

A NOVA LINDB E O CONTROLE EXTERNO: UMA BREVE REFLEXÃO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Luís Filipe Vellozo Nogueira de Sá¹

Robert Luther Salviato Detoni²

doutrina

RESUMO

Trata das possibilidades de uso da Análise Econômica do Direito (AED) pelos operadores de controle externo na aplicação da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) ao trazer novos elementos a serem considerados nas decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial. Foca o argumento consequencialista que os legisladores impuseram à LINDB. Demonstra como alguns conceitos da teoria microeconômica e do bem-estar social podem auxiliar na aplicação da nova LINDB, tais como: eficiência (critério de Pareto e Kaldor-Hicks); teoria dos custos de transação; externalidades; teoria da agência; e incentivos. Conclui que a AED é um corpo teórico que possibilita aos operadores de controle externo a análise da LINDB no contexto das decisões administrativa, controladora e judicial.

Palavras-chave: LINDB. AED. Consequencialismo. Controle Externo.

ABSTRACT

This article is about the possibilities of using the Economic Analysis of Law by external control operators in the application of the Legislation about Introduction to the norms of Brazilian Law (LINDB) to bring new elements to be considered in administrative, controlling and judicial decisions. It focuses on the consequentialist argument that law makers have imposed on LINDB. It demonstrates how some concepts of microeconomic theory and social welfare can help in the application of the new LINDB, such as: efficiency (Pareto and Kaldor-Hicks criterion); transaction costs theory; externalities; agency theory; e incentives. It concludes that Economic Analysis of Law is a theoretical body that enables external control operators to analyze LINDB in the context of administrative, controlling and judicial decisions.

Keywords: LINDB. Economic Analysis of Law. Consequentialism. External Control.

“...a nova LINDB não é, em si, Análise Econômica do Direito, mas sem dúvida, a AED é o melhor instrumento, se não o único, que pode justamente controlar os possíveis excessos e orientar a boa aplicação desta lei”

Cristiano Carvalho – Jurista

¹ Auditor de Controle Externo do TCE-ES, Mestre em Economia e advogado. E-mail: filipe.vellozo@tce.es.gov.br

² Auditor de Controle Externo do TCE-ES e Mestre em Economia. E-mail: robert.detoni@tce.es.gov.br

1. INTRODUÇÃO

O mundo jurídico recepcionou recentemente profundas alterações na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB³, em que onze artigos foram acrescentados, visando, segundo os autores do projeto de lei, dar maior segurança jurídica, qualidade nas decisões e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

A LINDB é uma espécie de “Lei das leis”, um guia de aplicação e de hermenêutica do Direito na qual constam regras sobre interpretação, integração, aplicação, vigência e eficácia das demais normas. Esse artigo não tem como objetivo fazer qualquer juízo de valor a respeito das alterações ocorridas. Elas já estão em vigor e cabe agora refletirmos sobre seu impacto na área de controle do Estado, em particular, do controle externo.

Os novos dispositivos inseridos trazem diretamente para o mundo do direito público novos elementos a serem avaliados nas decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, tais como: o consequencialismo de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos; a análise de obstáculos e dificuldades reais do gestor; os regimes de transição para novas interpretações que envolvam normas indeterminadas; entre outras inovações.

Nesse artigo iremos nos concentrar no argumento consequencialista que os legisladores impuseram à LINDB, como pode ser visto claramente nos artigos 20⁴ e 21⁵. Esses novos dispositivos legais envolvem a necessidade de ponderação quanto à alocação de recursos em decisões administrativas, controladoras e judiciais, devendo o agente público⁶ interpretar e aplicar o direito levando em conta as consequências de suas decisões.

Por exemplo, a lei expressamente afirma em seu art. 20 que argumentações baseadas em valores jurídicos abstratos não podem ser consideradas sem que sejam avaliadas as consequências práticas da decisão. Ou seja, ponderações retóricas de princípios não podem ser usadas sem a análise de suas consequências práticas.

Acreditamos que o corpo teórico conhecido como **Análise Econômica do Direito (AED)** poderá prestar uma enorme contribuição na mensuração dessas consequências e na ponderação concreta de soluções, pois parece existir, ainda que de forma intuitiva, uma estreita ligação entre as ferramentas sugeridas na sistemática da AED e aquelas que serão exigidas aos agentes públicos para a aplicação da nova LINDB.

3 Lei 13.655/18 alterou o Decreto-Lei 4.657/42.

4 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências** práticas da decisão. (g.n)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

5 Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas **consequências** jurídicas e administrativas. (g.n)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

6 Envolve: gestores públicos, auditores, conselheiros, promotores e magistrados.

A AED é uma sofisticada metodologia jurídico-econômica, testada e aplicada desde 1960, fundada na aplicação da Teoria Econômica, em particular na teoria microeconômica⁷ e na teoria do bem-estar social⁸, às normas e instituições jurídico-políticas. Tem sido reconhecida, por vários pesquisadores, como o movimento de maior impacto na literatura jurídica ocorrido ao longo da segunda metade do século passado.

É importante ressaltar que a AED não se confunde com o ramo jurídico do Direito Econômico. A primeira abarca o segundo, trazendo dentro de si conceitos e teorias retiradas das ciências econômicas que podem apoiar os aplicadores da nova LINDB, tais como: equilíbrio; eficiência; escassez (*trade-offs*⁹ e custo de oportunidade¹⁰); escolha racional; externalidades; incentivos; assimetria informacional (teoria dos custos de transação, teoria da agência e teoria dos contratos incompletos); teoria dos jogos, e teoria da escolha pública (falhas de governo); entre outros.

Vamos nos concentrar abaixo, ainda que de forma superficial, sobre algumas possibilidades de aplicação desses conceitos e teorias, acima mencionados, pelos **operadores do controle externo** na aplicação da nova LINDB e nas suas análises decisórias ao longo do processo de controle externo.

2. EFICIÊNCIA

A eficiência é um dos principais pilares da AED e tem diversas acepções. A eficiência econômica está intimamente relacionada com a maximização da riqueza e do bem-estar social. Existem basicamente dois tipos de análise de eficiência: a de Pareto e a de Kaldor-Hicks. Normalmente, as análises de custos e benefícios das políticas públicas no campo da teoria econômica são baseadas nesses dois critérios de eficiência.

O critério de eficiência de Pareto estipula que uma determinada medida é eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de um agente sem piorar o nível de bem-estar de alguém. Por exemplo, se uma determinada medida¹¹ X pode gerar

7 A **microeconomia** é um ramo da economia que se ocupa do estudo das causas de falhas de mercado, e dos possíveis meios para corrigi-las, quando ocorrem. “Tal análise desempenha um papel importante em decisões políticas sobre políticas públicas. No entanto, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, controles de preços e salários, e regulamentos, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo). Nesses casos, há uma escolha entre os resultados imperfeitos, isto é, os resultados do mercado imperfeito, com ou sem intervenções do governo. Em qualquer caso, por definição, se existe uma falha de mercado o resultado não é pareto eficiente”. Disponível em: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf. Acesso em 19 maio 2018.

8 O **bem-estar social** se mede pela agregação do bem-estar dos indivíduos. Também aqui não há uma medida única de agregação, sendo o utilitarismo (a soma simples e não ponderada da utilidade individual) apenas uma possibilidade, talvez a mais habitual e não menos isenta de polêmica. Outra medida possível de bem-estar social é aquela desenvolvida por John Rawls e que consiste na preponderância absoluta dos indivíduos com menor utilidade na função de bem-estar social. (Idem).

9 O **trade-off** implica um conflito de escolha e uma conseqüente relação de compromisso, porque a escolha de uma coisa em relação à outra, implica não usufruir dos benefícios da coisa que não é escolhida. Isso implica que, para que aconteça o trade-off, quem faz a escolha deve conhecer os lados positivos e negativos das suas oportunidades. Estamos perante um cenário de trade-off quando é preciso sacrificar alguma coisa para obter um bem maior, o que muitas vezes causa um tipo de dilema. É um fenômeno bastante comum encarado diuturnamente pelos gestores públicos.

10 **Custo de oportunidade** deve ser entendido a partir do princípio da escassez, ou seja, como os recursos são escassos, mas os desejos e necessidades humanas não o são, só se pode satisfazer uma necessidade se deixar de satisfazer outra. A alternativa abdicada é chamada de custo de oportunidade. Assim, o custo de oportunidade de um bem ou serviço é a quantidade de outros bens ou serviços a que se deve renunciar para obtê-los. Exemplo: investir R\$ 200 milhões na modernização de um hospital ou investir esses mesmos recursos financeiros na reforma de rodovias estaduais?

11 Medidas: elaboração de normas ou execução de uma política pública.

ganhos para um determinado indivíduo ou grupo sem gerar perdas para ninguém, diz-se que tal medida é eficiente no sentido de Pareto.

O uso da eficiência de Pareto (ótimo de Pareto), isto é, considerar que determinada ação será eficiente se ao menos um indivíduo ficar em situação melhor e nenhum outro ficar em situação pior, tem problemas práticos. Difícil afirmar com segurança que determinadas medidas que atingem milhares de cidadãos possam garantir que não haja cidadãos que fiquem em uma situação pior.

Uma alternativa ao critério paretiano é o critério de Kaldor-Hicks. Sob essa análise, uma solução é eficiente se produzir mais ganhos que custos. Corolário disso é a necessidade de compensação por parte dos ganhadores em favor dos perdedores. Percebe-se que os ganhadores devem ganhar mais do que as perdas dos seus oponentes, do contrário, não há como compensá-los. Quando os ganhos são superiores em relação às perdas, há acréscimo de riqueza e, portanto, a troca foi eficiente. Salama (2008, p. 24)¹² esclarece:

[...] suponha que uma mudança qualquer (por exemplo, a edição de uma nova lei) beneficie um determinado grupo de indivíduos (os 'ganhadores') mas prejudique outro grupo (os 'perdedores'). Pelo critério de Pareto, tal mudança não poderia jamais ser eficiente (afinal, há 'perdedores', isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças). Assim, por este critério, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada [...] a lei perderia toda a sua plasticidade e a sociedade estaria fadada ao total imobilismo. O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam.

É aqui que entra a importância do Direito para regular tais operações e do controle externo para considerar em sua investigação. O Direito pode fornecer respostas que contribuam com a eficiência perseguida pelo sistema e o controle externo deve passar a considerar esse ponto de vista em seus trabalhos.

3. TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

O custo de transação não é apenas o valor pago pelo bem ou serviço (custo monetário), e sim todos os custos necessários para que a transação (trocas) se efetive. Para realizar uma transação no mercado é necessário descobrir com quem se quer transacionar; informar as pessoas que se quer negociar; redigir um contrato; monitorar o seu cumprimento a fim de garantir que seus termos estejam sendo respeitados, e assim por diante (Castelar & Saddi, 2005)¹³.

12 SALAMA, B. M. O que é pesquisa em Direito e Economia?. *Cadernos DIREITO GV*, v. 5, n. 2, mar./2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 maio 2018.

13 CASTELAR, A.; SADDI, J. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Quanto menor o custo de transação mais eficiente será o ambiente econômico. Salama (2010, p.53)¹⁴ assim o define:

[...] são os custos que cada indivíduo, firma ou organização incorre ao se relacionar com outros indivíduos, aí se incluindo os custos de procura de parceiros para negociar, os custos de negociação e os custos com a formação de acordos e monitoramento (inclusive judicial) dos intercâmbios após o acordo, e ainda os custos de oportunidade. Na definição clássica de Barzel, custos de transação são os custos de captura, proteção e transferências de direitos¹⁵

Os custos de transação são definidos pelos custos *ex-ante* decorrentes do levantamento de informações e pelos custos *ex-post* referentes à gestão do contrato, assim como pela busca de defesa quando não ocorre o cumprimento dos aspectos contratados *ex-ante* à elaboração de contratos (Williamson, 1985)¹⁶.

Tais custos advêm do fato de que os agentes tomadores de decisão não dispõem de todas as informações necessárias no momento da decisão. Assim, a assimetria de informação¹⁷ está implícita aos custos de transação incorridos nas negociações nos mercados.

Um exemplo interessante foi a decisão do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2302/201318) na contratação direta pela Petrobras, por inexigibilidade de licitação, da construção da Plataforma P-56, “sem a necessária demonstração da inviabilidade de competição”, conforme inicialmente apontado pela equipe técnica. Explica-se: a Petrobras optou por proceder à contratação direta da Plataforma P-56 com a mesma empresa que havia sido a vencedora no certame anterior, promovido para a contratação da Plataforma P-51, com base no item 2.3, “e”, do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras (RLSP)¹⁹. Durante o voto, essa alternativa foi chamada de “clonagem de contratação”. Peixoto (2014, p. 88)²⁰, ao analisar a questão, assim resumizou:

[...] o TCU reconheceu a existência, - e, em consequência, levou em consideração - de custos inerentes à troca de empresa contratada, representados, entre outros, pelos custos adicionais decorrentes de retrabalhos. Reconheceu, igualmente, que a diminuição de risco da operação, decorrente da manutenção da mesma empresa para clonagem da contratação, traria benefícios associados e representados

14 SALAMA, B. M. (org). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

15 BARZEL, Y. **Economic Analysis of Property Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

16 WILLIAMSON, O. E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relational contracting. New York: The Free Press, 1985.

17 Assimetria de informação ocorre quando dois ou mais agentes econômicos estabelecem entre si uma transação econômica com uma das partes envolvidas detendo por tal meio informações qualitativa e/ou quantitativamente superiores aos da outra parte. Essa assimetria gera o que se define na microeconomia como falhas de mercado.

18 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2302/2013. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 28/08/2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 set. 2013.

19 2.3 É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial:

[...]

e) para a contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade;

20 Peixoto, M. A. de G. **A Análise Econômica do Direito no Tribunal de Contas da União**: um estudo a partir da fiscalização da PETROBRAS. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11187>>. Acesso em: 12 maio 2018.

na redução do preço para a PETROBRAS. **O fato de uma nova empresa realizar projeto executado por outra representaria, nesse caso, aumento dos chamados custos de transação** a serem suportados pela nova contratada e, em consequência, embutidos no preço ofertado (e também suportado) à PETROBRAS. **Essa ponderação demonstra o cuidado do Tribunal com a efetiva avaliação da realidade dos contratos e sua busca pela comprovação da eficiência das decisões dos gestores.** (g.n.)

A AED, por meio da teoria dos custos de transação, é uma poderosa ferramenta analítica que permite enxergar qual a potencialidade que diferentes normas podem ter para reduzir custos de transação nas inúmeras hipóteses de inter-relacionamentos na sociedade, possibilitando assim – mediante a comparação dentre vários tipos de normas – descobrir-se qual alternativa seria a mais economicamente eficiente para um determinado contexto.

4. EXTERNALIDADES

As externalidades são um tipo de falha de mercado²¹ que podem ser entendidas como os custos ou benefícios que não são internalizados pelos indivíduos ou pelas organizações em suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros.

Qualquer decisão e a consequente ação acarretam custos e benefícios. O benefício que uma decisão trazer para outras pessoas é chamado de externalidade positiva; o custo sobre outras pessoas é chamado externalidade negativa. Os bens públicos (estradas, praças, escolas públicas ...) são um bom exemplo de externalidades positivas. A poluição, a corrupção, os congestionamentos, a baixa qualidade das rodovias públicas são, por sua vez, exemplos de externalidades negativas.

No âmbito do processo de controle externo, externalidades positivas e negativas podem ser geradas a partir de deliberações da Corte de Contas. Será positiva, se gerar efeitos positivos para a sociedade ao induzir o gestor público a certos procedimentos administrativos e afetar os resultados das políticas públicas. O Conselheiro-Substituto do TCE-MT, Luiz Henrique Lima²² exemplifica uma externalidade negativa:

[...] igualmente, há casos em que até uma não decisão produz externalidades, em regra negativas. Processos que ficam sobrestados ou se arrastam por longos períodos engendram o aumento da insegurança jurídica e de suspeições de toda espécie, comprometendo a efetividade e a credibilidade do órgão julgador, bem como paralisando ações dos jurisdicionados.

O mesmo autor finaliza:

Assim, quando se busca avaliar e/ou aprimorar o funcionamento das instituições de controle, a análise não deve se limitar a um exame superficial do número de gestores julgados, da quantidade de horas

21 Outros tipos: monopólios naturais, assimetria de informação e bens públicos.

22 LIMA, H. L. **Externalidades do controle externo.** Gazeta Digital, 20 jan. 2018. Disponível em <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/165/materia/530984/t/externalidades-do-controle-externo>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

de auditoria ou do volume de recursos fiscalizados e de penalidades aplicadas. Um debate sério e produtivo exige a identificação e a ponderação das múltiplas externalidades decorrentes da atuação do controle externo.

5. TEORIA DA AGÊNCIA

Uma relação de agência é estabelecida entre um indivíduo ou organização (o principal) que transfere responsabilidade para outro (o agente) realizar determinada tarefa de interesse do principal. No caso do setor público teríamos algumas variações da relação principal e agente, tais como: eleitor e eleito; sociedade e gestor público; entre outras combinações.

O problema agente-principal tratado na teoria microeconômica está no fato de que os agentes podem desejar atingir seus próprios objetivos, mesmo que isso incorra na obtenção de resultados menores para o principal. Carvalho Neto expõe o conflito de agência no curso de Auditoria Governamental do TCU²³ da seguinte forma:

[...] os conflitos de agência aparecem quando o bem-estar de uma parte – o proprietário – denominada principal, depende das decisões tomadas por outra, responsável pela gestão do patrimônio do principal, denominada agente.

Embora o agente deva tomar decisões em benefício do principal, muitas vezes ocorrem situações em que os interesses dos dois são conflitantes, dando margem a um comportamento oportunista por parte do agente.

O principal não tem condição de acompanhar tudo o que fazem os agentes, pois estes sabem mais do que fazem em relação aos proprietários (principal). Essa assimetria de informações cria o que é conhecido como “problema da relação agente e principal” ou somente “problema de agência”. “É nesse contexto que se encontra a origem conceitual da auditoria, e também da moderna governança, como um mecanismo de monitoramento para redução dos conflitos de agência” (Carvalho Neto)²⁴.

Percebe-se uma natural assimetria de informações entre principal e agente. O grau de assimetria pode ser maior ou menor dependendo se as atividades de Estado forem, respectivamente, pouco ou muito transparentes e se houver baixa ou alta *accountability*²⁵.

A relação agente-principal em organizações públicas ocorre porque os agentes públicos das organizações públicas podem valorizar mais seus interesses pessoais em detrimento do interesse público. O principal, na maior parte das ocasiões, não tem conhecimento pleno do caráter do agente e, além disso, as informações estão mais próximas do agente do que dele. Andwig e Fjeldstad (2000, p. 115)²⁶ corroboram esse posicionamento:

23 CARVALHO NETO, A. A. de (coord.). Auditoria governamental. In: PROGRAMA DE APRIMORAMENTO PROFISSIONAL EM AUDITORIA - PROAUDI, 2015. Instituto Serzedello Corrêa. TCU Disponível em: <<file:///C:/Users/ROBERT%20LUTHER/Downloads/2543457.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

24 Idem. Ibidem.

25 **Accountability** é um termo da língua inglesa que pode ser traduzido para o português como responsabilidade com ética e remete à obrigação, à transparência, de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Outro termo usado numa possível versão portuguesa é responsabilização.

26 ANDWIG, J & FJELDSTAD, O. **Research on corruption: a policy oriented survey**. Oslo: Norwegian Institute of International Affairs, 2000.

O problema de agência surge quando o principal, como é comum no setor público, tem pouco conhecimento sobre a honestidade ou desonestidade do agente, e informações limitadas sobre as atividades produtivas e corruptas dos agentes e dos clientes.

De que maneira a informação incompleta e o monitoramento dispendioso influenciam o modo de ação dos agentes? Existiriam mecanismos de incentivos que poderiam oferecer ou estimular um comportamento do agente em sintonia com os interesses do principal (sociedade)? Essas perguntas são fundamentais em qualquer análise da relação principal-agente. Prováveis divergências de objetivos e a existência de assimetria de informações são dois elementos centrais na relação agente-principal. Como assinala Rose-Ackerman (2002, p. 62)²⁷:

As relações entre agente e principal se situam no cerne das transações corruptas, com as comissões ilegais sendo uma opção que os agentes públicos têm para alocar os ganhos e as perdas da atividade de governo.

A Teoria da agência pode ser uma ferramenta útil às questões associadas à avaliação da qualidade da governança pública, isto é, os conflitos de interesse ou problemas de agência podem ser mitigados a partir da observação de princípios de boa governança tais como: a *accountability*, o sistema de integridade (controle interno, corregedoria, ouvidoria, conselhos de ética) e a transparência.

Ademais, embora o setor público não esteja submetido às forças de mercado que mantêm os administradores privados sob o controle, ainda assim os órgãos do governo podem ser monitorados com eficácia. A legislatura e outros órgãos governamentais executam uma função de controle de outros órgãos públicos, notadamente os tribunais de contas.

Quando se torna impossível a medição direta do empenho pessoal, uma estrutura de incentivos que seja capaz de recompensar o resultado obtido por altos níveis de empenho pode induzir os agentes a procurar alcançar os objetivos estabelecidos pelos proprietários. Há, também, a possibilidade da criação de mecanismos de controle sobre a burocracia e os políticos.

Seja numa organização privada, seja pública, a tarefa de fiscalizar o agente não é simples. Na administração pública, esse problema é ainda mais delicado, uma vez que a sociedade outorga ao governo a tarefa de controlar o agente (burocratas). Mesmo supondo que tanto o governo quanto o agente são incorruptíveis, deve-se, no mínimo, considerar que eles são intrinsecamente motivados por interesse próprio – sem ferir qualquer lei ou norma – e não pelo interesse público. Portanto, a teoria da agência pode ser bastante útil para a análise e compreensão dos comportamentos dos agentes públicos.

27 ROSE-ACKERMAN, S. **A economia política da corrupção**. In: ELLIOTT, K. A. (Org). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2002.

6. INCENTIVOS

Incentivos são fatores endógenos ou exógenos que conduzem o indivíduo ou a organização a um determinado comportamento. Subsídios e impostos são geradores de incentivos. Impostos mais elevados sobre um determinado bem implicarão, geralmente²⁸, em menor consumo do bem. O conjunto de sanções que o código penal aponta são, também, formas de incentivos (de adotar ou não adotar um determinado comportamento).

Dizer que os indivíduos respondem a incentivos traz a ideia de consequencialismo, isto é, olhar para as normas e perceber suas consequências. Qualquer tentativa do Direito de ignorar como as pessoas reagem e se relacionam, e de impor uma solução que ignore isso, em geral, não conduz a bons resultados. A ideia de impor normas não compreendendo a realidade/contexto (reações e incentivos) pode levar a soluções normativas desastradas.

A AED procura entender a racionalidade das normas, sob uma perspectiva tanto descritiva quanto prescritiva. Na primeira, olha-se para o ordenamento existente e analisa-se os incentivos e os efeitos criados pelas normas postas. Se se chegar a conclusão que essa arquitetura normativa não produz bons efeitos, faz-se necessário um olhar sob a segunda perspectiva (prescritiva), ou seja, propor novas normas que melhorem o bem-estar da sociedade.

Por exemplo, uma forma eficaz no controle dos desvios de conduta de agentes públicos é a análise sistemática da estrutura de incentivos dada pelas diversas leis, normas e regulamentos presentes na administração pública. Quais dispositivos legais postos são eficazes e quais não são eficazes? Há excesso ou falta de regulamentação? Portanto, a elaboração de dispositivos legais tem que levar em consideração que os indivíduos são racionais e respondem a incentivos e, se mal formulados, podem gerar efeitos contrário ao desejado.

Um exemplo notável é o aplicativo Uber, e congêneres, que quase chegou a ser considerado ilegítimo mediante a edição de normas. A realidade tem demonstrado que o Uber permite ao usuário exercer a escolha (*trade-offs*); atende de forma acessível (celular), rápida e segura, presta serviços com uma qualidade superior a dos táxis e com um preço praticamente igual, ou menor.

Numa palavra, o aplicativo Uber, de um lado, aumentou o bem-estar social da população em geral, aumentou as possibilidades de emprego para muitos e movimentou a economia. Por outro lado, prejudicou o trabalho sindicalizado de taxistas. Uma análise econômica do direito deve sopesar: qual é a melhor decisão possível para a sociedade? Pelo critério de Kaldor-Hicks, os ganhadores (usuários do transporte) foram muito mais que os perdedores (taxistas), o que torna a decisão da legitimidade do Uber eficiente. Ademais, numa economia de livre mercado, nada impede que os motoristas de táxi migrem para os aplicativos.

²⁸ "Geralmente", pois há considerações de elasticidade-preço, bem essencial, bem supérfluo, etc, a serem avaliadas no caso concreto.

7. CONCLUSÃO

Vimos que a AED investiga o fenômeno jurídico à luz de suas consequências e tal abordagem é um dos pontos centrais da nova LINDB. Para cumpri-la, os operadores da nova legislação necessitarão de instrumentos teóricos e empíricos que os auxiliem na identificação com maior precisão e rigor analítico dos problemas sociais e das prováveis reações das pessoas a uma dada regra, para então, ciente das consequências prováveis, optar pela melhor decisão. Como bem esclarece o jurista Salama (2008, p. 36) “[...] *noções de justiça que não levam em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas*”²⁹.

A administração pública contemporânea tem diante de si enormes desafios a serem enfrentados visando aprimorar o bem-estar social. Instituições, normas legais e políticas públicas têm que ser sistematicamente inventadas e reinventadas, avaliadas e reavaliadas. Não há solução fácil e nenhuma ciência pode sozinha resolver os inumeráveis, e cada vez mais complexos, problemas coletivos. Portanto, a multidisciplinaridade está implícita na LINDB e a AED coloca a disposição dos seus operadores um ferramental que a instrumentaliza.

8. REFERÊNCIAS

- ANDWIG, J. & FJELDSTAD, O. Research on corruption: a policy oriented survey. Oslo: Norwegian Institute of International Affairs, 2000.
- BARZEL, Y. Economic Analysis of Property Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2302/2013. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 28/08/2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 set. 2013.
- CARVALHO NETO, A. A. de (coord.). Auditoria governamental. In: PROGRAMA DE APRIMORAMENTO PROFISSIONAL EM AUDITORIA - PROAUDI, 2015. Instituto Serzedello Corrêa. TCU Disponível em: <<file:///C:/Users/ROBERT%20LUTHER/Downloads/2543457.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- CASTELAR, A.; SADDI, J. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier; 2005.
- LIMA, H. L. Externalidades do controle externo. Gazeta Digital, 20 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/165/materia/530984/t/externalidades-do-controle-externo>>. Acesso em: 6 jun. 2018.
- PEIXOTO, M. A. de G. A Análise Econômica do Direito no Tribunal de Contas da União: um estudo a partir da fiscalização da PETROBRAS. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11187>>. Acesso em: 12 maio 2018.
- ROSE-ACKERMAN, S. A economia política da corrupção. In: ELLIOTT, K. A. (Org). A corrupção e a economia global. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2002.
- SALAMA, B. M. O que é pesquisa em Direito e Economia?. Cadernos DIREITO GV, v. 5, n. 2, mar./2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 maio 2018.

²⁹ SALAMA, B. M. O que é pesquisa em Direito e Economia?. **Cadernos DIREITO GV**, v. 5, n. 2, mar./2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 maio 2018.

SALAMA, B. M. (org). Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

WILLIAMSON, O. E. The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting. New York: The Free Press, 1985.

doutrina