

CORRUPÇÃO E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: UM EXAME À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (I)[†]

Luciano Taques Ghignone

Sumário: Introdução. Capítulo 1 – Eficiência. Duas Abordagens Acerca da Eficiência. Eficiência Coaseana. O Modelo do Agente Racional. Racionalidade limitada. Força de vontade limitada. Autointeresse limitado. Relevância da Modelagem Contemporânea da Ação Racional para a Dogmática Jurídica. Ação Individual e Ação Coletiva – O Papel do Estado como Coordenador das Condutas Individuais. Bens Públicos e Bem Comum. Eficiência Administrativa e Bens Públicos. Eficiência Administrativa: Eficiência Coaseana, Igualdade e Honestidade. Critérios de Eficiência: Pareto, Kaldor-Hicks e Bem-Estar Social. Eficiência e Captura de Rendas. Eficiência, Eficácia e Otimalidade. Capítulo 2 – A Organização Administrativa Eficiente. 2.1. Protagonismo do Poder Executivo e Eficiência da Administração Pública. 2.2. A Consagração Normativa da Eficiência Administrativa. 2.3. O Estado como Organização. 2.4. O Desempenho das Ações Administrativas à Luz da Teoria da Agência. 2.5. Considerações sobre as Administrações Públicas Portuguesa e Brasileira à Luz da Teoria da Agência. 2.6. Considerações sobre a Aplicação da Teoria da Agência no Exame da Administração Pública. 2.7. A Relação das Estruturas e Procedimentos com a Eficiência Administrativa. 2.7.1. O aspecto estrutural. 2.7.2. O aspecto procedimental. Bibliografia

[†] 1ª Parte do relatório apresentado no âmbito da disciplina optativa de Análise Econômica do Direito no Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas 2011/2012 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência do Senhor Professor Doutor Fernando Araújo, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.



INTRODUÇÃO

Este trabalho trata da eficiência administrativa e de uma modalidade particular de ineficiência: a corrupção.

A Análise Econômica do Direito tem muito a contribuir com a estruturação da dogmática jurídica nesses campos. Nenhuma outra escola da Teoria do Direito está em posição mais cômoda relativamente à elaboração conceitual da eficiência administrativa, porque nenhuma outra confere tão destacada importância à ideia de eficiência para o Direito. Da mesma forma, o fenômeno da corrupção é melhor compreendido (e dele se extraem consequências mais ricas para a construção e implementação normativa) com recurso ao conceito de eficiência, bem como outras construções conceituais próprias da *Law and Economics*.

O primeiro capítulo do estudo é dedicado à construção do conceito de eficiência administrativa a partir da contribuição da Análise Econômica do Direito. O fio condutor do capítulo (e que permeia toda a obra) é a noção de *escolha racional* como paradigma metódico de avaliação do comportamento humano. Formula-se uma breve exposição deste paradigma, até sua conformação atual à luz da *Behavioral Law and Economics*. A partir das noções de *escolha* e *ação racional* é possível compreender as ideias de *ação coletiva* e *bens públicos*, momento em que agregamos outra construção teórica de relevância no campo da Análise Econômica do Direito: a escola da *Public Choice*.

Esse aporte permitirá identificar, no segundo capítulo – que trata da organização eficiente da Administração Pública – a razão de ser desta, assim como as suas linhas estruturantes

fundamentais, campo no qual serão extremamente relevantes as contribuições de outra construção teórica, denominada *Teoria da Agência*.

É possível, então, examinarmos, na terceira parte, a dinâmica da ação corrupta, tomando como modelos analíticos a *Teoria da Agência* e a *Teoria Econômica do Crime* (cuja conjugação nos permite esboçar uma *Teoria Econômica da Corrupção*). Exploramos as virtudes dessas construções teóricas, apontamos algumas deficiências e sugerimos aprimoramentos.

No quarto capítulo foram arroladas proposições relacionadas, a um só tempo, com o combate à corrupção e o incremento da eficiência administrativa, a partir das conclusões extraídas ao longo dos capítulos anteriores. Não traz, portanto, nada de substancialmente novo, e recebeu, por isso, o título de *considerações finais*, representando o fecho sintético dos argumentos que lhe antecederam, bem como algumas derivações práticas que consideramos interessantes.

CAPÍTULO 1

EFICIÊNCIA

1.1. DUAS ABORDAGENS ACERCA DA EFICIÊNCIA.

Situação A:

Pedro tem uma maçã. Sua intenção é comê-la, mas tanto Ana, quanto João, dizem ter interesse na fruta e se propõem a comprá-la de Pedro. O preço mínimo pelo qual ele aceita vender a maçã é \$ 1. Ana está disposta a pagar até \$ 2 pela fruta, ao passo que João não considera mal negócio desembolsar até \$ 3. Os três negociam e a maçã acaba por ser vendida a João, pelo preço de \$ 2,5. A solução foi eficiente?

Situação B:

O Ministério da Educação do Estado X possui recursos orçamentários de \$ 1.000 para custear as ações relacionadas à educação pública. Estudos revelam uma distribuição desproporcional das escolas no território nacional, sendo que três localidades de baixa densidade populacional apresentam o dobro do número de escolas por grupo de 1000 alunos em relação às demais localidades. Além disso, zonas altamente povoadas não possuem quantidade suficiente de estabelecimentos de ensino para atender a todos os jovens. Por fim, observa-se uma sobreposição de competências, existindo dois cargos na estrutura funcional do Ministério (supervisor de ensino e coordenador escolar) que desempenham a mesma função. Em vista disso, o Ministério decide encerrar algumas escolas das três localidades em que há excesso de estabelecimentos de ensino e relocar a estrutura física e de pessoal para novas escolas que inaugura nas zonas deficitárias, respeitando a limitação orçamentária de \$ 1.000. Ademais, opta por extinguir o cargo de coordenador escolar e manter apenas o de supervisor de ensino, de forma a eliminar a duplicidade de atuação num setor em que a existência de apenas um dos cargos é satisfatória. As soluções adotadas foram eficientes?

Percebe-se de imediato que as duas situações tratam da *eficiência*. Um pouco mais de reflexão demonstra, todavia, que *eficiência* não significa exatamente o mesmo nas duas hipóteses. Este trabalho se ocupará da segunda situação, que diz respeito à *eficiência administrativa*. No entanto, a apreensão dos conceitos que subjazem à primeira concepção é fundamental para que se compreenda corretamente a segunda. Iniciamos, portanto, com eles, e com a concepção clássica de eficiência da Análise Econômica do Direito.

1.2. EFICIÊNCIA COASEANA

A *Situação* A exemplifica um caso de negociação em condições ideais, no qual o bem (no caso, a maçã) ficou com quem mais o valoriza. A livre negociação entre as partes permitiu a *alocação eficiente* dos recursos, de forma que tanto o vendedor, quanto o comprador, acabaram em situação mais vantajosa do que iniciaram: Pedro recebeu mais do que o valor que atribuía ao fruto, ao passo que João pagou por ele menos do que considerava valer. Trata-se de uma expressão simplificada do Teorema de Coase, segundo o qual, numa situação ideal na qual não existam custos de transação, é economicamente irrelevante a qual das partes é atribuído o direito inicial de propriedade, posto que a negociação fará com que o bem acabe por ficar com quem lhe atribui mais valor¹. Nisso consiste a *eficiência* sob o prisma da alocação de recursos. A configuração dessa situação ideal traz implícitos os seguintes pressupostos:

a) *Definição dos direitos*. Como dito há pouco, na hipótese ideal não interessa a quem é atribuído inicialmente o direito de propriedade, posto que o resultado final da negociação sempre conduzirá ao resultado economicamente eficiente. Contudo, embora seja indiferente *quem* possui a propriedade, é necessário que a propriedade seja atribuída a *alguém*². O direito de propriedade de Pedro sobre a maçã é reconhecido e respeitado por Ana e João, que não tentam arrebatar o fruto, mas adquiri-lo por negociação. Está claro para todas as partes envolvidas que Pedro somente pode abdicar da propriedade voluntariamente e que essa propriedade é transmissível através de acordo.

b) *Ausência de custos de transação*. Sobre a transação não incidem custos informacionais ou negociais. Em primeiro lugar, as informações disponíveis permitem a todas as partes saberem aproximadamente o preço mínimo aceito pelo

¹ Coase R. (1960), *passim*; Coleman, J. (1998), 69-71.

² Cfr. Coleman, J. (1998), 80.

vendedor, bem como o máximo que os potenciais compradores se dispõem a pagar. Assim, é possível a Pedro escolher João em detrimento de Ana. Além disso, os envolvidos não incorrem em outros custos, relacionados, por exemplo, com a cobrança de tributos em decorrência da negociação efetuada, gastos com o transporte do bem, ou pagamento de comissão a eventual intermediário. Esses custos acabariam por repercutir no resultado final do acordo e, portanto, na eficiência do resultado. A situação proposta é bem mais simples: os únicos valores que as partes devem levar em consideração são os atribuídos ao fruto.

d) *Ausência de externalidades negativas.* A negociação não produzirá impactos negativos a serem absorvidos por terceiros que não participaram do acordo. Se, por exemplo, o objeto negociado não fosse uma maçã, mas o maquinário necessário à instalação de um curtume, que João pretendia por em funcionamento na sua residência, a transação imporia consequências negativas a terceiros (os vizinhos de João), decorrentes do mau odor produzido pela atividade. Todavia, da simples transferência de propriedade do fruto sob as condições ideais da *Situação A*, não advém qualquer resultado desfavorável que ultrapasse a esfera dos diretamente envolvidos na transação.

e) *Maximização racional das utilidades.* A pressuposição mais significativa contida na *Situação A* diz respeito a uma determinada forma de encarar o comportamento humano. De acordo com essa concepção, os indivíduos agem sempre de maneira autointeressada e buscam, por isso, orientar suas escolhas de forma a satisfazerem seus interesses pessoais³. Pedro e João encaminharam suas decisões de forma a obterem aquilo que, no contexto, mais valorizavam – um, o dinheiro, outro, a maçã. Da mesma forma, a certa altura, Ana retirou-se do processo de negociação, porque percebeu que o preço que

³ Posner R. (2011), 03-05.

teria que pagar pelo fruto era mais do que considerava satisfatório. Trata-se do modelo do *agente racional*. Esse modelo é de importância fundamental para o estudo da eficiência administrativa e da corrupção. Justifica-se, por isso, que se abra um item exclusivamente para examinar suas nuances e implicações.

1.3. O MODELO DO AGENTE RACIONAL.

Afirmamos há pouco que o *agente racional* orienta sua conduta para a maximização de suas utilidades. *Utilidade* significa, na linguagem econômica clássica, o desejo (*desirability*) ou vontade (*want*) de um indivíduo relativamente a algo que ele tem ou deseja ter, expresso monetariamente⁴, ou seja, o quanto esse indivíduo aceitaria pagar ou receber pelo objeto⁵. Em verdade, o conceito recebe, atualmente, significação mais ampla. De fato: a ideia de *equivalência monetária* é bastante restritiva, pois é possível aos indivíduos formularem uma ordem de preferências (“Prefiro A relativamente a B, e B relativamente a C”), sem que consigam expressar essa relação numa correspondência monetária aproximada, ou mesmo sem que seja relevante expressá-la dessa forma. O que interessa – e o que mais fielmente corresponde ao objeto de estudo da Economia ou, mais especificamente, da microeconomia – é que os seres humanos possuem desejos e necessidades, mas vivem num mundo de recursos escassos e possuem capacidades limitadas para a satisfação de suas preferências. A microeconomia estuda a alocação desses recursos, de forma a satisfazer de forma mais plena as utilidades individuais. Por isso, seu objeto de indagação não é a moeda, mas a implicação das escolhas

⁴ Kahneman, D. (2011), 272.

⁵ Marshall, A. (1890), 151.

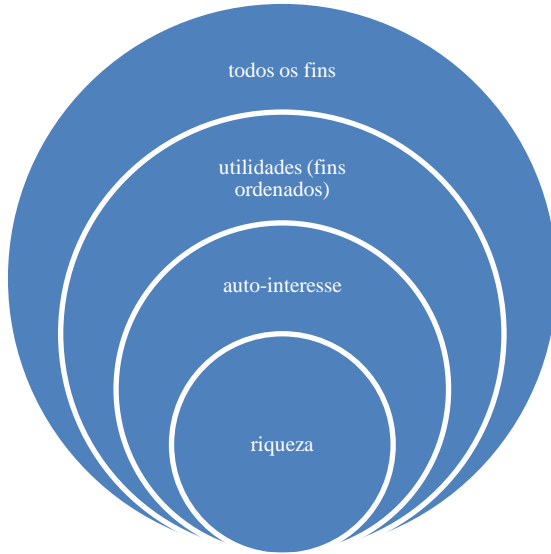
racionais na obtenção das utilidades desejadas⁶.

Perceba-se que as utilidades são apenas aquelas finalidades que se encontram no campo de escolha de ações racionais. É certo que os indivíduos possuem diversos interesses, mas alguns desses interesses não se encontram estruturados numa ordem de preferências pessoal, figurando apenas como avaliações genéricas, positivas ou negativas, acerca de diversos estados do mundo circundante. Essas opiniões pessoais esparsas e desestruturadas não são consideradas *utilidades*, porque não se encontram ordenadas numa escala de intensidade apta a influenciar as opções individuais. Assim, por um lado, as utilidades não se reduzem ao aspecto econômico (riqueza), porque outras há que se enquadram nessa categoria, mas, por outro, não são tão amplas de modo a abrangerem todos os fins considerados desejáveis, pois devem se encontrar estruturadas numa ordem, de forma que se possa, defronte a várias utilidades, optar-se por alguma delas, por ter prioridade no rol exposto à decisão.

Ordenação dos Fins Individuais⁷

⁶ Friedman, D. D. (2000), 08; Posner, R. (2011), 03.

⁷ Gráfico extraído de Cooter, R. & J. Kraus (2010), 12.



Essas *utilidades* não possuem valor objetivo, mas subjetivo: as utilidades de um indivíduo são aquelas que ele elege como tais, e que podem não corresponder às de outras pessoas. Lembre-se da *Situação A*, em que a utilidade da maçã é diversa para Pedro, Ana e João – respectivamente \$ 1, \$ 2 e \$ 3. É com vista à satisfação dessas utilidades pessoais que os indivíduos orientam suas ações. Note-se que a conduta *autointeressada*, que está na base da ideia de agente racional, não se confunde com conduta *egoísta*: o indivíduo pode satisfazer-se com o bem-estar dos outros e, nesse caso, suas ações serão orientadas para as suas preferências *altruístas*⁸. De

⁸ Ellickson, R. C. (1989), 23. Portanto, pressupor que os homens são autointeressados não é o mesmo que pressupor que são *maus* – como faz Maquiavel, ao preconizar que as leis do Estado sejam editadas levando em consideração a essência malévola dos seres humanos (Maquiavel, N. (1982), 29). Embora não caiba aqui uma digressão a respeito do tema, parece-nos que o pensador florentino foi, em verdade, infeliz na escolha das palavras, pois a análise global da referida obra permite concluir que o aspecto por ele destacado aproxima-se mais do autointeresse do que da malignidade.

qualquer forma, o móvel da ação foi aquilo que o indivíduo elegeu como *sua* preferência: é inconcebível que alguém se decida a fazer algo sem, antes, projetar o resultado dessa ação como um objetivo *seu*. O propósito de evitar a confusão entre *autointeresse* e *egoísmo* é um dos motivos que levou os economistas a cunharem o termo *utilidade*⁹.

O modelo econômico presume que os seres humanos se orientam *racionalmente* para maximizarem as suas utilidades. Isso significa que, uma vez conscientes de suas preferências, os indivíduos irão planejar e desenvolver suas ações em consonância com o que se revela a melhor forma de atingir aquelas. Esse modelo de *agente racional* corresponde, em sua versão tradicional, à concepção de *Homo Economicus*.

Essa concepção não se propõe desempenhar o papel de descrição dos seres humanos efetivamente existentes. A análise econômica não toma o conceito de *Homo Economicus* como modelo por considerar que corresponde em todos os aspectos às pessoas reais. Não se pretende que seja um retrato fiel: considera-se, apenas, que se trata de uma *ficção útil*¹⁰, que apresenta valor preditivo satisfatório e, por isso, é um recurso metodológico válido.

A racionalidade do *Homo Economicus* não é sinônima de onisciência. A asserção da racionalidade do comportamento humano não é assim tão forte. Em verdade, a modelagem contemporânea preenche esse conceito com mais nuances, conferindo riqueza maior aos elementos conformadores da ação individual. Se, em sua acepção original, atribuía-se ao *agente racional* total estabilidade em suas preferências, bem como grande capacidade de processamento de informações, elevada racionalidade nas expectativas e conduta voltada

⁹ Posner, R. (2011), 04.

¹⁰ Brennan, G. & J. M. Buchanan (2000), 59. A noção de *ação racional orientada a fins* é também compartilhada pela sociologia clássica, que a entende como um artifício metodológico de grande poder explicativo. Cfr. Weber, M. (2010), posição 1283.

estritamente para a maximização das utilidades, a moderna formulação relativiza essas características, aproximando-as do comportamento humano real. E o que é mais importante: esse aumento de complexidade, ao contrário de dificultar as aplicações práticas, facilita-as, eis que permite a obtenção de conclusões mais precisas. Nesses termos, embora continue a se considerar que a racionalidade, a força de vontade e o autointeresse são características do comportamento humano, assume-se que não são absolutos. Ou seja: a premissa contemporânea baseia-se na *racionalidade limitada, força de vontade limitada e autointeresse limitado*¹¹. Examinemos cada uma delas.

1.3.1. RACIONALIDADE LIMITADA.

O pensamento humano se encontra sujeito a falhas e deficiências consideráveis. A limitada capacidade de memória, bem como a influência de pré-compreensões atávicas, acabam por interferir no processo decisório individual. Três dessas condições têm papel destacado, notadamente no que se refere às escolhas em condição de incerteza¹², quais sejam: a *representatividade*, a *disponibilidade* e a *ancoragem*¹³.

Representatividade. A *representatividade* se refere à tendência a se avaliar a probabilidade de um resultado de acordo com a probabilidade de que a situação apresentada se inclua numa determinada categoria. Tome-se como exemplo a seguinte descrição: Antonio é um jovem eloquente, gosta de

¹¹ Jolls, C., C. R. Sunstein & R. Thaler (1998), 1476ss.; Jolls, C. (s/d), 03ss..

¹² De forma bastante esquemática, pode-se distinguir escolhas em condição de certeza e de incerteza porque aquelas tratam da opção entre resultados determinados, e essas envolvem probabilidades. A escolha entre comprar uma maçã, que custa \$ 1, e uma banana, que custa o mesmo valor, se dá entre possibilidades determinadas. Já a escolha entre comprar uma maçã, que custa \$ 1, e pagar \$ 0,1 por uma chance de 10% de ganhar uma banana que custa \$ 1 envolve uma probabilidade e, portanto, uma situação de incerteza.

¹³ Tversky, A. & D. Kahneman (2011), *passim*.

falar em público e sempre se envolve nas discussões que dizem respeito à comunidade rural em que reside. Tem interesse pelo noticiário político e sempre procura persuadir os seus conterrâneos acerca de suas posições ideológicas. É mais provável que Antonio venha a se tornar político ou agricultor? Dada a descrição, tende-se a optar pela primeira alternativa, por se considerar que Antonio tem perfil para a atividade político-partidária. Essa conclusão desconsidera, todavia, que, numa comunidade rural, a probabilidade de que um indivíduo siga a profissão de agricultor é esmagadoramente maior do que a de que ele ingresse na carreira política. Tem-se aqui uma falha na racionalidade do processo decisório, por se superestimar a probabilidade de um resultado, desconsiderando-se a efetiva probabilidade da ocorrência de resultados dessa natureza no grupo considerado.

Outro defeito da racionalidade decisória concernente à *representatividade* diz respeito à desconsideração do tamanho do grupo tomado como referência. Quanto maior o subgrupo de amostra selecionado dentro do grupo total, maior é a probabilidade de que o resultado obtido pelo exame da amostragem parcial se mantenha dentro da média do grupo total. Imagine-se, por exemplo, uma urna contendo 10.000 bolas, das quais 10% são brancas e 90% são negras. Se sacarmos aleatoriamente dez bolas da urna, qual é a probabilidade de sejam retiradas bolas brancas? Essa probabilidade é a mesma, caso sejam sacadas 200 ou 1.000 bolas? Tende-se a considerar que a probabilidade é idêntica. Desconsidera-se, todavia, que, quanto maior a amostra, maior a probabilidade de que ela reflita a média do grupo examinado. Assim, é mais provável que 10% das bolas sacadas sejam brancas se a amostra a ser retirada da urna seja de 1.000, do que se for de 200 ou 10 bolas (amostragens pequenas são mais suscetíveis a resultados extremos do que grandes amostragens). Ocorre que a mente humana não é tão eficiente no cômputo de

probabilidades e, por isso, a primeira resposta que ocorre (e aquela na qual os indivíduos geralmente baseiam suas decisões) é insensível tanto à probabilidade de ocorrência no grupo total, quanto ao tamanho da amostra levada em consideração.

Falhas de racionalidade similares, todas relacionadas à *representatividade*, são correntes em outras situações: um exemplo marcante é a tendência a estimar a probabilidade de ocorrência de um resultado futuro com base na situação atual. Por exemplo, confrontadas com as possibilidades de retorno financeiro, a médio prazo, das ações de um grupo de dez companhias, as pessoas tendem a projetar no futuro a mesma probabilidade que observam no presente. Assim, se três companhias proporcionam atualmente baixa rentabilidade, cinco apresentam médio retorno e duas se mostram altamente lucrativas, tende-se, mesmo sem nenhuma informação adicional, a se projetar esses resultados no futuro, considerando-se que as três empresas pouco lucrativas permanecerão assim a médio prazo, que as cinco intermediárias também repetirão esse padrão, e que as duas mais rentáveis continuarão da mesma forma no futuro. Essa interpretação, que se calca apenas num quadro presente e sem nenhuma informação adicional, configura uma deficiência do processo decisório racional.

A busca de consistência entre a informação fornecida e a probabilidade de ocorrência de um acontecimento futuro é chamada *ilusão de validade*. Extrai-se coerência a partir de ilações inconsistentes, predizendo-se um resultado com base em dados limitados, contrariando a probabilidade objetiva de superveniência desse advento. É o que ocorre quando se ignora a probabilidade de ocorrência de resultado semelhante no grupo total (o percentual de pessoas da zona rural que se tornam políticos) ou o tamanho da amostragem fornecida (a quantidade de bolas retiradas da urna em proporção ao total de

bolas). A mesma *ilusão de validade* acontece quando se projeta no futuro a continuidade da situação presente (a impressão de que as mesmas empresas que atualmente são lucrativas ou deficitárias continuarão de maneira idêntica no futuro, só pelo fato de se apresentarem desta forma atualmente).

A desconsideração da tendência natural de *regresso ao termo médio* é outro defeito da racionalidade relacionada à *representatividade*. É natural que se considere, ao avaliar a performance de um grupo, que aqueles componentes do grupo que mostraram seguidamente resultados excepcionais continuarão dessa forma, ao passo que os componentes que apresentaram resultados extremamente baixos manterão esse padrão inferior. Trata-se de mais uma manifestação da busca de consistência na avaliação de probabilidades. Dessa forma, num campeonato de futebol, se alguns jogadores apresentam, em três partidas seguidas, desempenho fenomenal, o público imediatamente cria a expectativa de que, nas próximas partidas, o desempenho *sui generis* se mantenha. Ocorre que essa performance é incomum, sendo grande a probabilidade de que os atletas retornem ao nível normal de desempenho. O mesmo se passa com os jogadores que, nas três partidas, apresentaram desempenho medíocre: a tendência natural de *regresso ao termo médio* fará com que, numa sequência de jogos, suas performances melhorem, aproximando-se da média. Em que pese a evidência objetiva do *regresso ao termo médio*, a *ilusão de validade*, em sua busca de uma consistência que seja facilmente apreensível pelo intelecto, conduz a que se projete artificialmente uma regularidade futura, à semelhança do que ocorre no caso do grupo de empresas antes mencionado.

Disponibilidade. Além da *representatividade*, tem-se na *disponibilidade* outra falha no processo de decisão racional. A *disponibilidade* consiste no fato de que se costuma avaliar a probabilidade de ocorrência de um evento futuro com base nos exemplos de ocorrências ou resultados semelhantes que vêm à

mente. Quando alguém procura avaliar a possibilidade de ter seu veículo furtado, a primeira providência de que se socorre é esforçar-se em recordar de todas as informações envolvendo furtos de veículos que a memória lhe proporciona – quantas pessoas conhecidas foram vítimas de crimes semelhantes, ou quantas notícias sobre esse tema chegaram ao seu conhecimento através da imprensa. Ocorre que a disponibilidade de ocorrências similares na memória não possui relação com a efetiva incidência de acontecimentos dessa natureza – ou melhor: se possui, essa relação é meramente acidental. Da mesma forma, fatos amplamente divulgados pela mídia aparentam grande frequência, quando, na verdade, podem ter mais relação com os propósitos das empresas de comunicação (por exemplo, por serem assuntos que galvanizam muita atenção popular), do que com a real probabilidade de ocorrência. Um exemplo: os meios de comunicação dedicam especial atenção à vida amorosa das celebridades. Assim, notícias de divórcios ou rompimentos amorosos, notadamente quando marcados por detalhes picantes, são objeto de ampla cobertura midiática, o que gera nos expectadores a impressão de que as celebridades costumam romper seus relacionamentos afetivos com mais frequência do que a média da população. Todavia, essa conclusão não possui referencial objetivo, sendo presumível que o percentual de rompimentos seja semelhante – apenas, um grupo social, por estar na berlinda, recebe cobertura jornalística mais intensa.

A falha concernente à *disponibilidade* pode ter como origem a facilidade ou dificuldade com que a mente recupera exemplos de ocorrências concretas semelhantes à considerada, bem como a facilidade ou dificuldade com a qual se consegue imaginar a superveniência do resultado cogitado.

A *disponibilidade em cascata* (*availability cascade*) é outra forma de ocorrência desse fenômeno. Essa *cascata* se configura quando uma única fonte de informação gera diversas

repetições redundantes, as quais, pela quantidade, conferem à probabilidade de ocorrência do evento uma impressão subjetiva mais intensa do que na verdade possui. Pense-se num jornal que divulga uma pretensa epidemia. Outros jornais repetem a mesma informação sem terem chegado à notícia de forma autônoma, mas por simples repetição do que foi anunciado no primeiro periódico. A mídia televisiva vem a se interessar pelo fenômeno e também começa a divulgá-lo, novamente sem procurar confirmação independente. A repetição exaustiva da notícia gera comoção popular, decorrente da impressão de que realmente existe uma epidemia, e de que a probabilidade de contrair a moléstia é grande. O sentimento de insegurança que acomete os indivíduos decorre da suposta consistência da informação e da conseqüente imaginária probabilidade de ocorrência do resultado. Todavia, tanto a consistência, quanto a probabilidade, não são reais, decorrendo apenas da repetição redundante da mesma informação. Na verdade, existe apenas *uma* notícia sobre a epidemia, oriunda de *uma* única fonte.

Ancoragem. A terceira falha concernente à racionalidade limitada diz respeito à *ancoragem*. Exemplifiquemos. O enunciado de uma situação problemática, no qual se propõe que seja estimada pelo respondente a probabilidade do advento de um resultado, muitas vezes menciona, de antemão, algum dado que leva à *ancoragem* da resposta. É certo que a avaliação individual pode levar a um ajustamento dessa ancoragem. Todavia, é igualmente certo que essa ancoragem geralmente influencia a resposta. Numa experiência¹⁴, psicólogos solicitaram a dois grupos de pessoas que, rapidamente, oferecessem uma estimativa da altura máxima de uma sequoia. Ao primeiro grupo foi exposto o seguinte questionamento: “A altura máxima de uma sequoia é maior ou menor do que 1.200 pés? Qual é a sua opinião sobre a altura máxima de uma sequoia?” Ao segundo grupo foi formulado questionamento

¹⁴ Kahneman, D. (2011), 123ss.

similar, todavia substituindo a altura de 1.200 pés por outra bem menor, de 180 pés. As alturas sugeridas destoavam significativamente do que o senso comum indica acerca da altura das árvores mencionadas e, por isso, não deveriam exercer qualquer influência nas opiniões dos entrevistados. Todavia, constatou-se que esses números, embora deveriam ser desprezados, forneceram uma ancoragem que influenciou nas respostas: o primeiro grupo, que recebeu a estimativa mais alta, atribuiu às sequoias mais altas uma altura média de 844 pés, o segundo grupo, que recebeu a estimativa mais baixa, forneceu como altura média 282 pés. Evidencia-se uma falha de racionalidade, consistente no fato de que as decisões individuais são inconscientemente sugestionáveis pelas âncoras fornecidas pelo problema que exige decisão. No exemplo dado, é certo que ambos os grupos efetuaram ajustamentos, mas esses ajustamentos se mostraram próximos da ancoragem fornecida no enunciado do problema.

1.3.2. FORÇA DE VONTADE LIMITADA.

O fato de saberem qual é a decisão que melhor atende aos seus interesses (ou, na terminologia que vimos empregando, a que maximiza as suas utilidades) não conduz, de per si, a que os indivíduos ajam em conformidade com essa consciência. A limitação não diz respeito à racionalidade: não se verifica nenhuma falha na compreensão do problema e dos caminhos para que se alcance o resultado desejado. Apenas não se consegue implementar o curso de ação que conduz a esse evento. Por exemplo, muitos fumantes desejam abandonar o vício, sabem o que devem fazer para atingir esse objetivo, mas não conseguem agir de maneira conducente ao resultado que consideram melhor¹⁵.

A limitação da força de vontade relativiza a concepção de

¹⁵ Jolls, C., Sunstein, C. R. & Thaler, R. (1998), 1479.

ação racional que subjaz ao modelo do *Homo Economicus*, ao reconhecer a frequente discrepância entre o curso de ação desejado e aquele efetivamente realizado.

1.3.3. AUTOINTERESSE LIMITADO.

O terceiro ponto que integra a concepção enriquecida de ação racional diz respeito ao *autointeresse limitado*. Em verdade, de todos os três pontos, esse é o que guarda menos novidade, haja vista que é antigo o entendimento, na teoria econômica, de que os indivíduos não agem apenas por motivos egoístas. O altruísmo sempre foi considerado um motivador da conduta humana.

O núcleo da polêmica reside, apenas, nas duas posições que podem ser adotadas sobre o assunto. Pode-se, por um lado, entender que a decisão de agir de maneira altruísta é, inelutavelmente, uma decisão individual e, por isso, sempre será autointeressada. Nessa perspectiva, não existe contradição entre satisfação dos interesses pessoais e preocupação preponderante com o bem-estar alheio: age-se de maneira benevolente porque é do interesse pessoal (de quem decide pela ação altruísta) agir dessa maneira. *Interesse*, aqui, refere-se ao processo subjetivo de eleição das opções apresentadas. Se as opções são selecionadas de acordo com as utilidades pessoais, e se o altruísmo possui lugar destacado no elenco dessas utilidades, a ação benevolente atende à maximização das preferências do indivíduo que age dessa forma. Não ocorrendo nenhuma falha cognitiva (racional) ou de força de vontade, o curso de ação adotado será sempre *autointeressado*, embora nem sempre *egoísta*.

Divergindo dessa linha de pensamento, a outra posição considera que nem sempre se age de forma a maximizar as preferências individuais. Segundo esse entendimento, sempre que os indivíduos orientam suas ações para objetivos coletivos

ou levam em consideração valores morais amplos ou normas de conduta, não estão agindo de maneira autointeressada¹⁶. Argumenta-se que, quando as pessoas subalternizam os objetivos que mais lhes agradam a outros, de natureza coletiva, não estão atuando de forma autointeressada e, a partir dessa conclusão, acusa-se a outra corrente de não apreender toda a complexidade do fenômeno relativo às motivações da conduta humana.

Essa linha de entendimento desconsidera, no entanto, que a ideia de *utilidade* não se confunde com a de *felicidade*. Maximizar preferências pessoais não implica necessariamente maximizar a felicidade ou o bem-estar individuais. As preferências podem estar relacionadas com outros objetivos: é perfeitamente compreensível que uma pessoa religiosa se submeta a jejum em consonância com sua crença espiritual. Embora o jejum implique sacrifício, é certo que representa uma preferência individual. Da mesma forma, se alguém procura guiar-se em consonância com o interesse coletivo ou as normas sociais, é certo que elegeu esse interesse ou essas normas como suas preferências. Percebe-se, portanto, que é a segunda posição, e não a primeira, que simplifica de maneira excessiva as motivações da conduta humana, ao compreender os interesses pessoais sob um prisma puramente hedonista, quando esses apresentam um elenco muito mais amplo de motivações possíveis, nem sempre ligadas à satisfação física ou imediata daqueles que agem.

Em suma: adotamos um ponto de vista amplo acerca da *ação autointeressada*, a qual abrange tanto decisões individuais egoístas, quanto altruístas. O que define o *autointeresse* é ser uma decisão tomada pelo *indivíduo* (e não por outrem), na qual se escolhe o curso de ação mais compatível com suas preferências, quaisquer que sejam elas.

Dessa forma, a virtude da *Behavioral Law and*

¹⁶ Sen, A. (2009), 179.

Economics, relativamente a esse tópico, não consiste em agregar um elemento desconhecido da teoria econômica tradicional, mas em dar ênfase às motivações não egoístas ou hedonistas no processo decisório – que por vezes são esquecidas em algumas análises.

1.4. A RELEVÂNCIA DA MODELAGEM CONTEMPORÂNEA DA AÇÃO RACIONAL PARA A DOGMÁTICA JURÍDICA.

As considerações relativas às limitações da racionalidade, da força de vontade e do autointeresse não têm por objetivo invalidar a concepção tradicional, mas aprimorá-la¹⁷. Tornam, no entanto, ainda mais restritiva a hipótese contida na *Situação A*: torna-se necessário pressupor a ocorrência, além dos parâmetros de natureza relacional (estabelecimento claro de direitos de propriedade, ausência de custos de transação e de externalidades negativas), de outros parâmetros de cariz individual (níveis satisfatórios de racionalidade, força de vontade e autointeresse dos três personagens).

A primeira conclusão que surge após travar-se conhecimento com o Teorema de Coase é a sua destacada artificialidade. A configuração simultânea de todos os parâmetros necessários para a obtenção do resultado eficiente coaseano é, para dizer o mínimo, extremamente difícil no mundo real. Todavia, é nisso que reside o seu mérito: assim

¹⁷ Ainda que se compare o ponto de vista da economia comportamental com outros, mais restritos, acerca do comportamento racional (como o de Gary Becker, que assume como padrões comportamentais a estabilidade total de preferências e a acumulação ótima de informações – cfr. Becker, G. (1976), 14), o fato é que o novo modelo apenas enriquece a concepção tradicional, flexibilizando alguns postulados e acrescentando elementos novos. Todavia, permanece assentado nas concepções de que: a) a ação humana individual é o padrão de exame da microeconomia, e de que b) as escolhas acerca dos cursos de ação possíveis são orientadas para a satisfação de preferências. Por isso, é mais um aprimoramento do que uma rejeição do paradigma clássico.

como as Leis de Newton, seu propósito é, através da construção de uma situação ideal, fornecer um padrão para que se possa descobrir os motivos pelos quais, em muitas situações, o mundo *não se comporta* de acordo com o modelo estabelecido e, a partir daí, entender as causas de desvio e as formas de aproximar a realidade do padrão elaborado.

No caso do Teorema de Coase, a ideia subjacente concerne à eficiência das transações. A partir dessa ideia, o teorema indicara as condições necessárias e suficientes para a obtenção do resultado eficiente. Quando essas condições (ou algumas delas) não se verificam, cabe verificar qual a providência que pode ser adotada para atingir a máxima aproximação ao resultado eficiente.

A transação econômica exposta na *Situação A* (assim como a transação a que se refere a formulação mais divulgada do Teorema de Coase) é somente uma ilustração de um fato mais geral, ao qual se aplica o mesmo raciocínio. Toda relação interpessoal que envolva, de alguma forma, a orientação da conduta para a satisfação de utilidades pessoais (sejam econômicas, amorosas, profissionais, gastronômicas, religiosas, ou quaisquer outras) pode ser examinada de acordo com esse modelo¹⁸.

É nesse ponto que a análise econômica fornece um instrumental importante para o direito. Nos países filiados à tradição jurídica europeia continental, a dogmática tem se debruçado sobre os *princípios* que informam o sistema. O esforço dogmático consiste em buscar um princípio (geralmente de forte conteúdo moral) que esteja no núcleo do fenômeno jurídico e, a partir dele, derivar de maneira dedutiva as implicações correspondentes. O Direito se caracteriza, de acordo com essa linha de pensamento, por ser derivado desses princípios fundamentais – ou de um princípio maior, como o da dignidade da pessoa humana, que tem dominado o discurso

¹⁸ Posner, R. (2011), 04.

jurídico desde o término da Segunda Guerra Mundial. Essa derivação a partir de princípios seria, assim, condição necessária e suficiente para a caracterização do fenômeno jurídico: necessária porque, se um preceito normativo não puder ser reportado a um princípio dessa natureza, não é considerado uma norma jurídica. Suficiente porque, para que se afira a sua validade, basta que seja identificada a sua relação com um princípio considerado jurídico.

Ainda segundo essa concepção, o Direito não se caracteriza apenas por elementos de natureza formal: os princípios lhe dão um conteúdo material determinado. Esse conteúdo é normalmente buscado na Moral ou na Religião. Aproxima-se o Direito da Moral: enquanto alguns defendem que os dois processos de adaptação social tangenciam-se e compartilham uma zona comum, outros avançam no sentido de afirmar não que o Direito se relaciona com a Moral, mas que deriva integralmente dela: *Direito é Moral*¹⁹.

A Análise Econômica do Direito aponta duas inconsistências nessa linha de pensamento. Em primeiro lugar, nem todas as normas jurídicas são remissíveis a um princípio ou valor moral fundador. É extremamente difícil, por exemplo, encontrar a pertinência das normas relativas à circulação de veículos a algum princípio maior, notadamente de conteúdo moral. As regras que orientam a mão de direção em via pública (os motoristas devem conduzir os veículos pelo lado direito da pista) não possui qualquer relação, direta ou indireta, com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não se pode negar, todavia, o caráter jurídico dessas regulamentações. O mesmo se diga das normas que estabelecem a data de vencimento de um título de crédito, bem como daquelas que disciplinam a forma de interposição dos recursos contra decisões judiciais ou que fixam a quantidade de parlamentares na Assembleia da República. Pode-se afirmar que a grande maioria das normas

¹⁹ Dworkin, R. (2011), *passim*.

jurídicas não encontra nenhuma relação com princípios morais. (Pode-se também afirmar que naquelas em que se identifica alguma semelhança, essa é meramente acidental e externa. Contudo, uma digressão sobre esse tópico ultrapassa os limites do presente trabalho.) Assim, a possibilidade de remissão de suas normas a princípios fundadores não é condição necessária para a existência do Direito.

Em segundo lugar, não se pode deixar de considerar, no processo de aplicação das normas jurídicas, que o Direito desempenha um papel bastante específico na sociedade, voltado à estabilização congruente de expectativas normativas²⁰. As regras jurídicas existem porque é necessário coordenar a vida humana, haja vista a necessidade de compatibilizar as preferências pessoais com a escassez de recursos e possibilidades²¹. Sua função é instrumental e, na medida em que outros processos de adaptação social possam harmonizar mais eficazmente as expectativas normativas, facilitando a convivência humana em sociedade, o sistema jurídico tende a ser colocado de lado. A estruturação do ordenamento jurídico, como atualmente a compreendemos, não existe desde o início dos tempos, e nada garante que permaneça até o fim deles. Caso não cumpra adequadamente a sua missão, o Direito caminhará para a obsolescência. Em vista disso, é fundamental, na criação e aplicação das normas jurídicas, atentar-se para as suas *causas e consequências*²².

Dois motivos fundamentam a necessária atenção às causas e consequências das normas jurídicas. O primeiro deles diz respeito ao fato de que a aplicação inflexível de princípios

²⁰ Luhmann, N. (1983), 66ss..

²¹ BRENNAN, G. & J. M. BUCHANAN (2000), 05: “We require rules for living together for the simple reason that without them we would surely fight. We would fight because the object of desire for one individual would be claimed by another. Rules define the private spaces within which each of us can carry on our own activities.”

²² Cooter, R. & J.Kraus. (2010), 07.

jurídicos pode levar a resultados contrários à coordenação da convivência coletiva – que é o fundamento do Direito. Esse imperativo se encontra traduzido, de forma bastante expressiva, na afirmação de que *a Constituição não é um pacto suicida*, frequentemente repetida na jurisprudência e doutrina norte-americanas. Quer-se com isso significar que a interpretação dos vagos e abstratos preceitos constitucionais deve levar em consideração as consequências de cada possível opção interpretativa, com o propósito de se evitar concretizações normativas que produzam resultados nefastos. O segundo motivo diz respeito ao fato de que a mera edição de um ato normativo em nada se relaciona com a sua eficácia concreta, ou seja, com a obediência de suas prescrições por parte dos destinatários. Em verdade, o nível de obediência nunca (ou só raramente) é absoluto. Vários fatores, externos e internos à norma, influenciam esse nível. Fatores externos são, por exemplo, a prevalência de outras normas sociais em sentido contrário, a falta de condições materiais que são pressupostos de eficácia da norma. Os fatores internos dizem respeito à estrutura normativa: a própria redação dada ao texto legal (a forma como o preceito proibitivo ou permissivo foi escrita) influencia a sua receptividade pelos destinatários.

O bom desempenho do caráter instrumental do Direito e a construção e aplicação de normas jurídicas que possuam a eficácia social desejada somente podem ser atingidos se a dogmática (doutrinária e jurisprudencial) atentar para as causas e consequências dos comandos normativos.

Por esse motivo, a adoção de um modelo de ação racional como o acima esboçado²³ é fundamental para o Direito: a

²³ É certo que existem outros modelos de ação racional. Cfr., por exemplo, Sen, A. (2019), 180: “Rationality of choice in this view, is primarily a matter of basing our choices – explicitly or by implication – on reasoning that we can reflectively *sustain* if we subject them to critical scrutiny. The discipline of rational choice, in this view, is foundationally connected with bringing our choices into conformity with critical investigation of the reasons for that choice. The essential demands of rational choice

compreensão de que o ser humano age de maneira orientada a fins permite a conclusão correlata de que a ação individual é influenciada por incentivos. Uma vez estabelecidos os objetivos a serem atingidos, a Análise Econômica do Direito fornece o instrumental necessário para saber de que forma as normas jurídicas devem ser produzidas e interpretadas de molde a otimizarem a possibilidade de que se atinja os fins propostos. Propõe-se, em outras palavras, a examinar se o Direito pode produzir incentivos relevantes numa situação ainda não normatizada. Se, nessa situação, o Direito tiver uma função a desempenhar, a *Law and Economics* assegura os recursos metodológicos para aprimorar a intervenção jurídica, de forma a produzir os incentivos que conduzam aos resultados desejados. E (talvez mais importante que isso, por ser um aspecto não captado pela doutrina jurídica europeia continental tradicional), indica em que casos a intervenção jurídica pode atrapalhar mais do que auxiliar a consecução dos objetivos coletivos.

Faz-se oportuno, nesse ponto, um retorno à *Situação A*: conforme exposto acima, a solução obtida é eficiente porque todas as condições necessárias foram preenchidas. Há casos, todavia, nos quais algumas dessas condições se encontram ausentes. Imagine-se que uma indústria química provoca a emissão de resíduos que podem gerar danos à saúde da população circunvizinha. A insegurança acerca da efetiva ocorrência de danos não pode ser resolvida sem elevados custos de transação: seria impossível avaliar a possibilidade individual de cada morador da região vir a desenvolver algum problema de saúde e aferir qual seria a gravidade da moléstia de cada afetado. Por isso, a solução negocial é inviável. É fundamental que tanto os responsáveis pela indústria, quanto os

relate to subjecting one's choices – of actions as well as objectives, values and priorities – to reasoned scrutiny.” Parece-nos, todavia, que essa concepção é menos rica do que a acima esboçada, não permitindo que se extraia tantas aplicações práticas.

habitantes da região, saibam de antemão qual é a extensão das obrigações decorrentes de eventual contaminação. Mais do que isso: a empresa necessita saber se há algum grau de emissões tolerável, que a isente de responsabilização, bem como quais são as providências de caráter preventivo que, caso adotadas, a liberariam da responsabilidade por futura contaminação. Essa regra prévia, destinada a estabilizar de forma congruente as expectativas das partes, somente pode ser dada pelo direito.

Note-se que a norma jurídica deve ser construída de maneira a aproximar o máximo possível a situação concreta da ideal: se o afastamento da situação ideal se dá em virtude dos elevados custos de transação, cabe ao direito reduzir o impacto desses custos. Se o afastamento decorre da presença de forte assimetria informacional, a regulamentação jurídica deve procurar equilibrá-la. Em outras palavras, cabe ao direito facilitar a ação racional.

1.5. AÇÃO INDIVIDUAL E AÇÃO COLETIVA – O PAPEL DO ESTADO COMO COORDENADOR DAS CONDUTAS INDIVIDUAIS.

Iniciamos, a partir daqui, o afastamento da *Situação A* e a aproximação à *Situação B*.

Nem sempre a ação individual permite a satisfação das utilidades. Muitas vezes essas utilidades apenas podem ser satisfeitas se a ação de uma pessoa for coordenada com a ação de outras pessoas. Surge, assim, a necessidade da *ação coletiva*.

O primeiro pressuposto para a ação coletiva é que a utilidade não possa ser alcançada por meio da ação individual isolada. Se, para satisfazer determinada preferência, o indivíduo não precisa coordenar sua conduta com a de outras pessoas, não há incentivo para o engajamento numa ação

concertada (coletiva)²⁴. Todavia, quando um grupo de indivíduos partilha um interesse comum, que somente pode ser atingido através da coordenação de condutas para esse fim, surge a primeira condição para a ação coletiva.

Há, todavia, uma diferença entre ação individual e ação coletiva. Essa diferença decorre do fato de que a adesão à articulação coletiva, embora em algumas situações seja o único meio de satisfazer determinada utilidade, não propicia suficiente incentivo sob o ponto de vista individual. De fato: o engajamento numa ação coordenada representa, inevitavelmente, uma limitação das possibilidades de conduta particular. Essa limitação é percebida, a nível pessoal, como um prejuízo, uma restrição das possibilidades disponíveis. Além disso, nasce o risco de que a ação não seja acompanhada por outros membros daquela coletividade, fazendo com que alguns componentes do grupo se beneficiem do resultado obtido pela articulação das condutas de outros, sem arcarem com os encargos correspondentes, ou seja, sem limitarem seu campo de ação individual. São os chamados *free-riders*.

Tanto a limitação individual decorrente da adesão à ação coletiva, quanto a possibilidade de que essa adesão não surta o efeito desejado (por não se conseguir o número mínimo necessário de aderentes) ou não seja compartilhada por outros (que aproveitam os benefícios mas não assumem os ônus da coordenação de suas condutas às dos demais) funcionam como desincentivos à ação individual. Portanto, não se pode dizer que essa a decisão de não participar da ação em grupo, mesmo que essa participação se revele o único caminho para a obtenção de determinada utilidade, seja *irracional*. A rejeição do curso de conduta relativo à ação coletiva é, sob o ponto de vista pessoal, perfeitamente coerente: numa avaliação de custo-benefício da situação, o agente individual vê mais desvantagens do que vantagens no engajamento na ação em

²⁴ Olson, M. (1998), p. 07.

grupo.

Essa desconformidade entre ação individual e coletiva pode ser superada de duas formas: a) através da concessão de benefícios pessoais que possam ser auferidos somente por aqueles que aderiram à ação coletiva, ou b) através da coação para o engajamento na ação coletiva. A oferta de vantagens ou a ameaça de sanções funcionam como incentivos para que o indivíduo adeque sua conduta ao objetivo coletivo. Uma vez presentes os desincentivos enunciados no parágrafo acima, a possibilidade de concessão de benefícios ou de cominação de sanções é a segunda condição de possibilidade da ação coletiva.

A noção de ação coletiva é fundamental para se compreender o funcionamento do Estado. A criação de uma estrutura formal para coordenar a ação coletiva em larga escala e atingir objetivos amplos (que também devem ser articulados entre si) somente é viável se essa organização dispuser de condições para impor incentivos eficazes à consecução de seus propósitos. De modo geral, é correto afirmar que o Estado não pode discriminar entre os cidadãos no fornecimento dos serviços públicos mais fundamentais: por exemplo, a segurança pública não pode ser oferecida apenas a alguns, nem o sistema da lei e da ordem. Em contrapartida, a todos deve ser imposto o dever de arcar com a sua cota para a implementação desses serviços²⁵. A coordenação da ação coletiva exige um determinado nível de coerção. Seria inviável que o Estado deixasse ao alvedrio dos cidadãos a opção entre pagar ou não os tributos, conformar-se ou não com as exigências da vigilância sanitária, conduzir seu veículo pela mão esquerda ou direita da via. Para coordenar eficazmente as condutas, o Estado substitui ações individuais tomadas livremente por decisões coletivas, impostas coativamente (em *ultima ratio*,

²⁵ Olson, M. (1998), 13.

pela ameaça de uso da força)²⁶.

1.6. BENS PÚBLICOS E BEM COMUM.

Conforme exposto, a organização da ação coletiva tem por propósito a obtenção de finalidades comuns. Essas finalidades recebem a denominação de *bens coletivos* ou *bens públicos*. Nem todos os bens fornecidos pelo Estado são *bens públicos*: apenas recebem essa denominação aqueles que, se fornecidos a um indivíduo, não podem ser negados aos demais²⁷. São bens que não podem ser prestados em nível satisfatório por mecanismos de mercado e que dependem de que todos sejam compelidos (por prêmios ou punições) a custearem o seu fornecimento²⁸.

Quando se afirma que o Estado tem por finalidade atender o *bem comum*, é ao provimento dos bens públicos que se está a referir²⁹. Perceba-se que não se está a adotar uma definição objetiva de bem comum. Não se trata de um dado externo, que deve ser procurado pelo grupo. O bem comum não

²⁶ Olson, M. (1998), 86.

²⁷ Olson, M. (1998), 13: “Os benefícios comuns ou coletivos fornecidos pelos governos são, geralmente, chamados de ‘bens públicos’ pelos economistas, e o conceito de bens públicos é uma das ideias mais antigas e importantes no estudo das finanças públicas. Define-se, aqui, bem comum, coletivo ou público, um bem que, uma vez consumido por uma pessoa X_i , num grupo $X_1, \dots, X_i, \dots, X_n$ não é passível de ser negado às outras pessoas do grupo.”. Note-se que a posição por nós adotada acerca da caracterização dos bens públicos ou coletivos, bem como de seu provimento através da ação coordenada pelo Estado, tem o propósito de facilitar a compreensão do tema principal do trabalho, que é a eficiência administrativa e a sua ligação com a corrupção. Não se ignora, todavia, que: a) conforme apontado no texto, muitas vezes o Poder Público também toma como responsabilidade sua a coordenação da ação coletiva na distribuição de bens ou recursos privados, e b) em algumas oportunidades, a distribuição de bens ou recursos públicos se dá por mecanismos de mercado ou não estatais. No que diz respeito à busca de um ponto ótimo entre as soluções institucionais e de mercado na apropriação de recursos comuns, cfr. Araújo, F. (2008), 98ss..

²⁸ Olson, M. (1998), 86.

²⁹ Olson, M. (1998), 89.

é descoberto, mas sim *construído* pela coletividade organizada. Cada membro do grupo considera que se trata de um bem público a ser atingido por meio da ação coletiva, sendo que esse ponto de vista subjetivo é compartilhado pelos demais³⁰. A eleição dos objetivos a serem atingidos é contingente e cada grupo social – naquilo que nos interessa, cada Estado – elege quais são as finalidades a serem perseguidas coletivamente.

Disso não decorre, todavia, que qualquer finalidade possa ser erigida à categoria de bem comum, ou que, ao ser erigida num bem dessa categoria, autorize a coletividade a regulamentá-la em todas as minúcias, cerceando qualquer possibilidade de ação individual. Foi destacado que diversas utilidades podem ser melhor satisfeitas pela ação individual isolada. Se o Estado submete situações dessa natureza à estrutura da *ação coletiva*, ou se o faz até os últimos detalhes, por considerá-las pertinentes ao bem comum, acabará

³⁰ Brennan, G. & J. M. Buchanan (2000), 42, sustentam a sua concepção de bens públicos (que denominam *contractarian model*), opondo-a à outra (que denominam *noncontractarian* ou *anticontractarian*), da seguinte maneira: “The contractarian model does depend, however, on the presumption that the ‘public good’ or ‘private good’, or whatever mixture of these might be relevant, is *internally conceived* and hence is *subjective* to the person who acts. A person may, for example, behave strictly in accordance with the idealist’s norm; he may try to take into account the interests of all others in the community. But such interests enter as arguments in the choice calculus internally to the participant; the interests of others are imputed to them as estimated by the participant. These interests cannot reflect expressions of others in any direct manner. The methodological-epistemological difference between the contractarian and the noncontractarian emerges at precisely this point. When the noncontractarian postulates that the individual participant in politics seeks ‘public good’, what is sought is presumed to have an external existence, outside the values and the evaluation activity of the person who is expressing himself through his choice behavior. It is the objective quality of what is sought that differentiates the noncontractarian from the contractarian position; it is not a postulated difference in motivation.”. Mais adiante, 44: “The question comes down to that of the place of politics in these two clearly contrasting paradigms. The anticontractarian-anticonstitutionalist’s model of the social enterprise of politics is much like the model of science. Persons are seen to be engaged in a collectively organized, cooperative endeavor aimed at ‘discovering’ some ‘public good’ that is external to their own preferences or values. This ‘public good’ exists, ‘out there’, waiting to be found through the activity of politics.”.

induzindo resultados piores do que os decorrentes de sua não intervenção. Pense-se no casamento. A possibilidade de que os jovens optem pelo engajamento afetivo com quem mais tenham afinidade garante uma possibilidade maior de satisfação das utilidades do que o direcionamento estatal compulsório dos pares que deverão casar entre si. A capacidade de livre escolha do parceiro conjugal assegura, de plano, a satisfação pessoal decorrente de se estar com a companhia que se elegeu. Em segundo lugar, propicia que a construção da vida afetiva possa ser “otimizada” quando for o caso. Ou seja, permite correções de rumo e relocação para engajamentos mais satisfatórios. Em terceiro lugar, essa dinâmica acaba resultando em ganho para a sociedade, que acaba por compartilhar os progressos e felicidades atingidos por meio das escolhas individuais. Se o Estado direcionar os consórcios matrimoniais de acordo com molduras rígidas, nenhum dos benefícios antes mencionados será obtido. Tem-se, portanto, que a intervenção estatal nesse campo vem em prejuízo dos objetivos da sociedade.

Em visto disso, embora não se possa enunciar taxativamente *quais são* os bens públicos que compõem o bem comum considerado de forma ampla, é possível estabelecer *quais as características* necessárias para que uma finalidade socialmente desejada possa ser incluída na categoria desses bens. Isso não impede, todavia, que um determinado Estado acabe por incluir nessa categoria bens que não necessitam de coordenação coletiva para serem atingidos, ou mesmo em relação aos quais essa coordenação acaba por ser contrária ao interesse social, por apresentar resultados piores do que se deixada à ação individual.

Do que foi exposto, resulta claro que a noção de *bem público* pode ser investigada sob um viés: a) *dogmático*, tomando-se como *dados* os bens públicos atualmente relacionados como tais (Quais são os bens públicos de acordo com o arranjo constitucional de um determinado Estado?) e, a

partir dessa premissa, edificar a construção teórica, ou b) *zetético*, questionando-se se os bens relacionados como públicos efetivamente pertencem a essa categoria, bem como os fundamentos da categorização (Todos os bens que o arranjo constitucional de um Estado considera *públicos* devem realmente ser considerados dessa maneira? É válida a distinção entre bens públicos e privados?), não havendo, de antemão, uma limitação do ponto até o qual as indagações podem avançar (ou retroagir).

Será adotado, no presente estudo, o viés dogmático. Partimos dos bens públicos considerados como tais pelos ordenamentos jurídicos nos quais a pesquisa está focada (brasileiro e português). Não descenderemos a considerações críticas acerca dessas opções, mas sim de como a eficiência administrativa e a corrupção se relacionam com elas.

1.7. EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E BENS PÚBLICOS.

A especialização de funções estatais levou a que um setor específico do Poder Público, que será doravante referido como *Administração Pública* ou *Poder Executivo*, seja encarregado do fornecimento da imensa maioria dos bens públicos. Em síntese, o Estado provê bens públicos preponderantemente através de sua atividade administrativa.

O rol de bens públicos que um Estado assume o encargo de prover serve como parâmetro para a avaliação da *eficiência administrativa*. Com efeito: *eficiência* é, sempre, *eficiência com relação a algo*. Não se concebe a eficiência como um valor isolado, dado o seu caráter eminentemente instrumental. Ela está sempre atrelada à comparação entre (no mínimo) dois estados. Portanto, sem comparação, não é possível um juízo de eficiência.

Aqui reside um dos vários pontos em que a oposição das

correntes jurídicas tradicionais assenta numa má compreensão da (ou má vontade em compreender a) estrutura heurística e metodológica da *Law and Economics*³¹. Há quem, ao diferenciar o direito do Estado (ou seja, a considerar que a estatalidade não é necessária nem suficiente para caracterizar o fenómeno jurídico), veja, nisso, uma tensão entre os valores que cada um promove: a justiça, para o direito, e a eficiência, para o Estado³². Nesse cenário, justificar-se-ia, no âmbito do Direito Administrativo, a reserva com que se vê a ideia de (ou o princípio da) eficiência, como um temível pretense substituto

³¹ A acusação de que a Análise Económica do Direito substitui a eficiência por outros valores fundamentais consagrados nos ordenamentos jurídicos é falsa, porque eficiência é sempre eficiência em relação a algo. Ela não é um valor em si, mas uma medida de aferição da aproximação a um estado melhor. Para que um estado fático possa ser considerado melhor do que outro, é preciso que se tenha um fundamento para esse julgamento: é melhor *por alguma razão*. Essa razão, que nos permite concluir se o resultado é, foi ou será *eficiente*, não pode ser extraída da própria noção de eficiência, mas de algum postulado externo, que informa (serve de parâmetro) àquele juízo específico sobre a eficiência. Assim, na ideia clássica de eficiência coaseana, existe um valor subjacente, que é extraído de uma concepção filosófica bastante definida, calcada na autonomia da vontade e na liberdade como valor supremo (liberalismo individualista). A negociação efetuada em condições nas quais não há custos de transação é reputada eficiente porque, de acordo com essa concepção filosófica, da qual o modelo do agente racional é uma consequência necessária, o resultado obtido pelas partes nessas condições de igualdade e liberdade será sempre um resultado melhor do que o estado fático que lhe antecedeu. Cfr. Buchanan, J. M. & G. Tullock (1969), 265ss., acerca da defesa do postulado filosófico individualista que está na base das premissas metódicas da Análise Económica do Direito.

³² Cfr. Bronze, F. J. (2010), 164: “Por outro lado, o Estado e o direito não se identificam intencional-materialmente. O Estado é uma organização de poder (o seu referente é a política) enquanto que o direito é uma ordem normativa (remete a um sistema de princípios, que afirmam uma validade). O Estado visa fins, mobiliza o poder e intende à eficácia; diferentemente, o direito baseia-se em valores, actua uma normatividade e procura a validade (e daí que enquanto que o Estado não prescinde da coação, esta nem sequer é elemento definidor do conceito de direito). A racionalidade de ambos é também diversa: a racionalidade do Estado é uma racionalidade estratégica, de meio-fim; a do direito (nomeadamente quando visto da perspectiva do decidente, que prometemos privilegiar) é a racionalidade axiológica implicada pelo juízo-julgamento (a procura de fundamentos e a realização *in concreto* da validade que os predica).”

da ideia de justiça: uma tentativa do Estado impor a sua racionalidade ao direito. A acusação de que a Análise Econômica do Direito substitui a eficiência por outros valores fundamentais consagrados nos ordenamentos jurídicos³³ é falsa, porque eficiência é sempre eficiência em relação a algo. Ela não é um valor em si, mas uma medida de aferição da aproximação a um estado melhor. Para que um estado fático possa ser considerado melhor do que outro, é preciso que se tenha um fundamento para esse julgamento: é melhor *por alguma razão*. Essa razão, que nos permite concluir se o resultado é, foi ou será *eficiente*, não pode ser extraída da própria noção de eficiência, mas de algum postulado externo, que informa (serve de parâmetro para) aquele juízo específico sobre a eficiência. Assim, na ideia clássica de eficiência coaseana, existe um valor subjacente, que é extraído de uma concepção filosófica bastante definida, calcada na autonomia da vontade e na liberdade como valor supremo (liberalismo individualista). A negociação efetuada em condições nas quais não há custos de transação é reputada eficiente porque, de acordo com essa concepção filosófica, da qual o modelo do agente racional é uma consequência necessária, o resultado obtido pelas partes em condições de igualdade e liberdade produzirá sempre um resultado melhor do que o estado fático que lhe antecedeu.

Assim, a eficiência vai se relacionar, sempre, com algum parâmetro³⁴, e este parâmetro pode ser, no caso da apreciação da eficiência do ordenamento jurídico, de natureza valorativa. Assim, não existe nenhuma incompatibilidade intrínseca entre a valorização da eficiência, de forma que essa seja considerada um aspecto relevante no discurso jurídico, e a manutenção de alguma concepção axiológica ou filosófica que ilumine o

³³ Bronze, F. J. (2010), 557ss.

³⁴ Em sentido contrário, sustentando a possibilidade de se efetuar juízos comparativos sem um parâmetro de comparação, Sen, A. (2009), 15ss..

sistema³⁵.

É certo que a *Law and Economics* tem como foco analítico as causas e consequências das normas jurídicas. Nesse âmbito, muitas apreciações efetuadas de acordo com os postulados metodológicos que adota incidem sobre os efeitos de incentivo ou desincentivo sobre as condutas, relativamente a normas jurídicas que não possuem conteúdo valorativo (como, por exemplo, as normas de trânsito que disciplinam as mãos de condução em via pública, as normas tributárias que determinam um aumento nos impostos sobre produtos importados). Todavia, o campo no qual as predições da Análise Econômica do Direito se revelam mais úteis é, justamente, o das políticas públicas³⁶, que refletem intensamente opções valorativas da sociedade. Essas opções valorativas dizem respeito ao conceito de *justiça social* de uma determinada coletividade, e esse conceito se refere a *fins* comuns, ao passo que o discurso sobre eficiência é um discurso sobre os *meios* para se atingir os fins. Assim, a alegação de que a *Law and Economics* propõe uma troca (*trade-off*) entre justiça e eficiência é equivocada, porque quem fala de justiça tem sua atenção voltada para o aspecto finalístico, e quem fala de eficiência tem a sua atenção apontada para o aspecto instrumental³⁷.

³⁵ O que não se pode olvidar, no entanto, é que a *Law and Economics*, embora tenha uma fundamentação filosófica determinada (e, portanto, um compromisso com valores específicos) não se prende à discussão de princípios, mas à de causas e consequências, nem considera que a discussão principiológica seja algo próprio, relevante, ou mesmo útil no âmbito jurídico.

³⁶ Cooter, R. D. & J. Kraus (2010), 14.

³⁷ Calabresi, G. (1980), 558. Note-se que a própria ideia de eficiência elaborada por Ronald Coase não traduz um conceito puro de eficiência, pois alia uma noção instrumental a uma finalidade que o autor considera socialmente desejada (a maximização das utilidades individuais, de acordo com uma concepção da conduta humana – o modelo do agente racional – que, se por um lado tem forte lastro descritivo, por se fundamentar em sólidas constatações empíricas, também possui conotação normativa, haja vista que se coaduna com um pressuposto filosófico implicitamente acatado, qual seja, o da autonomia individual). Percebe-se que o

Retornemos, todavia, ao tema ora enfrentado. A fixação de parâmetros é condição indispensável para que seja possível obter resultados coerentes sob o prisma da eficiência³⁸. No caso da eficiência administrativa, a meta a ser atingida é o nível ótimo de implementação das políticas públicas, ou seja, das normas que tratam da distribuição dos bens públicos entre os cidadãos. Quanto mais a ação administrativa se aproximar dessa meta, maior será a sua eficiência.

1.8. EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: EFICIÊNCIA COASEANA, IGUALDADE E HONESTIDADE.

Uma aproximação da ideia de eficiência administrativa sob a luz da Análise Econômica do Direito pode ser extraída de Robert Cooter, o qual avalia o Estado “por sua habilidade para satisfazer as preferências dos cidadãos”³⁹. Dentro da tradição de liberalismo democrático, característica da *Law and Economics*, Cooter afirma que o primeiro objetivo de uma constituição é garantir a *rule of law* e proteger a liberdade dos cidadãos⁴⁰. Isso é feito, majoritariamente, através da definição e implementação de políticas públicas.

As políticas públicas não se prendem a um conceito estrito de eficiência, como aquele enunciado na *Situação A*. Não se trata de mera eficiência alocativa coaseana, voltada para que as trocas permitam que os bens sempre fiquem nas mãos daqueles que mais os valorizam (maximização de utilidades individuais). Além desse propósito, o Estado também orienta suas políticas públicas (e, conseqüentemente, a sua ação administrativa) por considerações de outra natureza. Aponta-se, em geral, a incidência de considerações de *igualdade* ou de

ilustre economista não definiu o que é eficiência *tout court*, mas o que é eficiência segundo os postulados por ele aceitos, ou seja, o que é eficiência *coaseana*.

³⁸ Farber, D. A. & P. P. Frickley (1991), 34.

³⁹ Cooter, R. (2000), 06-07. Tradução nossa.

⁴⁰ Cooter, R. (2000), 11.

justiça distributiva ao lado das de eficiência⁴¹. Sob esse aspecto, entende-se que as opções coletivas a respeito do bem comum implicam numa valoração acerca do quanto de maximização das utilidades individuais a sociedade admite que seja sacrificada em prol de uma concepção de igualdade. Ou seja: qual é o balanceamento consagrado no acordo constituinte da sociedade entre eficiência coaseana e eficiência distributiva (que podemos chamar de *igualdade material*, porque se baseia em algum critério material acerca de quem deve ser considerado merecedor de tratamento igual ou desigual).

Entendemos que a ação do Poder Público assenta, ainda, sobre outro pilar, qual seja, a *honestidade*⁴². Discorreremos sobre a *eficiência coaseana* quando analisamos a *Situação A*. Cabe, agora, referir brevemente os contornos principais da *justiça distributiva* e da *honestidade*.

Justiça distributiva. Embora empregemos os dois termos como sinônimos, entendemos que a expressão *justiça distributiva* ilustra melhor do que a palavra *igualdade* o conteúdo a que nos referimos. De fato: o que se está a referir aqui é, justamente, um critério *diferenciador* ou de *seleção* na distribuição dos benefícios e encargos sociais. O vocábulo *igualdade* não contribui para destacar o ponto relevante da noção que pretendemos transmitir, que é, justamente, a ideia de que a sociedade muitas vezes *discrimina* entre seus membros. Note-se que empregamos a expressão *justiça distributiva* sem qualquer conteúdo valorativo. Não estamos a considerar que os arranjos distributivos sejam, efetivamente, justos, mas apenas que consubstanciam o critério de justiça pelo qual a coletividade optou.

Como dito, arranjos distributivos dessa natureza permeiam uma parte significativa da ação administrativa e das

⁴¹ Cooter, R. (2000), p. 10; Sen, A. (2010), 349.

⁴² Cfr. Calabresi, G. & P. Bobbitt (1978), 24, considerando que as escolhas públicas são iluminadas pelos vetores da eficiência (por nós chamada de eficiência coaseana), igualdade e honestidade.

normas que a regem. Nesse sentido, a asserção feita anteriormente, de que a ação coletiva pressupõe que todos os que serão beneficiados por um determinado bem público arquem com os encargos correspondentes à sua implementação, não é integralmente correta. A vida numa sociedade politicamente organizada é prenhe de exemplos que desmentem essa afirmação. É o caso da seguridade social⁴³. Nem todos são beneficiados pelas prestações assistenciais distribuídas pelo Poder Público, por exemplo, em casos de invalidez para o trabalho. Mais do que isso: é muito provável que os recipientes da prestação assistencial em nada tenham contribuído para custeá-la, ao passo que aqueles que contribuem (ou, pelo menos, alguns deles) jamais venham a usufruir dos benefícios para os quais estão contribuindo. Em que pese isso, se a ação administrativa foi consonante com as normas de distribuição, diz-se que foi *eficiente*.

É por isso que, embora tanto a *Situação A*, quanto a *Situação B*, tratem de eficiência, este vocábulo não recebe a mesma significação nos dois casos. A *Situação B* trata da eficiência *administrativa*, que leva em consideração a noção de eficiência que subjaz à *Situação A*, mas não se restringe a ela. Como dito, não basta que o Estado promova a circulação de bens na sociedade, de forma a propiciar que fiquem nas mãos daqueles que mais os valorizam (ou seja, daqueles que supostamente estariam dispostos a dar mais para ter os direitos sobre aquele bem). Por vezes, um resultado dessa natureza é explicitamente rejeitado pelas opções coletivas cristalizadas no acordo constituinte. É o caso do transplante de órgãos. As políticas públicas de saúde que regulamentam os transplantes de rins estabelecem um critério para selecionar a forma de distribuição desses recursos escassos. É certo que o estoque de órgãos é menor do que a demanda, ou seja, o número de

⁴³ Ou, como se diz em Portugal, segurança social. Arts. 194 a 203 da Constituição Federal e artigo 63º da Constituição da República Portuguesa.

doentes renais que necessita de transplante. Surge, então, a necessidade de determinar como serão eleitos os beneficiários. Por várias que sejam as soluções adotadas historicamente pelos grupos sociais considerados, até o presente não se registra a aceitação, pela comunidade, do leilão dos órgãos, para que fiquem com aqueles que podem pagar mais. Embora seja inevitável que, dada a escassez de rins disponíveis para transplante, seja preciso discriminar de alguma forma quais, dentre os potenciais recipientes, receberão o órgão, não é aceita como válida a discriminação com base na riqueza⁴⁴. A solução baseada na capacidade econômica do recipiente é rejeitada porque atenta contra a concepção de igualdade prevalecente na comunidade. Trata-se de concretização do velho adágio de que a igualdade consiste em não diferenciar entre os que são iguais e diferenciar entre os que não são iguais, na medida em que se desiguam. No caso do transplante de rins, a diversidade de situação econômica entre os doentes não é considerada um critério apto para diferenciação e, por isso, é reputada ofensiva à igualdade. No entanto, a diversidade de situação econômica é considerada um critério válido, por exemplo, no fornecimento de prestações da assistência social, conforme apontado acima. Aqueles que se encontram acima de um determinado patamar de rendimentos não podem se beneficiar dessas prestações assistenciais.

Assim como o elenco de bens públicos, a noção de justiça distributiva possui conteúdo histórico-cultural, variando de sociedade para sociedade, e dentro de uma mesma sociedade ao longo do tempo. O que se deve ter presente é que alguma noção de igualdade tem sempre impregnado a forma de distribuição dos bens públicos e, por isso, a consideração da eficiência administrativa no fornecimento desses bens conta, dentre os seus requisitos, com o respeito à regra de igualdade

⁴⁴ Repita-se que nossa análise é objetiva. Não estamos sufragando ou rejeitando essa posição, mas somente apontando que se trata da opção socialmente feita.

prevalecente naquele campo.

Em qualquer sociedade, a escolha na distribuição dos bens públicos é, em alguns casos, simples, e, em outros extremamente complexa (ou trágica)⁴⁵. Tanto umas, quanto outras, desenvolvem-se dentre opções previamente estabelecidas, que dizem respeito: a) ao nível de produção de um determinado bem público naquela sociedade (por exemplo, quantas cirurgias de transplante de rins poderão ser realizadas por ano), e b) à forma de distribuição do bem público produzido dentro da sociedade (o critério segundo o qual se elege quem receberá e quem não receberá o transplante).

Chamemos às primeiras de *opções primárias* e às segundas de *opções secundárias*⁴⁶.

As opções primárias podem estar ou não sujeitas a limitações. Atribui-se a alguns bens públicos a condição de inesgotáveis. Nesse caso, não se coloca nenhuma escolha trágica no âmbito da opção primária: há quantidade suficiente de bens para atender à demanda social, qualquer que seja esta. É certo que, na atualidade, face ao reconhecimento da limitação de recursos naturais que antes se consideravam inesgotáveis (como a água potável), bem como daqueles que, embora passíveis de reposição, estão sofrendo depleção por exploração excessiva (como os estoques de peixes), é cada vez mais difícil imaginar bens públicos intrinsecamente inesgotáveis.

Por outro lado, há bens públicos cuja possibilidade de fornecimento é limitada quer por restrições extrínsecas, quer intrínsecas. Restrições extrínsecas são aquelas que preexistem ao processo decisório envolvido na opção primária. Por exemplo, a quantidade de terra cultivável num determinado país é sempre restringida por condições naturais. A opção

⁴⁵ Calabresi, G. & P. Bobbitt (1978), 17.

⁴⁶ Cfr. Calabresi, G. & Bobbitt (1978), 19, que as chamam de *first-order determinations* e *second-order determinations*.

primária relativa ao estabelecimento da quantidade de produção agrícola deve levar em consideração essa delimitação natural. Ainda que se aumente a produtividade por unidade de terreno, ou que avanços tecnológicos permitam que áreas antigamente incultiváveis possam ser dedicadas ao plantio, o problema do *espaço*, ou seja, da restrição imposta pelas fronteiras geográficas da nação, sempre existirá. Além dessas, há outras limitações extrínsecas, que não são impostas pela natureza. Pense-se na limitação orçamentária: se o país conta com uma determinada arrecadação anual, a opção primária relativa à quantidade de fornecimento de um determinado bem público deverá levá-la em consideração. Como esse provimento envolve gastos, molda-se pela quantidade de gasto possível, que é externamente imposta. Ao lado das duas possibilidades enunciadas, relativas às limitações extrínsecas, é certo que a opção primária pode ser restringida por limitações intrínsecas, autoimpostas. Em outras palavras, mesmo que não haja empecilho externo ao fornecimento do bem público num determinado grau, a própria opção primária estabelece o limite acerca da quantidade que será produzida. Trata-se de uma apreciação da relevância daquela política pública dentro do conjunto dos objetivos sociais a serem perseguidos, de forma que, embora mais de um determinado bem pudesse ser produzido, considera-se atingido o *quantum* socialmente desejado dentro de um limite fixado na opção primária.

Com relação à opção secundária, a ação do Poder Público diz respeito a eleger a forma de distribuição da quantidade fixada na opção primária – decidir quem ficará com o quê. É aqui, portanto, que se colocam mais de perto as questões relativas à igualdade.

Supõe-se que tanto a opção primária, quanto a secundária, sejam feitas em atenção ao resultado socialmente excelente. Considera-se que tenham levado em consideração, nos aspectos quantitativo e distributivo, aquilo que melhor

atende ao bem comum. Mesmo que o arranjo distributivo não seja de igualdade pura, atribuindo a condição de recipientes de determinado bem público indistintamente a todos, a discriminação efetuada deve culminar num ganho para a coletividade, atingindo mesmo aqueles que não são beneficiados pela prestação.

Honestidade. O arranjo social também confere destaque, no que diz respeito à alocação dos bens entre os membros do grupo, à ideia de *honestidade*.

Conforme exposto anteriormente, as formas de atribuição de bens são, essencialmente, duas:

a) A eficiência coaseana, centrada na autonomia decisória individual numa situação de livre negociação. Aqui, em princípio, não é pertinente a intervenção estatal, pois a distribuição dos bens atinge o resultado socialmente mais eficiente se for deixada à livre competição entre os indivíduos. É a típica solução de mercado. Note-se que, embora afastada em linha de princípio, a intervenção do Poder Público é por vezes recomendável, naquelas situações em que se faz necessário coordenar as ações individuais para garantir a livre competição, reduzir os custos de transação e regular a produção de externalidades. Ainda assim, nesses casos a atuação do Estado se dá com o propósito de privilegiar a solução de mercado, eliminando ou atenuando os embaraços para a negociação. O foco continua sendo, portanto, a eficiência coaseana, que o Estado busca promover (ou na qual o Estado não interfere) por ser a solução que melhor atende ao interesse social.

b) A distribuição segundo uma concepção de justiça distributiva derivada da noção geral de igualdade (tratando igualmente os iguais e desigualando os desiguais de acordo com algum critério de diferenciação). Como dito, essa concepção é construída histórica e culturalmente, aplicando-se naqueles casos em que a

coletividade entende que o agir com base na eficiência pura não atende ao interesse social. A solução de mercado é rejeitada e o Estado impõe a solução coletivamente estabelecida, coordenando as condutas individuais de acordo com as preferências socialmente estabelecidas, em detrimento (ou desconsideração) das preferências pessoais.

As duas formas de alocação pressupõem um consenso social acerca da solução mais interessante, seja a liberdade de ação com base num critério de igualdade formal, fomentador da competição, seja a imposição de um critério material de igualdade que determine como os bens devem ser distribuídos entre os membros da coletividade. A adoção de um ou outro modelo tem como premissa a satisfação do bem comum.

É certo que a solução adotada nem sempre é a que melhor atinge o objetivo pretendido. Isso por vezes gera instabilidade social, notadamente quando se trata de escolhas trágicas – aquelas que colocam em cheque o efetivo respeito que a coletividade tem por um valor que ela mesma considerada fundamental. O caso do transplante de órgãos ilustra uma situação de escolha trágica, pois se refere ao valor pelo qual a sociedade afirma nutrir mais respeito: a vida humana. Dada a insuficiência de órgãos para todos os doentes, não é possível dar plena satisfação ao valor enunciado. Não há como fugir da constatação de que, simplesmente, alguns serão beneficiados com os órgãos, e outros não. Em última análise, o Estado deverá escolher quais vidas humanas privilegiará, e esse privilégio certamente virá em prejuízo de outras vidas humanas. Se a escolha do critério de alocação dos bens escassos reflete a opção coletiva (seja o da eficiência pura, seja o da igualdade), o risco de instabilidade é reduzido. Afinal, o consenso social positivamente consagrado funciona como um elemento de conformidade ou consolo, relativamente aos resultados não ótimos. Além disso, é possível, em caso de insucesso, a procura de outra solução sem rompimento ou

instabilidade, pois se percebe que a solução anterior, ainda que tenha se revelado inadequada, foi adotada com a intenção de atingir o bem comum.

A honestidade caracteriza-se, exatamente, por ser essa fidelidade do planejamento e da ação do Poder Público relativamente ao bem comum, conforme definido pela coletividade⁴⁷. Não se trata, portanto, de uma terceira forma de alocação dos bens (ao lado da eficiência pura e da justiça distributiva), mas de um critério de aferição da correção tanto da escolha dessas formas, quanto de sua implementação. Guarda, nesse sentido, um componente subjetivo: considera-se honesta a escolha feita, ainda que incorreta, se motivada pela intenção de satisfazer o interesse social, ou seja, de atender o bem coletivo, conforme coletivamente estabelecido. Desonesta ou corrupta é a escolha que não se baseia no interesse social, bem como a ação pública que propositadamente não se orienta pela opção coletivamente positivada.

A possibilidade de ser sustentada abertamente no debate público é condição essencial da honestidade. O recurso hipotético à sustentação aberta se presta a apontar para o fato de que a decisão administrativa deve ser objetivamente referível ao interesse público que visa atender.

É possível que a Administração Pública – ou melhor, o agente público com competência decisória – adote solução baseada na eficiência, não com o propósito de atingir o bem comum, mas de captar benefícios para si ou para terceiros. O mesmo se dá com relação à adoção de soluções baseadas na igualdade material – o critério discriminatório entre os iguais e os desiguais pode ter sido adotado para beneficiar deliberadamente uma pessoa ou um grupo, e não para alcançar o interesse social. Em ambos os casos, o agir não se conforma

⁴⁷ As concepções ora adotadas de *honestidade* e de seus antônimos *desonestidade* e *corrupção* são mais restritas do que as concepções correntes e se aplicam apenas à atuação do Poder Público no desempenho de sua missão.

com o preceito de honestidade.

Pode ser, ainda, que a desonestidade não se verifique no nível da escolha das políticas públicas, mas de sua implementação. Numa situação em que a opção coletiva, consagrada normativamente, seja no sentido da solução de mercado, é possível que a Administração Pública aja concretamente de forma a impedir a livre competição. Da mesma forma, se a opção adotada for algum critério de justiça distributiva e o Poder Público viola esse critério em seu agir. Nas duas hipóteses, age desonestamente.

A falta de honestidade gera instabilidade social, notadamente no campo das escolhas trágicas. De fato: a estruturação normativa é requisito fundamental para a coordenação das ações individuais e coletivas. Encontram-se subjacentes, em qualquer grupo social, duas presunções: a) as normas estabelecidas coletivamente atendem o interesse da coletividade, e b) os membros do grupo agirão, majoritariamente, de acordo com as normas. A corrupção erode ambas as presunções e, via de consequência, fragiliza a confiança na estrutura normativa. O Estado não consegue mais coordenar satisfatoriamente a conduta de seus membros, e esses passam a manifestar descontentamento com o Poder Público, por não confiarem nas opções feitas pelos órgãos estatais, nem na disposição destes em implementá-las.

Por esses motivos, há quem considere que, dos três pilares da atuação administrativa de que trata esse item, a honestidade é o mais importante na manutenção do equilíbrio social⁴⁸. Não concordamos com esse posicionamento: escolhas equivocadas com relação à alocação de bens através de critérios de eficiência ou de igualdade podem conduzir a resultados sociais significativamente piores do que a corrupção. Não é difícil imaginar que escolhas distributivas amparadas num péssimo critério de seleção dos beneficiários podem gerar

⁴⁸ Calabresi, G. & P. Bobbitt (1978), 26.

impactos em larga escala, que ultrapassam em muito os malefícios decorrentes de desonestidades pontuais e de pequena monta em alguns campos da Administração Pública. O que não se pode perder de vista é que todos os pilares do agir administrativo devem buscar um ponto ótimo de equilíbrio, e que disfunções em qualquer deles são prejudiciais ao bem comum.

O terceiro capítulo do trabalho será integralmente dedicado ao estudo da corrupção como elemento perturbador da eficiência administrativa.

O que até agora foi exposto representa uma aproximação ao tema da eficiência administrativa, e permite a seguinte representação esquemática:

EFICIÊNCIA COASEANA	EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA
Orienta-se pelas utilidades individualmente estabelecidas.	Orienta-se predominantemente pelas utilidades socialmente estabelecidas.
Tem dificuldade em levar em consideração a utilidade social da alocação.	Tem dificuldade em levar em consideração a utilidade individual.
Tem como objetivo a maximização da utilidade individual.	Tem como objetivo a maximização da utilidade social.
A alocação é eficiente quando o bem fica com quem mais o valoriza.	A alocação é eficiente quando: <ul style="list-style-type: none"> a) O bem fica com quem mais o valoriza; ou b) O bem fica com quem, de acordo com o critério de igualdade estipulado, tem legitimidade para recebê-lo; e c) Tanto na situação “a”, quanto na “b”, a alocação respeita o critério de honestidade.

1.1. CRITÉRIOS DE EFICIÊNCIA: PARETO, KALDOR-HICKS E BEM-ESTAR SOCIAL.

Conforme apontado, o Teorema de Coase foi construído sobre um esquema relacional bastante restrito, no qual os custos de transação são insignificantes. Num contexto de interações sociais mais complexas, o modelo coaseano, tomado

isoladamente, não apresenta o mesmo poder explicativo⁴⁹. É controversa, em virtude disso, a aplicação do referido teorema a situações que envolvem múltiplas partes. Três são os critérios de eficiência usualmente apontados quando se examina as possibilidades de alocação de recursos em grupos mais amplos (e sob os quais a eficiência coaseana também pode ser examinada): os critérios de Pareto, de Kaldor-Hicks e do bem-estar social. Eles possuem especial aplicação na apreciação das políticas públicas adotadas por um Estado⁵⁰.

O critério de Pareto trata do impacto da distribuição de recursos a partir de uma determinada situação na qual se encontram as partes. A compreensão da ideia paretiana implica na distinção de três conceitos aparentados, mas distintos, correspondentes ao *ótimo de Pareto*, à *superioridade de Pareto* e à *eficiência de Pareto*. O *ótimo de Pareto* corresponde a um estado fático no qual não seja possível efetuar uma nova distribuição dos recursos, sem que ao menos uma das partes seja prejudicada. Por sua vez, a *superioridade de Pareto* ocorre quando, a partir de uma determinada situação fática, é possível efetuar-se uma nova alocação de recursos, sendo que essa nova alocação: a) faz com que ao menos uma das partes fique em melhor situação, sem acarretar nenhuma piora na situação dos demais, e b) não existe nenhuma outra distribuição alternativa que possa conduzir a um resultado melhor. Caso a mudança implique na melhora de alguma das partes sem prejuízo aos demais, mas exista uma outra alocação possível que implique em mais ganho, mas que não foi efetuada, a mudança adotada

⁴⁹ Coleman, J. (1998), 81.

⁵⁰ Coote, R. D. (2000), 265: “Whether pragmatic or idealistic, an economic analysis usually asks whether changes increase or diminish law’s efficiency. ‘Efficiency’ might refer to the Pareto standard – whether a change in law can make someone better-off without making anyone worse-off. Alternatively, ‘efficiency’ might refer to the cost-benefit standard – whether the winners from a change in law gain more *wealth* than losers lose. Or ‘efficiency’ might refer to a welfare standard – whether the winners form a change in law gain more *welfare* than losers lose.”. (grifos no original)

representa uma *inferioridade* segundo mencionado critério. Os conceitos de *ótimo de Pareto* e de *superioridade de Pareto* estão conectados, no sentido de que, no *ótimo paretiano*, a situação atual não é passível de nenhuma alteração que conduza a um resultado *Pareto superior*⁵¹.

Percebe-se que o ponto de vista do *ótimo de Pareto* é *prospectivo*: configura-se quando, a partir da situação *atual*, é impossível uma alteração *futura* que seja *Pareto superior*. *Retrospectivamente*, é irrelevante se as alocações que conduziram à situação atual foram *Pareto superiores* ou *inferiores*. Assim, a partir de uma sequência de alocações históricas que foram superiores, inferiores, ou uma mescla de ambas, chegou-se a um quadro fático que é tomado como parâmetro e a partir do qual nenhuma *nova* alteração se afigura no horizonte que lhe seja superior. Isso é o *ótimo de Pareto*.

A *eficiência de Pareto* é mais exigente: consiste numa situação em que: a) não seja possível nenhuma alocação futura que lhe seja *Pareto superior*, e b) as distribuições pretéritas, que conduziram ao quadro atual, foram todas *Pareto superiores*. Nessa conformidade, a eficiência (ao contrário da otimalidade⁵²) demanda a superioridade tanto prospectiva, quanto retrospectivamente⁵³.

A adoção do critério de Pareto como parâmetro da eficiência administrativa (em qualquer de suas versões – otimalidade, superioridade ou eficiência), não é imune a críticas, haja vista que as alocações futuras tomam como base a configuração atual, que pode ser extremamente injusta de acordo com a concepção socialmente dominante (ou uma

⁵¹ Coleman, Jules (1998), 72.

⁵² Mais adiante, ao tratarmos especificamente da relação entre eficiência administrativa e repartições burocráticas, as palavras *otimalidade* e *eficiência* serão empregadas num sentido algo diverso. Preferimos, no entanto, mantermo-nos fiéis à terminologia dos autores que trataram dos temas respectivos (tanto lá, quanto aqui), apenas ressaltando as acepções diferentes que conferem aos vocábulos.

⁵³ Cfr. Coleman, J. (1998), p. 76, assinalando que o Teorema de Coase adéqua-se ao critério do *ótimo paretiano*, e não à *eficiência paretiana*.

eventual nova concepção social). Pense-se num Estado em que 1% da população concentra 90% da riqueza nacional, enquanto os 99% restantes dividem entre si 10% dessa riqueza. Tomada a regra de Pareto numa acepção literal, qualquer redistribuição que resultasse numa piora para o grupo privilegiado, ainda que mínima, seria ineficiente: assim, por exemplo, se políticas públicas resultassem numa distribuição de renda, na qual o grupo privilegiado passasse a concentrar 95% da riqueza, elevando para 5% a parcela detida pelo restante da população.

Além disso, a composição social é demasiadamente heterogênea, para poder ser concentrada em apenas dois grupos a serem impactados pelas mudanças. Tem-se, em verdade, vários grupos, dos mais diversos tamanhos. Em vista disso, é impossível ao administrador público produzir qualquer mudança social que não gere a mínima perda para ao menos um desses grupos.

Por outro lado, é certo que o ótimo de Pareto não auxilia em questões de justiça distributiva dos que têm mais para os que têm menos (os que têm menos podem continuar tendo menos, desde que não sejam prejudicados com a vantagem obtida por quem tem mais), mas, pelo menos, impede a distribuição no sentido contrário, dos pobres para os ricos, que não é rara – talvez seja até mais frequente – na história das nações (pois os que têm mais não podem obter ainda mais se isso importar em retirar dos que têm menos).

Os impasses gerados pelo critério paretiano, notadamente com relação à dificuldade (se não impossibilidade) de se produzir alterações sociais sem que ao menos um grupo seja minimamente prejudicado, encontra parcial resolução através do critério de Kaldor-Hicks, segundo o qual admite-se que algum dos grupos sofra uma perda, desde que essa possa ser compensada posteriormente. Colocado em outros termos, uma distribuição é eficiente, mesmo que algum indivíduo ou grupo se veja, no final, prejudicado, desde que o grupo de

beneficiados possa compensar os que arcaram com a perda⁵⁴. Note-se que não se exige a efetiva e imediata compensação, mas a mera possibilidade futura.

Por fim, o critério de bem-estar social não rejeita a possibilidade de perda por um grupo em benefício de outro, desde que os prejuízos causados pela perda sejam menores do que as vantagens sociais produzidas pelo benefício. Diferencia-se do critério de Kaldor-Hicks apenas em que não exige sequer a possibilidade potencial de compensação. Essa concepção de eficiência, que é defendida, dentre outros, por Amartya Sen, guarda alguma semelhança com a regra da igualdade de John Rawls, bem como com o princípio da diferença que dela se extrai, segundo o qual as desigualdades econômicas e sociais apenas se podem justificar se forem o resultado do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade de oportunidades, e desde que essas desigualdades prestem-se a elevar as condições existenciais dos membros menos favorecidos da sociedade. A concepção rawlsiana defende, portanto, uma versão do Estado Providência, atrelado a preocupações de justiça social⁵⁵.

1.2. EFICIÊNCIA E CAPTURA DE RENDAS.

Como referido, a estruturação da distribuição de encargos e benefícios numa coletividade implica sempre na adoção de algum critério pelo qual essa distribuição deve ser feita e, via de consequência, pelo qual a eficiência dessa distribuição é medida. Presume-se que o critério adotado converge para a obtenção do resultado socialmente ótimo. Em outras palavras, os benefícios concedidos a um indivíduo ou grupo encontram-se justificados porque se entende que deles resulta benefício ainda maior para a coletividade. De maneira similar, entende-se

⁵⁴ Coleman, J. (1998), 84.

⁵⁵ Otero, P. (2009), 452.

que os encargos impostos a um indivíduo ou grupo justificam-se porque o retorno social global (e, portanto, o retorno social para o próprio indivíduo ou grupo que suportará o encargo) é positivo.

Ocorre, todavia, que tanto as atividades de elaboração, quanto de implementação das políticas públicas encontram-se sujeitas a influxos diversos. Não há nada de surpreendente nessa constatação, que responde, pelo contrário, à natural tendência de que os interessados se agrupem de forma a poderem melhor defender suas posições. Estes são os chamados *grupos de interesse*. Destaque-se que a expressão é neutra: não se atribui conteúdo positivo ou negativo à sua ação. É possível tanto a formação de grupos de interesse para a defesa de causas altruístas (a defesa dos animais, a erradicação da fome), quanto estritamente individualistas (a defesa dos subsídios agrícolas, por parte dos agricultores).

Há, ainda, grupos de interesse mais ou menos organizados: por exemplo, os grupos dos industriais de celulose são, provavelmente, mais estruturados do que os dos consumidores de papel. A tendência a uma organização e coesão maiores deriva do grau de relevância que a defesa articulada daquele interesse possui para os membros do grupo. Um acréscimo de 10% na tributação dos produtos de celulose pode ter grande impacto nas indústrias que atuam especificamente nesse ramo, mas certamente é sentido em menor grau pelos consumidores, para os quais o consumo de papel representa uma parcela talvez irrisória de suas atividades diárias e do dispêndio de seus recursos. Em vista disso, o grupo dos industriais desse ramo é possivelmente mais atuante na defesa de suas posições frente aos planejadores e implementadores de políticas públicas, do que o grupo dos consumidores de papel.

O fato de um grupo de interesses sustentar suas preferências não implica, de per si, um prejuízo para a

sociedade. Isso apenas acontece quando o grupo busca fazer com que seja adotada alguma política pública que lhe permita obter um benefício maior do que o retorno social produzido. Ocorre, então, um evidente desequilíbrio, posto que o grupo acaba por “enriquecer” à custa da coletividade. Chama-se a isso captura de rendas, ou *rent-seeking*. Na definição de Gordon Tullock, um dos mais destacados elaboradores dessa teoria, a captura de rendas consiste “no uso de recursos com o propósito de obter rendas para pessoas, quando as rendas vêm de uma atividade que tem valor social negativo”⁵⁶. A atividade dos *lobbies* constitui *rent-seeking* – a captura de parcela maior de renda do que a utilidade social gerada por essa captura.

Como dito, a captura de rendas ocorre tanto a nível coletivo, quanto individual. É possível que um indivíduo busque influenciar a ação pública de forma a obter um benefício privado em detrimento da coletividade. Por exemplo, um contribuinte que suborna o fiscal de tributos está lutando para ampliar os seus recursos financeiros através da sonegação de impostos, mas essa ação individual causa um prejuízo à coletividade, que se vê privada dos valores correspondentes ao tributo devido. Há uma apropriação de renda através de uma atividade (o suborno para sonegar impostos) que tem valor social negativo.

1.3. EFICIÊNCIA, EFICÁCIA E OTIMALIDADE.

Entre os juristas que discorrem sobre Direito Administrativo, bem como alguns teóricos das Ciências da

⁵⁶ Tullock, G., A. Seldon, & G. L. Brady (2002), 43. Tradução nossa. Um antecedente histórico relevante, no campo da ciência política, é o conceito de *facção* exposto por John Madison em *O Federalista* nº 10: “Por facção entendo um determinado número de cidadãos, quer constituam uma maioria ou uma minoria face ao todo, que são unidos e animados por algum impulso comum de paixão, ou de interesse, adverso aos direitos dos outros cidadãos, ou aos interesses permanentes e globais da comunidade.” (Hamilton, A., J. Madison & J. Jay (2003), 80).

Administração, aponta-se diferenças conceituais entre *eficiência*, *eficácia* e *otimalidade*. Segundo o entendimento de alguns, a *eficiência* possui aspecto procedimental, consistindo numa ação que é apta a produzir um resultado. A *eficácia*, por sua vez, é compreendida como a qualidade positiva do resultado, ou seja, como a consideração de que o resultado pretendido é bom. No caso específico da eficiência administrativa, o resultado eficaz seria o atendimento ao bem comum⁵⁷.

Não nos parece correto esse entendimento. À luz das premissas adotadas nesse trabalho, a noção de eficiência – e, especificamente, de eficiência administrativa – está ligada não apenas ao aspecto procedimental, mas ao resultado obtido. De qualquer forma, cremos ser majoritário na doutrina jurídica o posicionamento no sentido de que a expressão *eficiência administrativa*, exposta no texto constitucional, engloba tanto a eficiência, como a eficácia⁵⁸, nos sentidos mais restritos antes mencionados.

Por sua vez, a relação entre *eficiência* e *otimalidade* deve ser examinada com mais cuidado, residindo aqui o núcleo central desse capítulo. Encontra-se nos teóricos da Administração Pública (tanto juristas, como não juristas), a afirmação de que o comportamento é ótimo quando o nível de resultados produzidos gera a maior quantidade possível de benefícios (*eficiência alocativa*)⁵⁹. Segundo essa linha de raciocínio, eficiência e otimalidade seriam o mesmo: sempre que houvesse eficiência, ocorreria a otimalidade ou, o que é dizer o mesmo, a otimalidade é um requisito da eficiência.

Por outro lado, há quem dissocie os conceitos, afirmando, por exemplo, que, numa situação de restrição orçamentária,

⁵⁷ BATISTA JR., O. A. (2004), p. 220.

⁵⁸ BATISTA JR., O. A. (2004), p. 31.

⁵⁹ Miller, Gary J. & T. M. Moe (2001), 212-213. Entendendo, também, que a atuação ótima está inserida no conceito de eficiência administrativa, Gabardo, E. (2002), 100.

pode ocorrer que o resultado do órgão ou instituição pública seja eficiente, mas não ótimo: o bom funcionamento pode levá-lo a trabalhar de forma a produzir o melhor resultado por unidade orçamentária (unidade de recursos públicos) disponível. Todavia, pode não ser ótimo, dado que na situação concreta a maior produção possível de benefícios sociais pode demandar mais atividade, que ficou inviabilizada pela restrição orçamentária. Nesses termos, a otimalidade não é um requisito da eficiência, embora a eficiência seja um requisito da otimalidade.

Adotaremos ao longo do trabalho este último entendimento, que diferencia a eficiência da otimalidade, por entendermos ser o que melhor atende à concepção de *eficiência administrativa* consagrada normativamente no Brasil e em Portugal, segundo a qual é possível que a ação do Poder Público seja *eficiente* sem ser *ótima* (e sendo-lhe *juridicamente* exigível o eficiente, mas não o ótimo).

De fato: percebe-se, aqui, que as palavras *eficiência* e *otimalidade* não são empregadas no sentido paretiano, segundo o qual há uma relação necessária, mas unidirecional, entre eficiência e otimalidade, no sentido de que uma situação eficiente será sempre ótima (ou melhor, será o resultado de uma situação de *otimalidade* a que se chegou por movimentações que foram todas *Pareto superiores*: *eficiência* = *otimalidade* + *superioridade*), mas uma situação pode ser ótima sem ser eficiente. Ou seja: para Pareto, ser eficiente é *mais* do que ser ótimo. Para nós, é o contrário. Além disso, na terminologia paretiana, a *otimalidade* diz respeito à impossibilidade de se promover qualquer modificação que seja para melhor. Assim, segundo essa acepção, *otimalidade* significa que a situação é a melhor possível, *dentro das condicionantes fáticas existentes*. Não se trata de uma situação ideal de perfeição, de cunho valorativo.

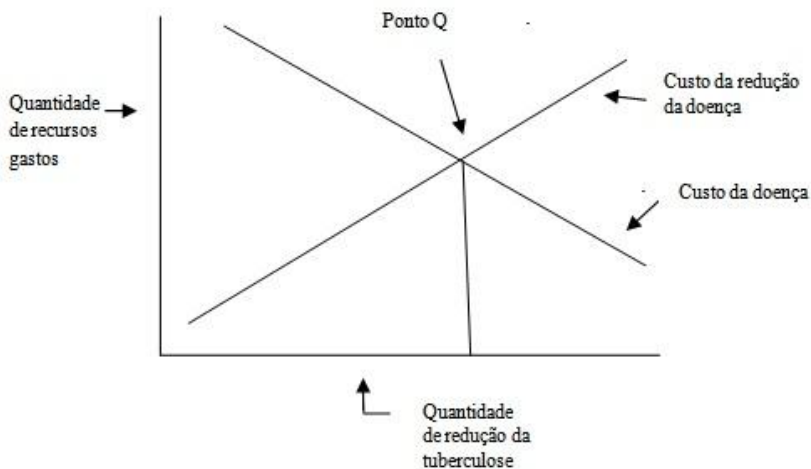
Contrariamente a essa acepção, entendemos que a

palavra *otimalidade* é melhor empregada, no contexto jurídico-político brasileiro e português, para designar a situação *idealmente* desejável – ou seja, a *plena realização* dos valores estabelecidos na Constituição, relativos à prosperidade pública. A *eficiência*, por sua vez, se refere à melhor utilização possível dos recursos dada a *situação concreta*, sendo que essa *melhor utilização possível* pode ou não produzir o resultado ideal (pode ou não ser *ótima*). Em outras palavras, é *eficiente* a alocação de recursos segundo a qual, *dada a situação atual*, com todas as suas peculiaridades, não seja possível nenhuma alteração que produza um resultado melhor do que o que se tem atualmente. Percebe-se, portanto, que o que designamos com a palavra *eficiência* aproxima-se do ótimo de Pareto – ou de Kaldor-Hicks, que, conforme apontado no item 1.9, acima, supera algumas dificuldades da construção paretiana). Por sua vez, o que denominamos *otimalidade* não possui correspondente na construção teórica paretiana ou de Kaldor-Hicks, posto que essas não contemplam estados *ideais*, mas sim mudanças *possíveis*⁶⁰. Esse ponto será melhor compreendido através dos exemplos que seguem.

Pense-se num órgão destinado à promoção da saúde, que tem por missão combater a tuberculose. Para desenvolver suas atividades, esse órgão conta com uma certa quantidade de recursos orçamentários. Pode-se estabelecer abstratamente o custo unitário do combate à doença, ou seja, uma quantidade X de recursos permite uma redução de Y na incidência da tuberculose. Assim, pode-se traçar um ponto a partir do qual o

⁶⁰ A construção ora formulada tem por missão específica estabelecer a compostura jurídico-dogmática da eficiência administrativa. Nesse sentido, é inevitável o recurso às finalidades da Administração Pública, e essas se encontram previstas nos textos constitucionais. Existe, assim, um estado ideal, um dever-ser que é estabelecido pela Constituição. Não se pode, portanto, deixar de considerar esse dever-ser no delineamento da noção jurídica de eficiência administrativa. Todavia, conforme salientado no texto, esse dever-ser não integra a noção de eficiência administrativa, ou melhor, não a preenche internamente, mas apenas serve como um parâmetro externo, em direção ao qual a eficiência administrativa deve *tender*.

aumento de uma unidade X de gastos já não mais produz uma redução de Y na contaminação: por mais que se aumente as despesas, essas não revertem em diminuição efetiva da incidência da moléstia. O ponto eficiente segundo a terminologia que adotamos, e que corresponde ao ótimo de Pareto é, justamente, aquele no qual uma unidade de recursos gastos produz a maior redução possível de unidades de contaminação. Representando graficamente:



As duas linhas que se cruzam no centro do gráfico demonstram que, a partir de um determinado ponto (*ponto Q*), o custo de redução da doença ultrapassa o custo da doença⁶¹ e,

⁶¹ O *custo da doença* não representa apenas um valor monetário (o quanto de dinheiro que a sociedade deixa de ter a cada membro que é acometido pela doença), mas também outros *custos sociais*, de caráter não monetário (outras preferências sociais, tais como higidez do meio ambiente, respeito pelo valor *saúde humana* etc). Para fins de representação, esses custos são incluídos numa única rubrica (*custo da doença*) e unitarizados, de forma que seja possível estabelecer uma relação entre uma unidade de *custo da doença* e uma unidade de *custo da redução da doença*. Além disso, utilizamos no gráfico, de forma simplificada, duas linhas retas que se cruzam, sendo possível que a relação entre o custo da doença e o custo de sua redução seja melhor ilustrado por duas curvas, atendendo a uma eventual relação não linear entre a alteração de uma variável e a de outra. Todavia, como o propósito foi apenas indicar a posição do ponto ótimo, a forma de representação ora adotada se mostra satisfatória.

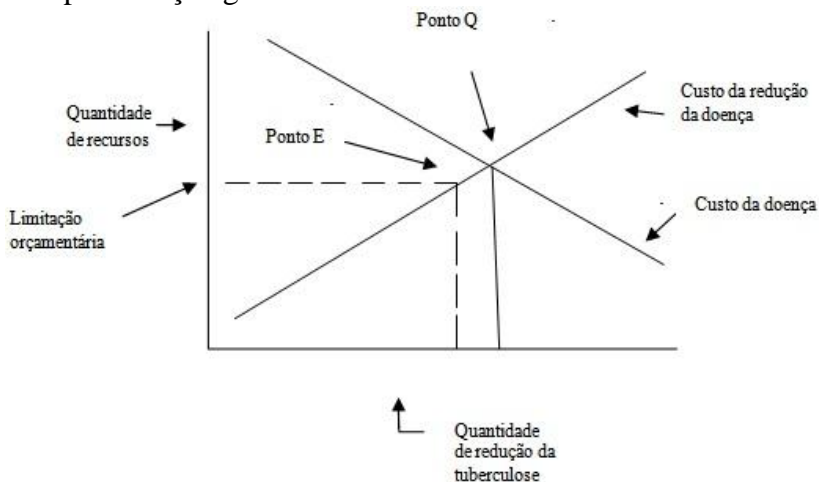
por isso, passa a ser um gasto ineficiente (ou não-ótimo, na terminologia paretiana). O *ponto Q* corresponde a uma relação entre *inputs* e *outputs* que é, a um só tempo, *eficiente* e *ótima* na terminologia que adotamos. *Eficiente*, porque a alocação dos recursos no combate à doença é efetuada da melhor forma possível, de acordo com as circunstâncias (o que corresponde ao ótimo de Pareto). *Ótima*, porque essa alocação corresponde ao que é idealmente desejado – que, no nosso caso, pode ser a meta prevista na lei que disciplina a política pública, ou mesmo o objetivo descrito no texto constitucional. Conforme destacamos, o conteúdo que nós atribuímos à ideia de *otimalidade* não encontra equivalente na teoria paretiana, haja vista que seu campo de análise não incidiu sobre estados *ideais* estabelecidos normativamente. Contudo, deve-se ter presente que, ao tratarmos do conceito jurídico de eficiência administrativa, estamos tratando de normas sociais, e essas possuem (é redundante dizer) caráter deontológico – estabelecem um dever-ser. Essa dimensão deontológica deve, necessariamente, ser integrada no modelo utilizado, e o fazemos através da noção de otimalidade.

Retornando-se ao exemplo mencionado há pouco, pode ser, por outro lado, que o órgão público possua uma restrição orçamentária, de forma que não consiga atingir o patamar de gastos indicado no *ponto Q*. Por isso, não poderá alcançar o nível ótimo de combate à tuberculose – aquele normativamente estabelecido dentro das metas enunciadas na lei que prevê a política pública ou no texto constitucional⁶². Sua conduta será, sob o prisma administrativo, eficiente (ou ótima, segundo o critério de Pareto), embora não ótima, segundo a terminologia que ora adotamos (e que não possui correspondência na teoria paretiana, como acabamos de ver)⁶³. Valemo-nos, novamente,

⁶² Este é um exemplo de *escolha trágica*, referida acima.

⁶³ Aqui reside a diferença com o critério de *eficiência* de Pareto, pois, segundo esse, a conduta eficiente será sempre ótima.

da representação gráfica:



Percebe-se, dessa forma, que o resultado eficiente (*ponto E*) está condicionado pelas circunstâncias e limitações concretas (*dada a situação concreta*, não é possível nenhuma outra alocação que conduza a resultado melhor) e, como esse condicionamento, na hipótese sob exame, impede que a ação administrativa atinja o nível ótimo (idealmente considerado), temos uma divergência entre *eficiência* e *otimalidade*.

Na situação examinada, a otimalidade não foi atingida por que o resultado concretamente possível era *anterior* ao ponto ótimo. Pode se dar, ainda, um resultado não-ótimo por se *ultrapassar* esse ponto. Retornando ao exemplo do órgão público destinado ao combate à tuberculose, é possível que o resultado ótimo seja atingido com um determinado patamar orçamentário – suponhamos que \$ 1.000 são suficientes para a implementação das ações destinadas à satisfação das preferências elegidas na política pública de combate à tuberculose. Todavia, o órgão público, seja por insistência junto às repartições superiores da Administração Pública, seja por influência de seus diretores ou por qualquer outro motivo, consegue uma verba orçamentária de \$ 2.000. Como será

melhor explicitado no item 3.2, abaixo, as repartições burocráticas se caracterizam por uma constante pressão interna para a expansão. Assim, a tendência natural é que os recursos recebidos a mais sejam integralmente consumidos pelo órgão público, quer ampliando seus quadros, sua estrutura física, ou encetando novas ações de combate à tuberculose. Em que pese os aprimoramentos que venha a realizar, é certo que se deram de maneira custosa, pois consumiram mais recursos do que o necessário para o atingimento do ponto ótimo. Portanto, não apenas a falta, mas o excesso de recursos, pode conduzir a um resultado não-ótimo.

Encontra-se na literatura a sugestão de que, para se atingir o ótimo, seria o caso de fazer com que cada burocracia, ao invés de ser financiada por uma fatia de impostos gerais, coletados de todos, passasse a ser subsidiada por taxas especificamente vinculadas à atividade desempenhada, o que permitiria avaliar o quanto os cidadãos efetivamente valorizariam os serviços prestados⁶⁴. Embora a solução não possa ser generalizada – pois nem sempre as preocupações da população estão efetivamente galvanizadas para os problemas de maior gravidade, mesmo nos assuntos que mais de perto lhes afetam –, trata-se de uma linha de ação a ser considerada.

De qualquer forma, embora a conduta administrativa deva sempre almejar o resultado ótimo, uma série de fatores internos e externos à Administração Pública, alheios à sua vontade e à sua capacidade de adaptação, podem impedir que se atinja o referido objetivo. Por isso, sem perder de vista o resultado ótimo, apresenta-se mais produtivo examinar a ação administrativa sob o prisma da *eficiência* (no sentido tratado nesse item, que não é exatamente igual ao paretiano), pois é o campo no qual há, sempre, capacidade de manobra e de ajustes por parte do Poder Público. Embora o *ótimo* (idealmente considerado) nem sempre possa ser atingido, o *eficiente* pode.

⁶⁴ Cooter, R. (2000), 166.

Estabelecidos os contornos gerais *do que é* eficiência administrativa, passemos, no próximo capítulo, ao estudo da organização da Administração Pública, examinando tanto o aspecto *estrutural*, quanto o *dinâmico*, à luz dessa concepção de eficiência.

CAPÍTULO 2

A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA EFICIENTE.

“Como você terá compreendido, caro advogado, a política é frequentemente decidida por nós, os mais humildes servidores do Estado, mais do que por aqueles que aos olhos do povo governam...” (Umberto Eco)⁶⁵

2.1. PROTAGONISMO DO PODER EXECUTIVO E EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O modelo clássico de divisão de poderes impunha o protagonismo decisório ao Poder Legislativo. Ao Poder Executivo competia uma tarefa de mera instrumentalização das políticas públicas, portanto com pouquíssima iniciativa, e ao Poder Judiciário, a aplicação mecânica dos textos legais. Todavia, além de jamais ter existido em sua pureza, este modelo de Estado vem sucumbindo desde meados do século XX. O que se verifica é uma crescente predominância da Administração Pública. Paulo Otero atribui esse fator ao crescimento do Estado de Bem-Estar Social, que traz consigo quatro efeitos: a) intervencionismo público, indispensável para a concretização das prestações a cargo do Estado; b) alargamento das tarefas da Administração; c) desvalorização do papel decisório do parlamento; d) aumento dos custos da

⁶⁵ Eco, U. (2011), 137.

máquina burocrática (gerando, no limite, um estrangulamento do Estado de Bem-Estar)⁶⁶. Embora o autor vincule este aumento às nações que buscaram implementar o modelo de Estado de Bem-Estar, observa-se que, ainda em organizações estatais centradas no liberalismo (Estados Unidos e Inglaterra), movimento similar ocorreu. Verifica-se o protagonismo do Poder Executivo não apenas na implementação, mas na própria definição das políticas públicas. Esse aspecto da evolução dos Estados contemporâneos possui estreita relação com as preocupações acerca da eficiência administrativa.

Há que se distinguir, no entanto, a) a ideia de eficiência subjacente às políticas públicas, da b) promoção *eficiente* dessas políticas.

De fato: conforme apontado no item 1.6, acima, o pacto fundador de um Estado (em geral, a sua Constituição) pode estabelecer objetivos que se coadunem com alguma concepção específica de eficiência na repartição dos benefícios e encargos sociais (Pareto, Kaldor-Hicks e Bem-Estar). As políticas públicas são traçadas a partir desses objetivos, representando um nível maior de concreção.

Se, por exemplo, a Constituição estabelece, dentre seus objetivos, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais⁶⁷, pode se posicionar claramente acerca da forma de atingi-lo (por exemplo, permitindo que os mais abastados tenham sua riqueza diminuída), ou não dizer nada a respeito. É certo que os textos constitucionais nascidos de processos democráticos muito se assemelham a pactos compromissórios, nos quais são tangenciadas opções que impliquem em prejuízo para algum dos grupos de interesse envolvidos. É, portanto, no instante da formulação das políticas públicas que essas decisões são tomadas, e aquelas que não afrontam o texto fundamental são válidas. Em se tratando de

⁶⁶ Otero, P. (2009), 459-460.

⁶⁷ Como faz a Constituição Brasileira, em seu art. 3º, III.

políticas públicas com carácter distributivo, é inevitável que consagrem algum critério de eficiência, dentre os apontados. Assim, há uma ideia de eficiência subjacente a essas políticas públicas.

Contudo, não é a isso que nos referimos quando utilizamos a expressão *eficiência administrativa*. Uma política pública que consagra uma ideia de eficiência (pense-se numa política de combate à pobreza através da distribuição de renda) pode ser promovida *eficientemente* ou *ineficientemente*. Esse termo designa não o critério de eficiência que subjaz às políticas públicas, mas a promoção *eficiente* dessas políticas. Eficiência administrativa é, portanto, a atuação eficiente do Poder Público.

2.2. A CONSAGRAÇÃO NORMATIVA DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.

A consagração positiva da eficiência através de uma norma jurídica (conforme se verifica na Constituição Portuguesa, em alguns dispositivos, e na Constituição Brasileira, que explicitamente consagrou o *princípio da eficiência administrativa*⁶⁸) não consubstanciou propriamente

⁶⁸ A Constituição Portuguesa diz o seguinte: “Art. 81º Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: (...) c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do setor público. (...) Artigo 267º, 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. 2. Para o efeito do disposto no número anterior, a lei estabelecerá adequadas formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia e unidade de acção da Administração e dos poderes de direcção, superintendência e tutela dos órgãos competentes. (...) 5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito. Observe-se que a Constituição Brasileira, antes da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não fazia menção nenhuma à eficiência administrativa, o que somente ocorreu após a

uma mudança de paradigma.

Em primeiro lugar, não trouxe nada de realmente novo. Ninguém supõe que, antes da introdução de normas expressas nos textos constitucionais em referência, as Administrações Públicas estavam desobrigadas de agir eficientemente. Esse ponto fornece um sólido apoio à *Law and Economics* contra os seus detratores. A recusa da relevância jurídica da noção de eficiência conduz necessariamente à conclusão de que, antes da sua consagração textual, o Poder Público podia agir de forma ineficiente e disso não resultaria nenhuma consequência jurídica. Essa concepção, que não atendia ao senso comum, agora se encontra completamente invalidada, pois a eficiência foi erigida ao patamar de preceito constitucional expresso.

Em segundo lugar, a eficiência é (ou pode ser) uma norma jurídica? Perceba-se que dizer que a eficiência, como adequação entre meios e fins, é presumivelmente um componente das normas jurídicas não corresponde a sustentar que possa ser considerada uma delas. A previsão expressa de um *princípio constitucional da eficiência administrativa* não elide a questão sobre se esse princípio da eficiência é *eficiente*. Em verdade, atribuir à eficiência administrativa o caráter de princípio jurídico é, no mínimo, problemático. Um princípio jurídico é um valor ou parâmetro normativo. É uma finalidade⁶⁹ que o sistema assume o encargo de promover. A eficiência não diz respeito a fins, mas a meios para atingi-los.

Em vista disso, não é a mera positivação do referido “princípio” que melhorará a eficiência da ação administrativa. Ademais, o elevado grau de generalidade e abstração – notas

inovação introduzida no texto. Por seu turno, a Constituição Portuguesa não menciona a palavra *eficiência*, mas contém referências à *eficácia*, além de prever, melhor que a Constituição Brasileira, algumas medidas concretas para essa finalidade (racionalização, desburocratização, unidade administrativa, descentralização e desconcentração).

⁶⁹ E, nesse aspecto, também é contraditório utilizar-se a expressão *princípio* que supostamente é algo que se encontra no começo, para designar um *fim*, que é algo que se posiciona ao término.

características dos princípios jurídicos – acabam por contribuir pouco para o efetivo aprimoramento da Administração Pública. É por esse motivo que os esforços doutrinários desenvolvidos em Portugal e no Brasil não têm acrescentado contribuições significativas ao aprimoramento da eficiência administrativa: os juristas vêm se preocupando em *extrair* um significado do sobredito princípio, dizendo *o que é* eficiência administrativa. A resistência em aceitarem as contribuições advindas da economia (que há séculos vem examinando o tema) redundou em escassos resultados, que não passaram da produção de noções confusas e de reduzido poder explicativo ou normativo acerca da eficiência administrativa⁷⁰. Em geral, a tônica tem sido o ataque à consagração da relevância jurídica da eficiência, que é apontada como um subterfúgio para a desformalização, ou seja, para a flexibilização da legalidade em prol de interesses do “capital privado”⁷¹. Aqueles que se debruçaram sobre o tema não passaram da cantilena contra o neoliberalismo e outros vilões que se consorciaram numa conspiração global para construir um modelo que aniquila ou automatiza o ser humano⁷². Revoltam-se contra o imperialismo econômico: admitem que a ideia de eficiência tem raízes não jurídicas⁷³, mas insistem que não é a economia que vai fornecer o conteúdo da eficiência administrativa, e que a construção do conteúdo jurídico de eficiência administrativa é prerrogativa

⁷⁰ Confira-se, por exemplo, a seguinte referência, praticamente ininteligível, à “função” da eficiência administrativa em Gabardo, E. (2002), 96: “A eficiência como princípio administrativo expresso tem a função de reforçar as preocupações da Administração, incrementando a mera reflexão estática sobre o adequado uso das suas prerrogativas.”

⁷¹ Gabardo, E. (2002), 16-17.

⁷² Cfr. Rosa, A. M. da & Marcellino Jr., J. C. (2009), 9-10, para quem o início da conspiração global se deu com a fundação da *Société du Mont Pèlerin*, em 1947, quando Friederich August Von Hayek, Karl Popper, Milton Friedman e outros intelectuais de renome teriam se reunido para formar uma frente de combate ao keynesianismo e ao trabalhismo britânico do pós-guerra.

⁷³ Cfr. Batista Jr., O. A. (2004), 110.

dos juristas⁷⁴.

A recusa em aceitar contribuições de outras áreas do saber é, mais do que improdutiva, destacadamente contraditória. Os mesmos juristas que rejeitam qualquer aproximação com a economia acolhem com entusiasmo a penetração da moral nos conceitos jurídicos. Recusam o imperialismo econômico, mas defendem o imperialismo moral.

De qualquer maneira, mais do que a definição *do que é* a eficiência administrativa, do que se carece é de se definir *como* ela será atingida. É aqui que reside a dificuldade não superada pela doutrina tradicional. Ilustramos essa afirmação com duas noções correntes no discurso jurídico, relacionadas à eficiência administrativa: a transparência e a desburocratização. É lugar comum afirmar-se que a Administração Pública deve agir de modo transparente e desburocratizar a sua atuação. Até aí, nenhum problema. A dificuldade reside em saber como fazê-lo, e sobre isso a doutrina jurídica tem sido pouco frutífera.

A Análise Econômica do Direito se encontra em posição significativamente melhor para contribuir nesse campo. Sua preocupação não apenas com o conteúdo, mas com as causas e efeitos das normas jurídicas, fornece o suporte metódico apropriado para a investigação do *como* da eficiência administrativa.

2.3. O ESTADO COMO ORGANIZAÇÃO.

A estrutura estatal corresponde a uma organização destinada a coordenar a convivência coletiva. Compartilha, assim, características típicas das estruturas organizacionais, tais como a existência de centros decisórios e a divisão de atribuições.

⁷⁴ Gabardo, E. (2002), 92. Há quem adote visão mais aberta, admitindo as contribuições da Teoria das Organizações, da Economia e de outras fontes: cfr. Batista Jr., O. A. (2004), 117.

Apresenta, no entanto, complexidade significativamente maior do que as organizações empresariais. Essa complexidade deriva, em primeiro lugar, de sua missão, a mais ampla que se pode imaginar: promover o bem comum. A possibilidade de delimitação precisa e objetiva da missão institucional simplifica a estrutura da organização, pois permite saber exatamente quais as ações a serem desempenhadas para atingir os objetivos societários, selecionando-se os meios idôneos e aferindo-se o resultado de maneira satisfatória. A impossibilidade de delimitação precisa opera em sentido contrário, criando problemas significativos.

Por exemplo, uma empresa dedicada à produção de bicicletas não tem dificuldades em apreciar quais serão os insumos necessários para a produção dos resultados (a relação entre *inputs* e *outputs*), nem em avaliar qualitativamente e quantitativamente os produtos obtidos (as bicicletas), bem como – e isso constitui o principal – o lucro ou prejuízo financeiro decorrente de suas operações. Em suma: pode averiguar de maneira relativamente pouco custosa a *eficiência* de sua atuação. O mesmo não se passa com o Estado. Não é apenas no objetivo maior (a promoção do bem comum) que se encontra uma natural imprecisão. Mesmo em suas especificações através da especialização de políticas públicas e de órgãos executivos, persiste a falta de delimitação precisa. A promoção do trabalho, pelo Ministério do Trabalho, ou da saúde, pelo Ministério da Saúde, são ainda conceitos vagos, que não fornecem, de per si, um parâmetro objetivo que permita verificar se as metas finais estão sendo atingidas, e em que medida. Trata-se, no entanto, de uma característica incontornável da organização estatal: ao contrário das empresas privadas, o Estado pouco pode fazer para redirecionar sua *missão*, ao menos no que diz respeito à definição do objetivo final.

Além disso o Estado sujeita-se a influxos

significativamente diferentes daqueles que incidem sobre as organizações privadas. Afirma-se que as características comuns da administração estatal são o controle político vindo de cima, pressões para expandir vindas de dentro, pressões de interesses organizados vindas de fora, e a necessidade de seguir as regras estabelecidas⁷⁵. Esse modelo toma a expressão *Administração Pública* como sinônima de *burocracia*, ou seja, de quadro funcional composto por agentes públicos não eletivos. Situa fora da Administração Pública, assim, o corpo dos *agentes políticos*, titulares de mandato eletivo. É por isso que afirma que sofre pressões do corpo político, *vindas de fora*. Essa modelagem não representa o fenômeno de maneira adequada, haja vista que iguala os agentes políticos que desenvolvem atividade parlamentar e os que desempenham função executiva, juntando-os num grupo único *externo* à Administração Pública. Essa junção é, no entanto, artificial, sendo inegável que os agentes políticos pertencentes ao Poder Executivo, ao contrário dos membros do Poder Legislativo, situam-se *dentro* da Administração. Essa diferença é mais nítida no modelo presidencialista brasileiro, com marcada divisão (ao menos formal) entre Poder Executivo e Poder Legislativo, do que no parlamentarismo português, no qual nem sempre é tão clara a separação entre o Governo e a Assembleia, sendo o chefe do Executivo escolhido dentre os parlamentares. De qualquer forma, os agentes políticos que desempenham função executiva são peças de destaque na implementação das políticas públicas através do agir administrativo. Assim, num sentido mais exato, a expressão *Administração Pública* engloba os agentes políticos membros do Poder Executivo e os agentes públicos que não são titulares de mandato eletivo (a burocracia propriamente dita). É certo, no entanto, que existem tensões, reais e potenciais, entre os interesses desses dois grupos: um se move por influxos político-eleitorais, outro por interesses

⁷⁵ Cfr. Cooter, R. D. (2000), p. 151.

técnicos e corporativistas. Ligam-se ambos, no entanto, ao desempenho da atividade administrativa, de forma que o termo *controle político externo* relaciona-se apenas com a atividade do Poder Legislativo. Embora empreguemos o termo *Administração Pública* de forma a abranger os agentes políticos e os funcionários públicos no âmbito do Poder Executivo, nosso foco será a atuação da *burocracia*. Isso porque é à atividade da burocracia que a eficiência administrativa se conecta. A atividade política interna, desenvolvida pelos altos escalões do Poder Executivo, orienta-se por outra racionalidade (conforme será exposto abaixo). Embora a eficiência administrativa seja um dos nortes a orientarem o seu agir, não é o único.

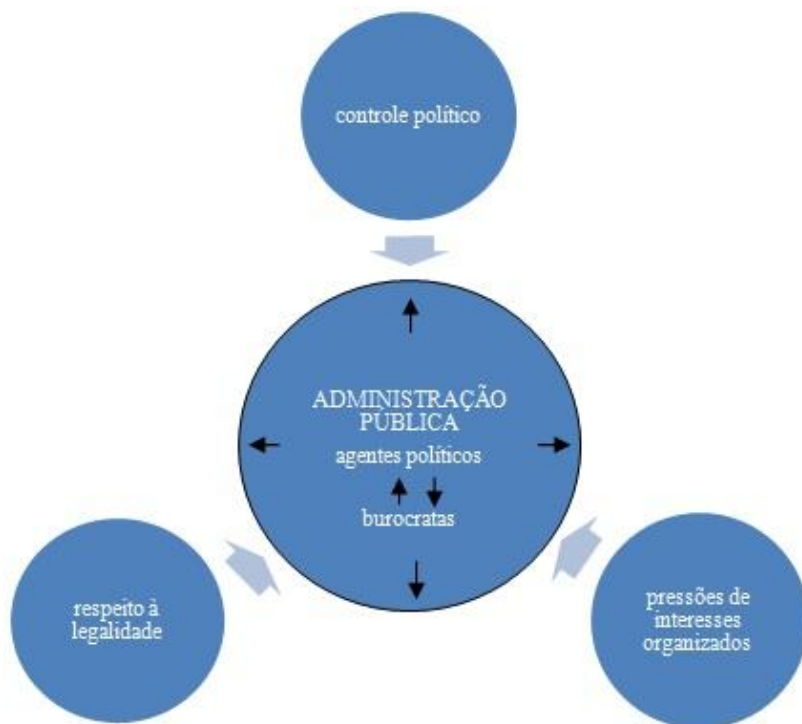
Nessa conformidade, o modelo pode ser reformulado nos seguintes termos: a Administração Pública luta sempre para expandir o seu campo de atuação. No processo de conquista de espaço e disputa de poder, os funcionários públicos combatem para aumentar os recursos financeiros, as estruturas físicas e os recursos humanos dos órgãos aos quais pertencem⁷⁶. Sem embargo disso, sua ação se encontra constrita por pressões vindas de dentro e de fora. A pressão interna é exercida pelos agentes políticos que atuam na Administração Pública. É uma espécie de *controle político interno*. No que diz respeito às pressões externas, tem-se o *controle político externo*, que é exercido pelo Poder Legislativo, tanto de maneira prévia (por exemplo, ao aprovar as propostas orçamentárias), quanto *a posteriori* (por exemplo, na atividade de fiscalização da Administração Pública). Além disso, os grupos de interesse organizados procuram influenciar a implementação das políticas públicas, de forma a privilegiar os seus objetivos específicos. Esses grupos nem sempre se movem por motivações restritas. Não apenas a indústria siderúrgica pode constituir um grupo de interesse para defender as posições

⁷⁶ BUCHANAN, J. M. (2000), 201-204.

deste setor empresarial. Também as associações de defesa dos direitos políticos, de combate à fome e de proteção do meio ambiente, ainda que se proponham a defender objetivos que consideram altruístas ou universais, constituem grupos de interesse.

A dinâmica estrutural até agora desenvolvida encontra forte correspondência no modelo da ação racional, definida acima, em que cada um dos atores envolvidos no processo de implementação de políticas públicas (Administração Pública, controle político, grupos de interesse) age de forma a maximizar suas utilidades específicas. Soma-se a esse panorama um quarto fator, consistente no dever de obediência à legalidade, que, no que tange ao agir administrativo, possui conotação mais rígida e condicionadora do que no âmbito da iniciativa privada.

Esse modelo complexo se encontra representado na ilustração abaixo.



Um exemplo permite exprimir mais claramente essa dinâmica. A ação da Administração Pública volta-se para a implementação de políticas públicas com os recursos orçamentários que lhe são destinados. Destacam-se, assim, as duas pontas da atividade administrativa: uma correspondente aos *inputs* (os recursos que recebe), e outra, relativa aos *outputs* (as ações que desenvolve). Existe um equilíbrio eficiente, segundo o qual os gastos efetuados são menores ou, no mínimo, iguais ao retorno social almejado. Há, portanto, uma margem de manobra dentro da qual o Administrador Público pode ser movimentado: suponha-se que o órgão que ele coordena deva implementar uma determinada política pública, e que a consecução dessa política seja denominada *resultado X*. O ponto eficiente, segundo as regras que estabelecem essa política pública, corresponde a um gasto de \$ 1.000 para a

produção do resultado X: cada unidade de gasto maior do que essa significa um retorno social (um “lucro”) menor do que o custo. Assim, gastar-se a partir de \$ 1001, segundo a projeção contida na norma que regula essa atividade, produz um resultado ineficiente. Contudo, o administrador percebe que, embora o custo estimado para a obtenção do equilíbrio eficiente seja \$ 1.000, é possível, em concreto, obter-se um resultado ótimo com apenas \$ 800. Dentro desse espectro (entre \$ 800 e \$ 1.000), o administrador se move livremente: sua obrigação é produzir o aceitável de acordo com o orçamento que possui (o resultado eficiente que lhe foi imposto) e com os limites normativamente estabelecidos. Portanto, dentro dessa esfera, ele se move com discricionariedade⁷⁷. Pode, assim, optar por qualquer linha de ação entre os parâmetros que se lhe antepõem: resultado X por um custo qualquer, desde que $> \$ 800$ e $< \text{que } \$ 1.000$). Uma das linhas de ação possíveis é utilizar o excedente para, ultrapassando o que exigia o resultado X estabelecido pela política pública, produzir mais *outputs*. Pode ter, no entanto, motivos para não fazê-lo. Dentre esses motivos pode estar o de que prefere aplicar os recursos excedentes em outras finalidades, que não estão conectadas com a sua atividade-fim, mas que podem lhe trazer algum benefício (suponha-se que se trata de um agente detentor de mandato eletivo que opta por gastar mais com publicidade, porque isso melhora suas chances de ser reeleito). Outro motivo que pode levá-lo a não procurar o resultado eficiente é a interferência de grupos de interesse de fornecedores de produtos utilizados naquele serviço público⁷⁸. Isso porque esses produtos tem um determinado custo por unidade. Numa situação de equilíbrio eficiente, esse custo deve ser o menor dispêndio apto a obter, para o Estado, a unidade desejada. Todavia, esses grupos de interesse percebem que, no

⁷⁷ O termo é aqui empregado em seu sentido coloquial, não jurídico.

⁷⁸ Migué, J.-L. & G. Bélanger (2001), 200.

caso de equilíbrio eficiente, há sobra de recursos orçamentários, porque o Estado pode comprar tudo o que precisa e ainda restarão recursos. Esse grupo procura, assim, capturar esse excesso, intercedendo junto ao administrador, para que esse compre o produto a um preço mais elevado. Caso o administrador não tenha interesse em atingir o equilíbrio ótimo, nem tenha outro benefício favorito (quer porque já o obteve, quer porque veja nesse acordo com o grupo um benefício preferencial), pode consentir no aumento de preços. Assim, a população fica satisfeita (pois recebe pelo menos o mínimo que considera satisfatório – resultado X pelo preço de R\$ 1.000 –, e o grupo também – porque consegue lucros maiores por unidade de produto vendida). Produz-se a mesma quantidade de *outputs* que seria obtida com \$ 800, mas a um custo unitário maior, para poder consumir integralmente os \$ 1000. Observe-se que essa é uma tendência natural, haja vista que os grupos são mais bem organizados do que os cidadãos e, por isso, conseguem exercer pressão mais efetiva.

Ilustra-se, assim, a dinâmica de pressões internas e externas que a ação administrativa sofre na implementação de políticas públicas, bem como a adoção de procedimentos oportunistas voltados para a captura de rendas (*rent-seeking*). No exemplo fornecido, a medida consonante com o *ótimo* seria produzir o resultado X pelo preço de \$ 800 e devolver o excedente aos cofres públicos, reajustando-se o orçamento para o período seguinte, de forma a adequá-lo com a efetiva necessidade de recursos. Em face de todas as outras possibilidades, essa é, no entanto, invariavelmente descartada. A possibilidade de captura de renda que se faz presente, tanto por parte do agente público, quanto por terceiros, é um dos fatores a barrar o aumento da eficiência administrativa.

Retornemos, no entanto, ao exame da estrutura organizacional do Estado. Traço marcante da atividade administrativa é a existência de diretrizes a serem

implementadas pelos agentes públicos (tomada a expressão em sentido amplo, abrangendo tanto os agentes políticos, quanto os burocratas, na linha do que foi exposto parágrafos acima). Essas diretrizes são traçadas através das políticas públicas que o Estado define por meio de seu processo de produção normativa. A atividade de implementação se desenvolve *em corrente* por vários agentes que possuem entre si uma relação paralela (quando pertencem a órgãos públicos diferentes ou desempenham a mesma função dentro de um órgão público) ou hierárquica (quando há, entre órgãos ou dentro de um mesmo órgão, uma relação de superior-inferior entre os agentes). Ou seja: em geral, não é um único agente que se encarrega da implementação da política pública, mas cada qual desempenha uma atividade específica na concretização do comando normativo, fornecendo uma contribuição parcial à produção do resultado final.

Assim, a consecução do propósito organizacional – em nosso caso, da política pública – depende da ação consonante de todos os envolvidos na atividade. Por conseguinte, falhas na adesão ao comando a ser implementado impedem ou prejudicam que se atinja o resultado pretendido. Essas falhas podem ocorrer por dois motivos: a) a divergência entre as condutas de alguns agentes, que direcionam a suas ações no sentido da satisfação de preferências pessoais que conflitam com o objetivo organizacional, ou b) a má configuração da estrutura e dos processos administrativos. Na primeira hipótese, há um elemento voluntário preponderante: é o executor da ação administrativa que, deliberadamente, adota o curso causal que atende às suas preferências pessoais em detrimento daquele que conduz à implementação da política pública. Na segunda hipótese, a deficiência não decorre da divergência subjetiva do agente público, mas da impossibilidade de se atingir o resultado ótimo, por conta do mal planejamento da estrutura ou das rotinas administrativas.

É certo que as duas situações exercem influência recíproca: as deficiências estruturais e processuais facilitam a adoção de comportamentos divergentes, e o propósito de facilitar desvios oportunistas no desempenho da atividade desestimula o aprimoramento das estruturas e dos processos. Todavia, para fins analíticos, convém que sejam tratados separadamente. Iniciaremos, dessa forma, com a primeira situação, que será enfrentada à luz da Teoria da Agência.

2.4. O DESEMPENHO DAS AÇÕES ADMINISTRATIVAS À LUZ DA TEORIA DA AGÊNCIA.

Uma estrutura organizacional, como uma corporação ou um Estado, forma-se porque a coordenação da ação coletiva apresenta melhores resultados do que a ação individual isolada. Um dos benefícios dessa coordenação consiste na divisão de tarefas, sendo característica a existência de núcleos decisórios, executivos, fiscalizadores etc. Em vista disso, quem estabelece as diretrizes de ação não será responsável pela sua implementação, que ficará a cargo de outro núcleo de competências. Essa relação entre aquele que estabelece as linhas de ação e aquele que deve cumpri-las é estudada pela *Teoria da Agência*, e recebe o nome de *relação principal-agente*.

Partindo da concepção de ação racional sobre a qual discorremos no Capítulo 1, a Teoria da Agência tem por objetivo apresentar soluções para dois problemas. O primeiro “surge quando: a) os desejos ou objetivos do principal e do agente conflitam entre si, e b) é difícil ou custoso para o principal verificar o que o agente está efetivamente fazendo. O problema aqui é que o principal não consegue verificar se o agente está se comportando apropriadamente”⁷⁹. O segundo problema diz respeito à “distribuição do risco, que surge

⁷⁹ Eisenhardt, K. M. (1989), 58. Tradução nossa.

quando o principal e o agente têm atitudes diferentes relativamente ao risco. O problema aqui é que o principal e o agente podem preferir diferentes ações devido a diferentes preferências sobre os riscos”⁸⁰. Os dois problemas surgem em decorrência da assimetria informacional entre o principal e o agente, bem como na incerteza acerca do resultado da atividade, e a solução diz respeito à forma ótima pela qual o principal pode motivar o agente a cumprir satisfatoriamente a tarefa que lhe foi assinalada⁸¹.

Essa assimetria informacional propicia a ocorrência do risco moral (*moral hazard*) na ação administrativa: o agente sente-se estimulado a portar-se de forma mais arriscada do que se portaria, caso fosse ele quem arcasse com os custos do risco. Imagine-se que o chefe de um órgão público dedicado à preservação ambiental recebe a determinação para dar cumprimento à legislação de proteção ao meio ambiente, que estabelece que sejam adotadas medidas para recuperar áreas de vegetação nativa que se encontram degradadas e destina uma quantidade de recursos financeiros para o desempenho dessa atividade. Como sua atividade cinge-se à direção do órgão, determina aos seus subordinados que executem a legislação, com base em orientações gerais que lhes passa. Configurada uma situação de difícil monitoramento e falta de clareza na identificação do motivo de eventual insucesso, o agente público (subordinado) responsável pela implementação dessa política pode optar por cursos de ação com elevado grau de risco, caso saiba que, se não tiver êxito, a responsabilidade pelo fracasso não poderá ser imputada a ele e será integralmente suportada pelo superior. É possível, por exemplo, que se decida a introduzir, na área natural sob sua competência, uma técnica experimental de recuperação da vegetação, altamente custosa e com pouca probabilidade de êxito. Por exercer função

⁸⁰ Eisenhardt, K. M. (1989), 58. Tradução nossa.

⁸¹ Sappington, D. E. M. (1991), 45.

especializada, esse agente público tem conhecimento do elevado risco da solução adotada. No entanto, o seu superior hierárquico (que figura como o *principal*, na terminologia ora adotada) não detém o mesmo saber técnico e, por isso, não tem possibilidade de apreciar o grau de risco da ação do subordinado. Está configurada uma situação de risco moral: caso a ação não seja exitosa, o prejuízo é suportado pelo superior. Se o prejuízo decorrente do insucesso fosse arcado pelo subordinado, ele provavelmente teria agido de outra forma, empreendendo ações mais prudentes.

Outro aspecto negativo relacionado com a assimetria informacional na relação principal-agente é a possibilidade de seleção adversa (*adverse selection*), na qual o déficit de informação acaba por induzir a escolha de más opções. Exemplifiquemos. A Administração Pública necessita selecionar servidores para o cumprimento de suas metas. Sua intenção é admitir agentes que tenham capacidade técnica e forte estímulo para se engajarem no desempenho das atividades administrativas. Ocorre que o órgão responsável pela seleção não possui as informações necessárias para aferir a real presença dessas qualidades nos candidatos: ainda que provas de conhecimento técnico se prestem a satisfazer o primeiro requisito, não há teste capaz de medir o comprometimento e a dedicação dos concorrentes. Apenas cada candidato, individualmente, possui essa informação. Como não há garantia de que todos os selecionados sejam zelosos e dedicados, não é conveniente para a Administração Pública fixar um patamar remuneratório elevado: caso contrário, acabaria por remunerar demais servidores que produzem de menos. Ocorre que a fixação da remuneração num patamar médio acaba por desestimular profissionais mais competentes e dedicados, posto que a ausência de pagamento por performance fará com que, independentemente da produtividade individual, o salário permaneça igual. Como resultado, as vagas oferecidas

são disputadas majoritariamente por candidatos de nível baixo ou intermediário, nisso consistindo a seleção adversa.

Percebe-se, portanto, que uma situação de assimetria informacional está na base da Teoria da Agência. Nesse enfoque teórico, a informação é tratada como uma *commodity* e, por isso, passível de ser “comprada” pelo principal⁸². Essa *commodity* lhe possibilita acompanhar melhor a atuação do agente e, via de consequência, corrigir desvios. Cabe ao principal averiguar o preço a pagar por esse bem, tendo em vista a obtenção do equilíbrio ótimo entre esse preço e a quantidade de informação necessária para garantir o bom desempenho do poder delegado ao agente.

A aplicação da Teoria da Agência no estudo da Administração Pública é admitida pela doutrina⁸³.

A estruturação burocrática do Poder Público se desenvolve de forma complexa: a diversidade de missões a serem executadas pelo Estado faz com que sejam criados órgãos específicos para cada uma. Assim, há diversas

⁸² Eisenhardt, K. M. (1989), 64.

⁸³ Sappington, D. E. M. (1991), 45. Essa “extensão” da Teoria da Agência às relações principal-agente no âmbito da Administração Pública parte do entendimento de que a nomeada teoria foi elaborada no campo das organizações privadas. No entanto, um exame histórico nos conduz a conclusão oposta, ao verificarmos que, nos primórdios da Ciência Política, o problema central da Teoria da Agência já se encontrava devidamente enunciado, e as possíveis soluções construídas em total acordo com essa teoria. Nesse sentido, aconselhava Maquiavel, há mais de quinhentos anos, a Lorenzo de Médicis: “Mas eis uma maneira que nunca falha de o príncipe conhecer o seu ministro. Quando vires um ministro pensar mais nele do que em tí e atentar no seu proveito em tudo quanto fizer, tal ministro não vale nada e não te debes fiar nele, pois aquele que governa e tem nas mãos todo o Estado de um príncipe nunca deve pensar em si, mas sim e sempre no seu senhor, jamais deve recordar ao príncipe coisas que não digam respeito aos seus assuntos. Em contrapartida, o príncipe, para manter o ministro neste bom caminho, deve pensar nele, dar-lhe honras e finanças, torná-lo grato e devedor, de tal modo que o ministro não possa passar sem ele e que as grandes honras e riquezas que lhe der não lhe agucem o desejo de outras maiores e os elevados cargos que desempenhar lhe façam temer as mudanças e novidades. Quando os ministros, e os príncipes em relação aos ministros, são desta sorte, podem-se fiar um no outro, caso contrário, o fim será sempre prejudicial a um e a outro.” (Maquiavel, N. (1975), 96).

estruturas paralelas, cada qual com um propósito diferente, mas cujas ações por vezes se tangenciam e que, de alguma forma, devem contribuir para a obtenção do mesmo resultado final, genericamente considerado (o bem comum). Além disso, dentro de cada uma dessas estruturas, há níveis hierárquicos diversos. Tanto a criação de órgãos burocráticos, quando a estruturação hierárquica de cada um deles, deve atender a dois aspectos que Robert D. Cooter denomina *delegation game* e *rule game*.

O primeiro aspecto (*delegation game*) diz respeito à efetiva necessidade de delegação: cabe decidir se a autoridade pública exercerá a competência pessoalmente, ou a delegará. Em geral, essa possibilidade de delegação não é livre. Normas constitucionais e infraconstitucionais estabelecem o cabimento ou não da delegação⁸⁴.

A *Teoria da Agência* auxilia a perceber quando a delegação é mais vantajosa para promover a eficiência administrativa. O ponto central é o acesso à informação por parte do principal ou superior administrativo: se esse tem boas condições para monitorar a conduta do subordinado, a delegação é interessante. O monitoramento pode incidir tanto sobre o comportamento do agente, como sobre o resultado final. No que diz respeito ao comportamento do agente, pouca explicação é necessária: consiste na possibilidade do superior observar, com facilidade, o agir do subordinado. Quanto mais difícil para o superior obter informações acerca do alinhamento da conduta do subordinado com a diretriz traçada (e cuja execução lhe foi delegada), menos recomendável é a delegação.

Por sua vez, o monitoramento não foca no aspecto procedimental do agir, mas apenas no resultado obtido. Se, pela apreciação do resultado, o superior puder saber se o agente foi fiel ao comando recebido, o monitoramento é fácil. Não é esta,

⁸⁴ Cooter, R. D. (2000), 81.

todavia, a situação mais corrente. No que diz respeito às condutas que pode adotar, o subordinado tem duas possibilidades: ser fiel ao comando recebido, ou dele divergir. Em ambas as hipóteses, os resultados obtidos podem ser bons ou maus, quer pelo talento profissional do agente, quer pela sorte ou outro motivo. Se a atividade delegada é daquelas cujo resultado desejado tem grande chance de acontecer, independentemente da fidelidade do agente, esse tem estímulo ao desvio, dada a dificuldade de detecção: o sucesso da missão, ainda que com desvio por parte do subordinado, impede que se descubra a infidelidade. Por outro lado, pode ser que, mesmo sendo fiel ao comando de seu superior hierárquico, o agente não consiga obter o resultado pretendido. Naqueles casos em que o monitoramento é difícil, o superior não conseguirá saber se o insucesso se deveu ao desvio do subordinado, ou a outro fator qualquer. Como orientação geral, a delegação deve ser adotada nos casos em que o resultado possa ser um sinal (*proxy*) da fidelidade do agente que a recebe.

A primeira conclusão que se tira é de que, na primeira fase (*delegation rule*), deve-se avaliar: a) se é necessária a delegação, b) se a conduta ou o resultado são monitoráveis, e c) como se pode aprimorar ou reduzir o custo do monitoramento.

Quando o agente se decide pela delegação, surge outra questão a ser decidida: a competência concedida deverá ser discricionária ou vinculada? Este é o *rule game*, no qual se aprecia a quantidade de discricionariedade a ser concedida ao agente. A imposição de regras à conduta do subordinado, restringindo a sua margem de manobra, pode servir para reduzir os custos de transação, além, naturalmente, de diminuir a possibilidade de desvio⁸⁵. Ocorre que a própria natureza da atividade funciona, em algumas situações, como um empecilho à vinculação. Com efeito, há casos nos quais o desenvolvimento da atividade administrativa está sujeito ao

⁸⁵ Cooter, R. D. (2000), 91.

influxo de circunstâncias imprevistas. Nessas situações, é necessário conferir ao agente executor alguma flexibilidade, pois a excessiva rigidez acaba por impedir a implementação do comando. Assim, a *previsibilidade de situações* faz com que o estabelecimento de regras seja mais interessante para as autoridades delegantes, ao passo que a *imprevisibilidade das situações* torna mais conveniente a concessão de poderes discricionários aos delegados⁸⁶.

Observe-se que tanto sob o aspecto da *delegation rule*, quanto da *game rule*, os problemas acima enunciados apenas se verificam se adotarmos duas premissas: a) o superior hierárquico é menos avesso ao risco do que o subordinado, e b) o risco do insucesso é suportado pelo superior hierárquico. Se a aversão ao risco, por parte do subordinado, for maior do que a do superior hierárquico, ele tenderá a se manter fiel ao comando recebido. Além disso – e principalmente – se o fracasso na implementação do comando incidir sobre o superior hierárquico, configura-se uma situação de risco moral que desestimula o alinhamento do subordinado à diretriz recebida. Embora a primeira premissa, embora aceitável, seja de difícil verificação empírica, a segunda é de evidência indiscutível. O regime jurídico que rege a atividade dos servidores públicos é fundamentado numa série de garantias contra remoções e demissões. Embora juridicamente possível, o desligamento de um servidor público é extramente custoso e demorado para a Administração Pública. O mesmo se diga relativamente às sanções disciplinares. Há, portanto, pouco receio de punição por mau comportamento. De outro lado, a remuneração dos servidores públicos é usualmente feita em parcela fixa, sendo rara a adoção de qualquer acréscimo salarial em decorrência da produtividade. Em consequência, não há estímulo para o engajamento na execução satisfatória dos comandos recebidos (em última instância, das políticas

⁸⁶ Cooter, R. D. (2000), 94.

públicas). Em suma, para os servidores públicos não há nem *carrot*, nem *stick*. O resultado evidencia-se no baixo índice de implementação de políticas públicas nos países que adotam um modelo muito rígido de regime de emprego público. É certo que algumas garantias do serviço público representam custos necessários que, se por um lado acarretam dificuldades no que diz ao estímulo funcional, por outro servem de proteção à manipulação política dos servidores, o que, numa apreciação mais ampla, é um valor social a ser defendido. Não se pode, todavia, deixar de apontar suas inconveniências, notadamente com o propósito de corrigir distorções⁸⁷. De qualquer forma, esses baixos índices de implementação se prestam a confirmar o modelo de agente racional sustentado pela Análise Econômica do Direito, demonstrando que um etéreo *espírito público*, desprovido de incentivos e punições concretas, não garante um corpo funcional engajado no cumprimento de sua missão.

É certo que os estratos da atividade administrativa nos quais são feitas a eleição das políticas públicas e das diretrizes gerais de implementação destas demandam maior flexibilidade do que os estratos mais baixos, ligados a ações executórias. Por isso, os escalões superiores da Administração Pública são ocupados por agentes políticos, e os inferiores, por servidores públicos de carreira. A eficiência administrativa orienta no sentido de que esse padrão seja mantido, de forma que não se

⁸⁷ Tomando como exemplo o regime jurídico-administrativo no Brasil, as distorções são evidentes nos níveis federal, estadual e municipal. Funcionários que desempenham atividades de baixa complexidade, não ligadas finalisticamente à implementação de políticas públicas e nas quais não há nenhum caráter de pessoalidade no vínculo (ou seja, nas quais é indiferente quem esteja prestando o serviço) gozam de todas as garantias dos demais servidores públicos. É o caso de ascensoristas e copeiras, que, por trabalharem em repartições públicas (são atividades também correntes em organizações privadas) somente podem ser despedidos após longo e custoso processo administrativo, nos quais as garantias da ampla defesa e do contraditório em tudo se assemelham àquelas características de um processo judicial.

engesse o Poder Público, estabelecendo que já os primeiros escalões sejam ocupados por burocratas, nem se flexibilize em demasia os escalões inferiores, permitindo nomeações políticas. Nesse sentido, Robert D. Cooter afirma que a “eficiência requer que a discricionariedade domine a legalidade no topo da cadeia, e que a legalidade domine a discricionariedade na base da cadeia”⁸⁸. A afirmação deve ser tomada *cum granum salis* em ordenamentos jurídicos como o português e o brasileiro, haja vista que a discricionariedade não é um substitutivo da legalidade, mas sim uma característica dessa. Com efeito, a ação administrativa, mesmo nos níveis mais elevados do Poder Público, deve se desenvolver, por imperativo constitucional, sempre em observância à legalidade⁸⁹. O que varia é o grau de vinculação da competência, que é legalmente estabelecido.

De qualquer forma, é natural que os agentes políticos, dentro da margem de discricionariedade que lhes é conferida, inclinem-se pela adoção de políticas públicas que lhes propiciem maiores ganhos no que diz respeito à perpetuação de suas funções. A atividade política desenvolve-se em mercado competitivo e sem as garantias inerentes à burocracia, razão pela qual o agente político deve ter habilidade em identificar as preferências dos grupos de interesse que mais retorno podem lhe dar na manutenção de sua carreira pública. As pressões exercidas por esses grupos funcionam como forte estímulo para o comportamento divergente que, por vezes, pode se consumir através de infidelidade à política pública traçada. Embora não seja imune a pressões externas, a burocracia não se vê sempre premiada pela necessidade de sucesso eleitoral, o que pode lhe garantir maior independência⁹⁰. Assim, a existência de muitos

⁸⁸ Cooter, R. D. (2000), 96).

⁸⁹ Art. 37, “caput”, da Constituição Brasileira, e art. 266º, 1 e 2, da Constituição Portuguesa.

⁹⁰ Note-se que isso não é necessariamente positivo, haja vista que a falta de *responsividade* da atividade burocrática pode distanciá-la das demandas sociais e,

cargos providos por indicação política redundam num aumento da discricionariedade na atuação administrativa e no conseqüente surgimento de mais risco na implementação das políticas públicas. Além da dependência política criada por esses cargos, outro aspecto negativo, no que toca à relação principal-agente, consiste na falta de continuidade. A perpetuação no tempo das relações entre um principal e um agente acaba por prover aquele de mais informações acerca da conduta deste. O trato contínuo e reiterado permite um acúmulo informacional que possibilita ao principal ter uma noção mais exata acerca da fidelidade do agente. Ocorre que a modificação de um contingente expressivo de servidores públicos (justamente aqueles que ocupam cargos de chefia e direção) ao sabor dos resultados eleitorais faz com que, periodicamente, pessoas assumam funções que jamais desenvolveram anteriormente. Essa sucessão contínua contribui para manter elevado o custo de aquisição de informações sobre a conduta dos subordinados, perpetuando, também sob esse aspecto, o problema da agência.

Retornando ao exame do modelo principal-agente sob o viés da Administração Pública, observa-se que é essencial, para que o agir administrativo seja eficiente, que os vários escalões hierárquicos estejam alinhados com as diretrizes superiores. Na relação principal-agente que se trava nos diversos degraus de concretização de um comando normativo relacionado a uma política pública, o desvio em qualquer das etapas representa uma diminuição da eficiência administrativa. Há, portanto, uma estreita relação entre eficiência administrativa, informação e monitoramento.

Do que foi exposto, pode-se extrair algumas orientações destinadas a maximizar a eficiência administrativa a partir dos ensinamentos da Teoria da Agência:

em última análise, fazer com que o Estado se feche num comportamento autocentrado.

a) Quando o agente público puder exercer ele mesmo a competência, deve-se evitar a delegação.

b) Quando a autoridade pública não puder exercer diretamente a competência, a delegação deve ser feita de forma que permita acompanhar a fidelidade do agente delegado à competência recebida.

c) Sempre que possível, a delegação deve ser feita de forma vinculada. A competência delegada deve ser discricionária apenas quando a possibilidade de ocorrência de imprevistos exija maleabilidade do agente executor.

d) O acompanhamento da competência delegada pode ser feito sobre: d.1) a conduta do agente delegado, d.2) o resultado da atividade.

e) Deve-se optar pela modalidade de acompanhamento menos custosa.

f) A atribuição ao agente delegado do risco pelo insucesso funciona como um desincentivo ao desvio.

2.5. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS PORTUGUESA E BRASILEIRA À LUZ DA TEORIA DA AGÊNCIA.

As Administrações Públicas em Portugal e no Brasil têm divergido, mais do que seria desejável, das orientações extraídas dos postulados da Teoria da Agência.

Um primeiro aspecto a ser considerado é o grande quantidade de cargos a serem providos por indicação política. No Brasil, a Constituição Federal determina que os cargos sejam, em regra, providos mediante concurso público (art. 37, II), sendo admissível, no que toca às funções de chefia, direção e assessoramento, que o provimento ocorra tanto por servidores de carreira, quanto por indivíduos que não são funcionários públicos, mediante indicação política (art. 37, V). A Constituição Portuguesa é menos explícita no que diz respeito

à forma de provimento dos cargos públicos, dizendo que estes podem ser ocupados em condições de igualdade e liberdade por todos os portugueses (art. 50º, 1). A exigência de concurso é, igualmente, menos acentuada do que no caso brasileiro, ficando, em regra, sujeita à deliberação do dirigente do órgão (v.g., art. 50º, 1, da Lei nº 12-A/2008).

Embora as funções de direção, chefia e assessoramento – e aqui estamos focando o caso brasileiro – necessitem de razoável grau de discricionariade, é certo que o abuso na criação de posições dessa natureza compromete a eficiência administrativa. Veja-se o quadro correspondente à Administração Pública Federal brasileira, com números do ano de 2010⁹¹:

Número de servidores concursados	1.172.820
Número de servidores titulares de cargos e funções de livre nomeação e exoneração	86.066
Total	1.258.820
Percentual de servidores titulares de cargos de livre nomeação e exoneração	7,34

Embora as cifras e o percentual digam respeito à Administração Pública Federal, não há razão para duvidar de que o padrão é mantido no âmbito das Administrações Públicas Estaduais e Municipais. A constituição e extinção dos vínculos relativos aos cargos e funções de livre nomeação e exoneração ocorrem ao sabor dos resultados eleitorais. Assim, a cada mudança na chefia do Poder Executivo (ou, ao menos, cada vez que muda o grupo político que antes exercia essa função), mudam mais de oitenta e cinco mil servidores públicos, ocupantes de cargos supostamente de chefia, direção e assessoramento. Perfaz-se, portanto, o problema antes assinalado, referente à falta de continuidade na ação administrativa. Como não há necessidade de que os nomeados

⁹¹ Fonte: Boletim Estatístico de Pessoal nº 183 (junho 2011), Ministério do Planejamento.

sejam membros da Administração Pública, é natural que grande parte dos apontados seja estranha aos quadros do Poder Público. Não é infrequente a indicação e nomeação de indivíduos que não possuem nenhuma experiência prévia na área para a qual foram nomeados. Assim, não têm conhecimento da história prévia do órgão, nem, conseqüentemente, da postura dos seus subordinados. Em vista disso, a assimetria informacional na relação principal-agente mantém-se, propiciando comportamentos desviados.

Além da falta de continuidade, aponta-se outros pontos negativos decorrentes do elevado número de cargos e funções de livre nomeação e exoneração. O tema merece exame mais detalhado.

Em primeiro lugar, costuma-se ver uma relação negativa entre o número de cargos dessa natureza e o grau de eficiência na execução das políticas públicas: quanto mais cargos sujeitos a indicação política, menor a eficiência. O fundamento subjacente a essa suposição parece ser o fato de que o indicado sentir-se-ia obrigado a acatar orientações daquele que o indicou, sobrepondo a lealdade político-partidária à fidelidade ao comando normativo relativo à política pública. Observe-se que o autor da indicação nem sempre é (e mesmo raras vezes é) o superior imediato do agente indicado. As composições políticas que levaram à vitória eleitoral tendem a se manter na partilha de cargos governamentais. Assim, a relação principal-agente que deveria se travar no âmbito da estrutura hierárquica de determinado órgão público é comprometida pela vinculação do agente a comandos de origem externa, voltados ao atendimento dos interesses do agrupamento político que o indicou.

Como remédio a essa situação, é apontada (no Brasil e, cada vez com mais frequência em Portugal) a regra de ingresso mediante concurso público. Defende-se que o concurso é uma forma de evitar comportamentos desviantes, posto que aqueles

que ingressam no emprego público não devem a constituição do vínculo a nenhum *padrinho*.

A virtude atribuída ao ingresso mediante concurso público, embora represente um ganho sob certo aspecto, é exagerada, e essa conclusão deriva diretamente dos postulados da Teoria da Agência. Para que se possa verificar os incentivos à fidelidade do agente aos comandos do principal, não basta examinar apenas a forma de constituição do vínculo. É, talvez, mais importante observar como este pode ser encerrado, bem como quais os procedimentos de monitoramento empregados.

Ainda que o vínculo seja constituído por indicação política, o agente não terá forte estímulo para atender as preferências do autor da indicação se este não puder desfazer o vínculo ao seu alvedrio. Uma vez consolidado na posição, o agente se encontra numa situação de segurança, sabendo que seu desligamento apenas pode ser efetuado em hipóteses restritas. É o que ocorre tanto no caso brasileiro (art. 41 da Constituição Federal), quanto no português (arts. 32º e 33º da Lei 12-A/2008). Todavia, ao mesmo tempo em que essa garantia de estabilidade funcional permite ao agente indicado maior independência relativamente ao autor da indicação, também induz um menor alinhamento com o seu superior hierárquico. As diversas garantias contra o desligamento arbitrário acabam por tornar o servidor praticamente imune à demissão.

A solução reside na instituição de um sistema de monitoramento voltado não apenas à apuração de faltas funcionais, mas à aferição do comprometimento do agente com os comandos que orientam sua ação (controles quantitativo e qualitativo de produtividade).

Como dito, a efetividade da relação principal-agente reside: a) na redução da assimetria informacional entre ambos, e b) na criação de estímulos para que o agente alinhe sua conduta aos comandos do principal. O primeiro ponto é

solucionado através do monitoramento. O segundo (ao menos parcialmente), através da possibilidade de demissão. Nenhum deles é resolvido por força do critério de seleção adotado.

Perceba-se que estamos a examinar o viés concernente ao estímulo ao engajamento por parte do servidor, e não à sua competência. É certo que, no que diz respeito a essa, o concurso público é um método de seleção mais eficaz do que a indicação política. Apenas, não se pode sobrevalorizar esse aspecto em detrimento dos demais, pois um exército de servidores capacitados, mas não alinhados com os comandos superiores, jamais conduzirá ao nível desejável de eficiência administrativa.

2.6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA AGÊNCIA NO EXAME DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Traçadas as linhas gerais acerca da aplicação da Teoria da Agência no estudo da Administração Pública, é conveniente aprofundar a observação, para iluminar não apenas as limitações, mas as possibilidades de aprimoramento dessa abordagem teórica. É o que faremos na sequência, destacando os principais aspectos dignos de nota.

Inaplicabilidade da Teoria da Agência no Âmbito Político. A Teoria da Agência fornece um modelo de alto poder explicativo no que diz respeito a um setor específico da Administração Pública, qual seja, a burocracia. Ao se examinar a atividade dos agentes não-políticos numa repartição governamental, depara-se com a clássica relação principal-agente, dentro da específica hierarquia administrativa do órgão enfocado.

Ocorre que, conforme apontamos acima, a Administração Pública não se reduz ao seu braço de servidores de carreira. A exclusão dos agentes políticos, titulares de cargos eletivos,

apresenta conveniência metódica: é certo que o estudo da burocracia pode ser feito de forma separada, com proveito. No entanto, é importante ressaltar que, ao efetuarmos esse corte, estamos nos propondo a examinar apenas uma parte do fenômeno.

Essa opção metodológica decorre do fato de que a Teoria da Agência se aplica a apenas uma parte da atividade administrativa: aquela desenvolvida pela burocracia. A ação política que se desenvolve nos primeiros escalões da Administração Pública não é bem explicada pelo modelo principal-agente. Com efeito, as relações de poder não se passam, naquela órbita, de forma verticalizada. O modelo não é o de uma relação de comandos e incentivos a serem utilizados pelo principal. O relacionamento é, ao contrário disso, horizontal, e os incentivos se desenvolvem em processos de negociação e barganha entre os agentes políticos, e entre esses e os grupos de interesses, organizados ou não.

Assim como, no mercado, eficiência requer competição econômica, no âmbito político a responsividade do Estado à população requer competição política⁹². Para Robert D. Cooter, a democracia representativa pode ser justificada como a forma constitucional que minimiza os custos de transação da barganha política entre facções de cidadãos⁹³. Além disso, a democracia, ao fragmentar o poder, cria instabilidade – uma instabilidade que é positiva, pois nenhum grupo ou facção consegue formar uma maioria duradoura para explorar outros⁹⁴: os custos de transação para formar uma maioria tão ampla são demasiados, de forma que são factíveis apenas coalizões instáveis, que logo podem ser suplantadas por outra coalisão. Assim, os detentores transitórios do poder ficam receosos de abusarem dele, pois facilmente podem se tornar o

⁹² Cooter, R. (2000), 17.

⁹³ Cooter, R. (2000), 54.

⁹⁴ Cooter, R. (2000), 59.

grupo subjugado⁹⁵. Esse raciocínio é uma extensão do meio de combater *trusts* no âmbito econômico⁹⁶.

Cabe destacar, também, que os resultados desses processos de negociação não põem fim às dificuldades. Os agentes políticos que titularizam os órgãos governamentais encetam negociações paralelas com vários grupos que, por vezes, possuem interesses divergentes. Isso resulta em políticas públicas que, na prática, conflitam entre si: o Ministério da Agricultura pode adotar, a um só tempo, políticas de expansão da área agrícola e de expansão da área de pecuária num território já saturado com as duas atividades. Ou, em outro exemplo, o Ministério das Finanças pode reduzir os tributos incidentes sobre o cigarro, enquanto o Ministério da Saúde desencadeia campanha de combate ao fumo. Esses conflitos não são solucionáveis de forma verticalizada, eis que um órgão não possui ascendência hierárquica sobre o outro.

Quem é o principal? Outro ponto a ser destacado é que a identificação do principal e do agente não é tão simples como no âmbito das organizações privadas. Nessas há um “encerramento” do modelo, enquanto no Poder Público ele apresenta (ao menos num aspecto ideal) caráter cíclico. É fácil identificar, numa empresa privada, quem são os seus proprietários, quem são os administradores e quem são os funcionários subalternos. Na órbita pública, quem é o principal?

Ainda que o propósito não seja estudar toda a atividade estatal, mas apenas a administrativa, o problema persiste. De fato: quem é o *principal* do chefe do Poder Executivo? É o povo, que o eleger? Ou, em Portugal, os seus pares do Poder Legislativo, que o guindaram ao cargo de chefe do Governo? São a Constituição e as leis, que estabelecem as políticas públicas que ele supostamente está obrigado a cumprir? Ou

⁹⁵ Cooter, R. (2000), 59.

⁹⁶ Cooter, R. (2000), 212.

seria ele mesmo o principal? Nesse caso, o que seriam o povo, o Poder Legislativo, a Constituição e as Leis⁹⁷? Disso se extrai a enorme dificuldade em simplesmente transportar o modelo principal-agente para os níveis mais elevados da hierarquia administrativa. De qualquer forma, a dificuldade se coloca na tentativa de se definir os pontos finais da relação. Nos níveis intermediários, concernentes à estrutura interna das repartições burocráticas destinadas a implementar as políticas públicas, a definição das posições é mais clara.

Simultaneidade da posição principal-agente. É possível que um servidor público ocupe, a um só tempo, as posições de agente e principal. O fenômeno da simultaneidade é apontado pela literatura, inclusive no que diz respeito aos agentes públicos⁹⁸.

Existência de vários principais para um agente. É não só possível, mas frequente, que um agente esteja subordinado a mais de um principal⁹⁹. Dada a hierarquização da atividade administrativa em diversos níveis diferentes, a relação de subordinação se desenvolve ao longo de uma corrente de principais e subordinados, sendo que um agente tem como principais não apenas o seu superior imediato, mas o superior deste, e assim por diante.

Um novo personagem integra o modelo: o cliente. Uma das contribuições ao modelo principal-agente consiste na integração de um terceiro componente na relação, qual seja, o cliente. No que diz respeito à atuação da Administração Pública, o cliente é o destinatário das ações administrativas – num nível geral, toda a população, noutro nível, mais

⁹⁷ As perguntas retóricas destinam-se apenas a ilustrar o raciocínio. Não adotamos no trabalho uma perspectiva poética de soberania popular, no modelo de Rousseau, nem de governo das leis sobre os homens. Os postulados metódicos fundamentam-se, ao contrário disso, na escola da *Public Choice* e na sua visão acerca do processo político.

⁹⁸ Sappington, D. E. M. (1991), 63.

⁹⁹ Sappington, D. E. M. (1991), 63.

específico, aqueles que devem ser beneficiados concretamente por determinada política pública.

Por exemplo, num órgão tributário pode-se identificar o chefe da repartição (principal), o fiscal de tributos (agente) e os contribuintes, sujeitos à fiscalização tributária (clientes). Numa escola, tem-se o diretor (principal), os professores (agentes) e os alunos (clientes).

Os clientes têm interesse na atividade administrativa (quer na sua execução, quer na sua não execução). Por isso, podem interferir de forma a incentivar ou desincentivar a fidelidade dos agentes aos comandos do principal.

2.7. A RELAÇÃO DAS ESTRUTURAS E PROCEDIMENTOS COM A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.

A distribuição de órgãos e competências no interior da Administração Pública é outro ponto que possui estreita conexão com a eficiência administrativa. Portanto, ao lado da Teoria da Agência, é necessário examinar como a *estrutura* e os *procedimentos* administrativos podem auxiliar ou prejudicar a eficiência na implementação das políticas públicas.

A *Situação B*, enunciada no item 1.1., ilustra vários aspectos relacionados com a noção de eficiência administrativa que vem sendo desenvolvida. Em primeiro lugar, o fornecimento de escolas em igual quantidade para os alunos residentes em todas as regiões do Estado implica na adoção de um determinado critério de eficiência distributiva, segundo o qual todos os cidadãos em idade escolar devem receber cota igual do benefício (ou melhor, da atividade estatal) correspondente. A existência de muitas escolas num lugar e de poucas noutra, é uma incorreção estrutural que prejudica a obtenção da eficiência desejada. O mesmo se diga com relação à sobreposição de competências entre cargos da mesma

estrutura orgânica, também referida na *Situação B*.

O problema indica não um defeito de coordenação vertical entre duas vontades (a do principal e a do agente), mas de mal planejamento estrutural. O presente item é dedicado ao exame dessa causa de ineficiência administrativa, assim como de outra, ligada aos procedimentos.

2.7.1. O ASPECTO ESTRUTURAL.

Uma das causas (e consequências) da ineficiência é a descoordenação no acesso a recursos limitados.

A eficiência envolve um problema de coordenação. A otimização dos recursos escassos impõe a definição de missões claras para cada órgão público. Essas missões devem estar articuladas com os objetivos mais amplos do Poder Público, evitando-se a sobreposição de competências.

Tanto a sobreposição parcial, quanto a total, acarretam ineficiências da mesma natureza: o Estado tem dois ou mais órgãos que compartilham a mesma função. Suponha-se que, num determinado campo de atuação da Administração Pública (por exemplo, no setor da educação) existam três órgãos que compartilhem parcialmente algumas funções (a erradicação do analfabetismo e o oferecimento de vagas de ensino para crianças portadoras de necessidades especiais). O orçamento para atender aquelas finalidades é, em vista disso, dividido pelo governo pelo número correspondente de repartições. Por esse motivo, nenhuma recebe o montante suficiente para executar de forma ótima as duas metas. Não bastasse a redução no aporte financeiro, há um aumento, para o Estado, do custo operacional (cada órgão deve ter um diretor, um prédio com contas de água e luz, dentre outros custos). Ao invés de fragmentar o recurso em decorrência do *overlapping*, a ideia de eficiência administrativa orienta no sentido da centralização da atividade e eliminação da sobreposição de órgãos.

Além do aspecto financeiro, a sobreposição gera outro problema, consistente na dificuldade de responsabilização pelo insucesso. Se, por um lado, as metas da Administração Pública nem sempre são cabalmente levadas a efeito, por outro é remota a ocorrência de casos nos quais absolutamente nada é feito. A insuficiência é comum, mas a ausência completa de medidas para a implementação de uma política pública é rara. Dado o quadro de constante implementação parcial, torna-se difícil saber a quem responsabilizar pelo insucesso, quando vários órgãos compartilham a mesma missão.

Sabendo-se que todos possuem limitações orçamentárias – e, portanto, nenhum conseguiria dar integral execução à política pública –, a quem cabe o mérito da sua parcial execução? E, mais importante ainda, a quem responsabilizar por não se ter atingido o nível esperado de adimplemento? O compartilhamento de competências propicia que cada órgão atribua a ineficiência à omissão do outro órgão com atribuição similar.

O mesmo ocorre no que diz respeito à sobreposição de competências não entre órgãos, mas entre agentes públicos. Caso uma determinada ação administrativa recaia sob o feixe de atribuições de dois ou mais cargos da Administração Pública, cada um dos titulares dos cargos enfrenta, na avaliação da conduta a adotar, a possibilidade de que aquela ação administrativa já esteja sendo adotada pelo outro. Nessa conformidade, a sobreposição de competências funciona como um desincentivo à atuação: para quê agir, se o outro corresponsável pode já estar tomando as providências necessárias? Ou, sob outro aspecto, para quê gastar tempo e recursos na ação devida se, caso não a adote, provavelmente o titular do cargo com atribuição semelhante a adotará e, ao final, o resultado será atingido da mesma forma?

A concessão da mesma atribuição a muitos acaba por redundar na responsabilidade de nenhum.

Outro ponto a ser notado, diverso da sobreposição de competências, diz respeito à falta de delimitação explícita dessas. A obscuridade e falta de exatidão acerca da missão exata de cada órgão e agente público impedem que ele saiba exatamente qual é o resultado esperado e, por conseguinte, tenha dificuldade em eleger o curso de conduta mais eficiente. Ademais, a falta de delimitação de competências inviabiliza eventual ação fiscalizadora e corretiva, pois não há parâmetros para apurar se a atividade está sendo executada a contento.

É fundamental, pois, que cada órgão e agente tenha suas missões bem delimitadas tanto no que diz respeito à ausência de sobreposição, como de clareza do resultado a ser atingido.

Essa preocupação não elide outra, também relevante: como aferir o número ótimo de órgãos e agentes para o desempenho das atividades administrativas?

A Administração Pública deve estar estruturada de forma a contar com o número de órgãos e repartições que lhe permita cumprir as políticas públicas de forma adequada. O número ótimo de órgãos consiste no ponto em que os cidadãos obtêm a maior satisfação de suas preferências¹⁰⁰.

Note-se que, num território nacional, há vários níveis administrativos: o governo central tem por missão prover os bens públicos usufruíveis indistintamente por todos os cidadãos. O traço marcante é não apenas a possibilidade de usufruto por todos, mas a maior eficácia no provimento através de um órgão central – por exemplo, por ser desnecessária a apreciação de características peculiares a uma região, ou porque o fornecimento padronizado e em igualdade de condições é um requisito do critério de justiça distributiva prevalescente. Presentes essas condições, a competência administrativa para o provimento dos bens públicos deve ser do órgão central¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cooter, R. D. (2000), 103.

¹⁰¹ Cooter, R. D. (2000), 105.

Há situações, no entanto, que demandam solução a nível local, porque a adoção de um padrão único de fornecimento, em todo o território nacional, é faticamente inviável, ou contrária ao critério de justiça distributiva: é necessário avaliar, caso a caso, *se e como* uma determinada política pública deve ser implementada. Nessas situações, a competência deve caber aos órgãos de âmbito local (Estados e Municípios, no caso brasileiro, Autarquias Locais, no caso português). Uma forte razão para a fixação da competência num órgão de âmbito local é o fato de que determinados bens públicos são sujeitos à rivalidade no uso, e a informação adequada para equacionar de forma satisfatória essa rivalidade é obtida em nível local.

Por outro lado, deve-se atribuir o poder/dever acerca do provimento de determinado bem público à menor unidade governamental que internalize completamente os efeitos de seu exercício¹⁰². Caso um bem público seja exaurível e as consequências de sua exaustão sejam sentidas apenas localmente, é neste âmbito que a competência deve permanecer. A razão é intuitiva: o órgão local possui todo o interesse em administrar de forma adequada o provimento daquele bem, pois é ele quem suportará integralmente os custos decorrentes da gestão administrativa ineficiente. Já o governo central não possui o mesmo grau de incentivo, posto que a gestão ineficiente no provimento do bem repercutirá apenas parcialmente (e, por vezes, de forma insignificante) no contexto nacional.

2.7.2. O ASPECTO PROCEDIMENTAL.

Vista a atividade administrativa como um processo, sua performance pode ser avaliada sob os prismas de *tempo*, *custo* e *qualidade*¹⁰³. Portanto, no aspecto procedimental, a eficiência

¹⁰² Cooter, R. D. (2000), 107.

¹⁰³ Dumond, J. & R. Eden., (2005), 223, analisando especificamente a performance

administrativa corresponde à articulação adequada desses três fatores. A articulação entre eles permite extrair orientações procedimentais concretas, que constituem, na verdade, facetas ou manifestações concretas da eficiência administrativa. Essas facetas não são enunciadas de forma unânime pela doutrina. Após elencar a opinião de vários juristas, Emerson Gabardo acaba por eleger aleatoriamente algumas manifestações concretas que considera dignas de nota: o *direito de reclamação contra a atividade ineficiente*, o *profissionalismo e a meritocracia no serviço público*, e o *controle econômico-financeiro*¹⁰⁴. Parece-nos, todavia, que os aspectos apontados não representam avanço significativo na concretização do aspecto procedimental, e nem em sua articulação com os prismas do tempo, custo e qualidade, antes apontados. Mais adequada se revela a proposta classificatória de Onofre Alves Batista Júnior. Embora não tenha se valido dos prismas há pouco apontados, este autor apresenta classificação que é perfeitamente condizente com eles. Divide o aspecto procedimental da eficiência administrativa da seguinte forma: *produtividade*, *economicidade*, *qualidade*, *celeridade*, *continuidade* e *desburocratização*¹⁰⁵.

Cada um desses aspectos merece breve consideração.

Eficiência administrativa como produtividade. Sob este ângulo, a eficiência administrativa é medida pela quantidade de *output* produzido: quanto mais unidades do serviço público forem prestadas, mais eficiente será considerada a Administração Pública.

Eficiência administrativa como economicidade. A vertente da economicidade relaciona a quantidade de *output*

de atividades de administração no âmbito do Exército norte-americano.

¹⁰⁴ Gabardo, E. (2002), 106ss.. O autor menciona, ainda, os *contratos de gestão* e a *prestação associada de serviços públicos*, temas peculiares ao momento histórico vivido pela Administração Pública brasileira quando da publicação de sua obra, mas que, numa apreciação de caráter mais abstrato, não possuem relevância significativa.

¹⁰⁵ Batista Jr., O. A. (2004), 224ss..

com o custo por unidade produzida. É um elemento importante na aferição da eficiência administrativa – em verdade, mais importante do que a produtividade – porque, a partir de um determinado ponto, é possível que o custo da produção de uma unidade de serviço público seja superior ao benefício social produzido pela mesma unidade acrescida. Por isso, a produtividade ilimitada não é ótima, mas subótima: desde o momento em que o serviço (ou, de forma mais genérica, o resultado do agir administrativo) afigura-se mais caro do que o benefício social almejado, verifica-se uma situação de ineficiência.

Eficiência administrativa como qualidade. A ação administrativa visa o provimento de um bem público. A qualidade do resultado da atuação do Poder Público representa um aproximação da satisfação integral da preferência social consubstanciada naquele bem público, e se articula com as facetas anteriores, da produtividade e economicidade.

Eficiência administrativa como celeridade. O fator *temporal* é fundamental na apreciação da eficiência do agir administrativo. O valor representado pelo provimento de um bem público não permanece idêntico ao longo do tempo. Por exemplo, a eficiência do atendimento médico à população não pode ser aquilatada apenas com base na produtividade, na economicidade e na qualidade: é necessário que o serviço seja prestado *em tempo útil*. A postergação no provimento do bem público traz consigo uma *taxa de desconto*, de forma que o valor social do atendimento médico expedito é maior do que o valor social do atendimento médico extemporâneo. Da mesma forma, a decisão de processos administrativos, quando demasiadamente tardia, causa insegurança jurídica entre os administrados.

Eficiência administrativa como continuidade. A estabilização das expectativas sociais através da ação administrativa tem, como pressuposto, a regularidade desse

agir. A redução dos custos de transação ocorre através da previsibilidade de situações. No que diz respeito ao relacionamento entre os cidadãos e a Administração Pública, isso se traduz por meio da continuidade administrativa.

Eficiência administrativa como desburocratização. A existência de procedimentos redundantes é um fator de ineficiência administrativa. O acesso simples ao serviço, bem como a estruturação do trâmite procedimental de forma a conjugar etapas que podem ser vencidas de forma unitária, são exemplos de medidas de combate à burocratização. Outro ponto relevante diz respeito à existência de regras procedimentais claras, que são fundamentais para limitar as possibilidades de comportamento estratégico e decisões arbitrárias, bem como a influência de grupos de interesse¹⁰⁶.

Não basta a existência de padrões claros relativamente à produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, continuidade e desburocratização. É indispensável, ainda, existência de órgãos de controle.

Nota-se que a situação atual, nas Administrações Públicas brasileira e portuguesa, não é de inexistência de órgãos de controle, mas sim de padrões claros. Todavia, de nada vale ter órgãos controladores sem indicadores precisos, com base nos quais o controle possa ser desempenhado. Além do viés fiscalizador, os órgãos de controle desempenham a missão de propiciarem o *feedback* tanto aos órgãos executores, quanto aos elaboradores das políticas públicas, dotando-os das informações necessárias acerca dos pontos de eficiência e ineficiência no agir administrativo.

O domínio eficiente da informação (a gestão da informação) é fundamental para o sucesso da administração pública contemporânea. O processamento e análise de informações são necessários para a projeção de cenários que

¹⁰⁶ Farber, D. A., & P. P. Frickley (1991), 131 examinando as vantagens acima indicadas na órbita do processo legislativo.

permitam elaborar políticas públicas eficientes¹⁰⁷, selecionando qual a que se apresenta mais conveniente, num equilíbrio entre riscos de fracasso e benefícios decorrentes do sucesso.

Foram examinados, ao longo desse capítulo, vários aspectos da eficiência administrativa. A ineficiência administrativa ocorre em virtude de falhas em ao menos um desses aspectos: na relação principal-agente, na estruturação dos órgãos e cargos, ou nos processos administrativos. Algumas espécies de ineficiência administrativa apresentam baixo custo social e são circunstanciais. Há outras, todavia, que não guardam essas características, quer porque têm alto custo para a sociedade, quer porque não são contingentes. A mais nefasta delas é a corrupção. Ela se entranha e viceja através de deficiências na relação principal-agente e nas estruturas orgânicas e procedimentais da Administração Pública e apresenta tanto um altíssimo custo social, quanto caráter perene – ao menos no sentido de que jamais pode ser eliminada por completo. Ao estudo da corrupção dedicaremos o próximo capítulo.



BIBLIOGRAFIA

- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de, & Ivo Gico Jr. (2011), “Corrupção e Judiciário: Medindo a Eficácia do Judiciário Brasileiro no Combate à Corrupção”, in Araújo, F., J. T. da Gama & P. Otero (orgs.) (2011), 741-766.
- ARAÚJO, Fernando (2008), *A Tragédia dos Baldios e dos*

¹⁰⁷ Cfr. Lempert, R. J. & S. W. Popper (2005), pp. 113-135.

Anti-Baldios – O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação, Coimbra, Almedina.

- ARAÚJO, Fernando, João Taborda da Gama & Paulo Otero (orgs.) (2011), *Estudos em Memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches – Volume II*, Coimbra, Coimbra Editora.
- ASCH, Beth J., “The Economic Complexities of Incentive Reforms”, in Klitgaard, R. & P. C. Light (eds.) (2005), 309-342.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (2004), *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, Belo Horizonte, Mandamentos.
- BECKER, Gary S. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *The Journal of Political Economy*, 81, 169-217.
- BECKER, Gary S. (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, University of Chicago Press.
- BECKER, Gary S. & William M. Landes (1974), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, National Bureau of Economic Research.
- BECKER, Gary S. & George J. Stigler (1974), “Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers”, *The Journal of Legal Studies*, 1, 3, 1-18.
- BLOCK, Michael K. & Robert C. Lind, “Crime and Punishment Reconsidered”, *The Journal of Legal Studies*, 241, 4, 241-247.
- BRENNAN, Geoffrey & James M. Buchanan (2000), *The Reason of Rules – Constitutional Political Economy (The Collected Works of James M. Buchanan)*, Indianapolis, Liberty Fund.
- BRONZE, Fernando José (2010), *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora.
- BUCHANAN, James M. & Gordon Tullock (1969), *The*

- Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Harbor Paperback, Michigan.
- BUCHANAN, James M. (2000), *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan (The Collected Works of James M. Buchanan)*, Indianapolis, Liberty Fund.
- CALABRESI, Guido & Philip Bobbitt (1978), *Tragic Choices – The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources*, New York, W. W. Norton & Company.
- CALABRESI, Guido (1980) “About Law and Economics – A Letter to Ronald Dworkin”, *Hofstra Law Review*, 8, 553-562.
- COASE, Ronald (1960), “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics*, III, 1-44.
- COLEMAN, Jules (1998), *Markets, Morals, and the Law*, Oxford, Oxford University Press.
- COOTER, Robert D. (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press.
- COOTER, Robert D. & Jody Kraus (2010) “The Measure of Law and Economics” (paper).
- COOTER, Robert D. (2011), “Maturing into Normal Science: The Effect of Empirical Legal Studies on Law and Economics”, *University of Illinois Law Review*, 5, 1475-1483.
- COOTER, Robert D. & Hans Bernd-Schäfer (2011), *Solomon’s Knot – How Law Can End the Poverty of Nations*, Princeton, Princeton University Press.
- DUMOND, John & Rick Eden (2005), “Improving Government Processes: From Velocity Management to Presidential Appointments”, in Klitgaard, R. & P. C. Light (eds.) (2005), 217-252.
- DWORKIN, Ronald (2011), *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press.

- ECO, Umberto (2011), *O Cemitério de Praga*, Lisboa, Gradiva.
- EHRlich, Isaac (1973), “Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation”, *The Journal of Political Economy*, 81, 3, 521-565.
- EIDE, Erling (1999), “Economics of Criminal Behavior” (paper).
- ELLICKSON, Robert C. (1989), “Bringing Cluture and Human Frailty to Rational Actors”, *Chicago-Kent Law Review*, 65, 23-55.
- EISENBERG, Theodore (2011), “The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns”, *University of Illinois Law Review*, 5, 1713-1738.
- EISENHART, Kathleen M. (1989), “Agency Theory: An Assessment and Review”, *Academy of Management Review*, 14, I, 57-74.
- FARBER, Daniel A. & Philip P Frickley (1991), *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, Chicago, University of Chicago Press.
- FRIEDMAN, David D. (2000), *Law’s Order*, Princeton, Princeton University Press.
- GABARDO, Emerson (2002), *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, São Paulo, Dialética.
- GARCIA, Emerson (2011), *Repressão à Corrupção no Brasil: Entre Realidade e Utopia*, Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- GATES, Susan M. (2005), “Organizing for Reorganizing”, in Klitgaard, R. & P. C. Light (eds.) (2005), 143-158.
- HABERMAS, Jürgen (2003), *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro.
- HAMILTON, Alexander, James Madison & John Jay (2003), *O Federalista*, Lisboa, Edições Colibri.
- HOUSTON, Douglas A. (2007), “Can Corruption Ever

- Improve an Economy?”, *Cato Journal*, vol. 27/3, 325-342.
- ISSARCHAROFF, Samuel (2010), “On Political Corruption”, *Harvard Law Review*, vol. 124, 118-142.
- JOLLS, Christine, Cass R. Sunstein & Richard Thaler (1998), “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, 50, 1471-1546.
- JOLLS, Christine, “Behavioral Law and Economics” (s/d) (paper).
- KAHNEMAN, Daniel (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Penguin (livro eletrônico).
- KAUFMANN, D., A. Kraay, & M. Mastruzzi (2010), *The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues*, disponível em www.worldbank.org.
- KLITGAARD, Robert (1991), *Controlling Corruption*, Berkley, University of California Press.
- KLITGAARD, Robert & Paul C. Light (eds.) (2005), *High Performance Government – Structure, Leadership, Incentives*, Santa Monica, RAND Corporation.
- KURAN, Timur & Cass R. Sunstein (1999), “Availability Cascades and Risk Regulation”, *Stanford Law Review*, 51, 4, 683-768.
- LEMPERT, Robert J. & Steven W. Popper (2005), “High-Performance Government in an Uncertain World”, in Klitgaard, R. & P. C. Light (eds.) (2005), 113-135.
- LEITE, Carlos & Jens Weidmann (1999), “Does Mother Nature Corrupt? Natural Resources, Corruption, and Economic Growth”, IMF Working Paper, WP/99/85, International Monetary Fund, 01-34.
- LUHMANN, Niklas (1983), *Sociologia do Direito I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- MARSHALL, Alfred (1890), *Principles of Economics*, London, Macmillan and Co., consultado em archive.org.
- MAQUIAVEL, Nicolau (1975), *O Príncipe*, Lisboa, Amigos

- do Livro.
- MAQUIAVEL, *3 Comentários Sobre a Primeira Década de Tito Lívio* (1982), 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília.
- MIGUÉ, Jean-Luc & Gérard Bélanger (2001), “Toward a General Theory of Managerial Discretion”, in Mueller, Dennis C. (ed.) (2001), II, 193-209.
- MILLER, Gary T. & Terry M. Moe, “Bureaucrats, Legislators, and the Size of Government”, in Mueller, Dennis C. (ed.) (2001), II, 210-235.
- MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis* (2000), São Paulo, Martins Fontes.
- MUELLER, Dennis C. (ed.) (2001), *The Economics of Politics (The International Library of Critical Writings in Economics – 131)*, 2 vols., Cheltenham, Edward Elgar.
- OLIVEIRA, Filipe Falcão (2011), “Petróleo, Corrupção e Direito – O Desafio da Regulação Internacional dos Fluxos Financeiros das Indústrias Extrativas”, in Araújo, F., J. T. da Gama & P. Otero (orgs.) (2011), 837-854.
- OLSON, Mancur (1998), *A Lógica da Acção Coletiva – Bens Públicos e Teoria dos Grupos*, Oeiras, Celta Editora.
- OTERO, Paulo (2009), *Instituições Políticas e Constitucionais – Volume 1*, Coimbra, Almedina.
- POLINSKI Adam Mitchell & Steven Shavell (2000), “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *Journal of Economic Literature*, 38, 1, 45-76.
- POSNER, Eric A. (2000), *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press.
- POSNER, Richard A. (2005), *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Harvard University Press.
- POSNER, Richard A. (2011), *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers.
- ROBBERT, Al (2005), “Developing Leadership: Emulating the Military Model”, in Klitgaard, R. & P. C. Light (eds.)

- (2005), 257-279.
- ROSA, Alexandre Morais da & Julio Cesar Marcellino Jr. (2009), “Os Direitos Fundamentais na Perspectiva de Custos e o seu Rebaixamento à Categoria de Direitos Patrimoniais: Uma Leitura Crítica”, *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 1, 7-23.
- ROSE-ACKERMAN, Susan (1999), *Corruption and Government – Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SACHS, Stephen E. (2011), “Corruption, Clients, and Political Machines: A Response to Professor Issacharoff”, *Harvard Law Review*, 124, 62-71.
- SANTOS, Rosicler (2009), “Corrupção e Desenvolvimento nos Países do Mercosul”, *Revista de Direito Público*, I, 2, Coimbra, Almedina, 229-264.
- SAPPINGTON, David E. M. (1991), “Incentives in Principal-Agent Relationships”, *The Journal of Economic Perspectives*, 5, 2, 45-66.
- SCHLEIFER (1993), Andrei & Robert W. Vishny, “Corruption”, *The Quarterly Journal of Economics*, 108/3, 599-617.
- SEN, Amartya (2009), *The Idea of Justice*, Cambridge, The Belknap Press, 179.
- SEN, Amartya (2010), *Desenvolvimento como Liberdade*, São Paulo, Companhia das Letras.
- SHIKIDA, Pery Francisco Assis & Salete Polonia Borilli, “Economia do Crime: Estudo de Casos nas Penitenciárias Paranaenses” (paper), 1-32.
- STIGLER, George J. (1974), “The Optimum Enforcement of Laws”, in Becker, G. S. & W. M. Landes (eds.) (1974), 55-67.
- SWALEHEEN, Mushfiq us & Dean Stansel (2007), “Economic Freedom, Corruption, and Growth”, *Cato*

Journal, 27/3, 343-358.

TRANPARENCY INTERNATIONAL DEUTSCHLAND
(2012), *Nationaler Integritätsbericht Deutschland*.

TREVERTON, Gregory F. (2005), “Governing the Market State”, in Klitgaard, R. & P. C. Light (eds.) (2005), 89-111.

TVERSKY, Amos & Daniel Kahneman (2011), “Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases”, in Kahneman, D. (2011), 419-431.

TULLOCK, Gordon, Arthur Seldon, & Gordon L. Brady, *Government Failure – A Primer in Public Choice* (2002), Washington, Cato Institute.

WEBER, Max (2010), *Wirtschaft und Gesellschaft*, Jazzybee Publishing, edição eletrônica