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2009.

_____. *Memorandum from John D. Graham to the President's Management Council on "Regulations.gov"*, 2003. Disponível em: <www.whitehouse.gov/omb/assets/regulatory_matters_pdf/pmc_benefit_cost_memo.pdf>. Acesso em: 3 maio 2009.

VISCUSI, W. Kip. The value of statistical life: a critical review of market estimates throughout the world. *The Journal of Risk and Uncertainty*, v. 27, n. 1, p. 5-76, 2003. Disponível em: <www.law.harvard.edu/faculty/viscusi/pubs/241_2003_JRU-27-1%20with%20Jaldy.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2007.

_____; MOORE, Michael J. Discounting environmental health risks: new evidence and policy implications. *Journal of Environmental Economics and Management*, n. 18, S-51, 1990.

_____. The value of life: estimates with risks by occupation and industry. John M. Olin Center for Law, Economics, and Business. *Discussion Paper*, n. 422, 2003.

_____. *The economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.