



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Programa de Pós-Graduação em Direito

LUCAS DUTRA DADALTO

**Controle judicial da Administração Pública à luz do princípio da eficiência:
viabilidade e parâmetros**

Belo Horizonte

2018

LUCAS DUTRA DADALTO

**Controle judicial da Administração Pública à luz do princípio da eficiência:
viabilidade e parâmetros**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado democrático de Direito.

Área de Estudo: Direito e Administração Pública.

Orientadora: Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.

Coorientador: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo.

Belo Horizonte

2018

Dadalto, Lucas Dutra
D121c Controle judicial da administração pública à luz do
princípio da eficiência: viabilidade e parâmetros / Lucas Dutra Dadalto. – 2018.

Orientadora: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.
Coorientador: Florivaldo Dutra de Araújo.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo – Teses 2. Administração pública – Teses
3. Eficiência (serviço público) I.Título

CDU(1976) 35(81)

LUCAS DUTRA DADALTO

**CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DO
PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: VIABILIDADE E PARÂMETROS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (orientadora)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo (coorientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professora Doutora Daniela Mello Coelho Haikal
Universidade Federal de Minas Gerais

Professora Doutora Irene Patrícia Nohara
Universidade Presbiteriana Mackenzie

AGRADECIMENTOS

O ingresso no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e a conclusão deste trabalho não seriam possíveis sem a contribuição de algumas pessoas que, mesmo sem perceber, tornaram-se essenciais à minha formação.

À minha orientadora, professora Cristiana Fortini, exemplo de dedicação e competência em tudo o que se propõe a fazer, por ter me recebido de braços abertos e me guiado por todo esse caminho, sempre com paciência e esmero.

Ao meu coorientador, professor Florivaldo Dutra de Araújo, maior mestre que já tive a oportunidade de ter contato, pelas incontáveis lições ao longo desses dois anos e por ter oportunizado meu contato com a docência.

À professora Helena Elias Pinto, professora de Direito Administrativo da Universidade Federal Fluminense, por sempre ter acreditado no meu potencial e me incentivado a buscar o melhor programa de mestrado possível, independentemente de onde estivesse.

Às professoras Maria Tereza Fonseca Dias e Daniela Mello Coelho Haikal, pelas oportunidades acadêmicas que me foram oferecidas ao longo do mestrado.

À Lais Rocha Salgado e Lucas Theodoro Dias Vieira, amigos que me receberam de braços abertos e me ajudaram de todas as maneiras possíveis e imagináveis.

À Débora Carvalho Mascarenhas dos Anjos que, mesmo sem me conhecer, mostrou-se solícita e ajudou-me como podia durante o processo seletivo para ingresso no mestrado.

A todos os professores e colegas do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, pelas valorosas trocas que contribuíram para meu aperfeiçoamento acadêmico e crescimento pessoal, em especial à Ariane Sherman Moraes Vieira, Murilo Melo Vale, Renata Costa Rainho e Felipe Mucci.

Aos meus pais, meus exemplos em todas as áreas possíveis, responsáveis diretos por tudo o que já conquistei em minha vida, agradeço por todo suporte, amor e carinho despendidos ao longo desses anos e, em especial, neste mestrado, sempre me incentivando a buscar os meus sonhos onde quer que estejam.

À minha irmã Luciana, exemplo de professora e advogada, por ter acreditado em mim e me encorajado a ingressar no mundo acadêmico, estando sempre disposta a me ajudar com o que fosse preciso.

Ao meu irmão Mateus, quase engenheiro aeroespacial e nerd convicto, por ter me recebido em sua casa em Belo Horizonte.

À Luciane, exemplo de mulher que me inspira todos os dias, por todo apoio, paciência e amor, estando ao meu lado mesmo nos momentos mais difíceis, que, certamente, não foram poucos.

A todos da 1ª Vara Federal de Cachoeiro de Itapemirim, exemplos de profissionais humanos e competentes, por terem sido meu sustentáculo durante a produção deste trabalho, incentivando-me de todas as formas possíveis e imagináveis.

Ao meu irmão de outra mãe, Willian Perim Marchesi, pelos quase seis anos de incentivo em Niterói e por ter plantado a semente deste mestrado, sempre com conselhos otimistas e incrivelmente certos.

Aos meus amigos da Universidade Federal Fluminense, em especial ao Victor Maia, Yan Andrade, Ricardo Figueiredo e Flávio Platão, por terem contribuído imensamente para que eu ingressasse na UFMG, fosse com ajudas concretas ou com incansáveis debates jurídicos.

Aos meus amigos da Bahia, em especial Maikon Bortoncello e Yago Midlej, que, além de formarem minha segunda família, sempre acreditaram no meu potencial e contribuíram diretamente para que este trabalho fosse possível.

Aos meus amigos do Espírito Santo, pelas palavras de encorajamento e constante contato, à despeito da distância que nos separava.

Aos demais familiares e amigos, pelas orações e palavras de incentivo, suportando a minha constante ausência.

Por fim, agradeço a Deus, porque sem Ele nada seria possível.

“Pouca importância dão em geral, os nossos publicistas às questões de princípios. Mas os princípios são tudo. Os interesses materiais da nação movem-se de redor deles, ou por melhor dizermos, dentro neles.”

(Rui Barbosa)

RESUMO

A presente dissertação busca abordar o controle judicial da Administração Pública a partir do princípio da eficiência administrativa. Para tal fim, destringir-se-á a análise em três partes principais. A primeira parte abordará a evolução da relação entre o direito e o conceito de eficiência, passando por sua inserção como vetor principiológico do regime jurídico-administrativo até sua consolidação nos diplomas normativos infraconstitucionais, bem como examinará a normatividade dos princípios e sua utilização como parâmetro de controle da Administração Pública. Também será investigado o liame histórico que desembocou na constitucionalização da eficiência administrativa, destacando as principais “Reformas Administrativas” que ocorreram no último século e sua relação com as fases da Administração Pública brasileira. O objetivo é inserir a problemática a partir do contexto histórico e normativo que envolve a positivação dessa norma-princípio, realçando as principais influências que sustentaram teoricamente a Emenda Constitucional n.º 19/98. Após, adentrar-se-á na viabilidade jurídica do controle judicial da eficiência administrativa, em que será feita uma decomposição do princípio da eficiência administrativa, expondo o seu comando nuclear e as facetas econômicas e jurídicas que dele derivam, de forma a facilitar a extração dos seus efeitos como parâmetro de controle da Administração Pública. Ainda, examinar-se-á a amplitude da discricionariedade administrativa e os pontos de toque com a noção de eficiência administrativa, analisando se essa espécie de controle da Administração Pública invade ou não invade o campo de discricionariedade deixado ao administrador público. Finalmente, assentada a viabilidade jurídica do controle judicial da eficiência administrativa, serão abordados os elementos normativos deste controle, inserindo-o de forma sistemática conforme a dogmática já estabelecida no tema do Controle da Administração Pública. O trabalho será concluído com a exposição de algumas aplicações práticas dessa forma de controle, assentando a efetividade da utilização do princípio da eficiência em sede de controle jurisdicional.

Palavras-chave: Princípio da eficiência administrativa; Controle Judicial da Administração Pública; Administração Pública gerencial; Discricionariedade administrativa; Regime jurídico-administrativo.

ABSTRACT

This dissertation tries to approach the judicial control of the Public Administration from the principle of administrative efficiency. To this end, the analysis will be broken into three main parts. The first part will deal with the evolution of the relationship between the law and the concept of efficiency, including its insertion as a principle-vector of the legal-administrative regime until its consolidation in the infra-constitutional normative diplomas, as well as examining the normativity of the principles and their use as a parameter of control of Public Administration. It will also investigate the historical link that led to the constitutionalization of administrative efficiency, highlighting the main "Administrative Reforms" that occurred in the last century and its relationship with the phases of the Brazilian Public Administration. The objective is to insert the problematic from the historical and normative context that involves the positivation of this norm-principle, highlighting the main influences that theoretically supported the Constitutional Amendment n.º 19/98. Afterwards, the legal feasibility of judicial control of administrative efficiency will be addressed, starting by decomposing the principle of administrative efficiency, and, then, exposing its nuclear command and the economic and legal aspects deriving from it, in order to facilitate the extraction of its effects as a control parameter of the Public Administration. Also, the extent of administrative discretion and touch points with the notion of administrative efficiency will be examined, analyzing whether this kind of control of the Public Administration invades or does not invade the field of discretion left to the public administrator. Finally, based on the legal feasibility of judicial control of administrative efficiency, the normative elements of this control will be addressed, inserting it in a systematic way according to the dogmatics already established in the subject of Public Administration Control. The work will conclude with the presentation of some practical applications of this form of control, based on the effectiveness of the application of the principle of efficiency in jurisdictional control.

Keywords: Principle of administrative efficiency; Judicial Control of Public Administration; Management public administration; Administrative discretionary; Legal-administrative regime.

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 16 |
|----------------------------|-----------|

PARTE I — A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E EFICIÊNCIA: O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO NORMA JURÍDICA

| | |
|--|-----------|
| 2. O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA | 19 |
|--|-----------|

| | |
|---|-----------|
| 2.1 Considerações iniciais | 19 |
|---|-----------|

| | |
|---|-----------|
| 2.2 Função administrativa e os critérios de distinção das funções estatais | 20 |
|---|-----------|

| | |
|--|----|
| 2.2.1 Sentido de “função” administrativa | 20 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 2.2.2 Os critérios para distinção das funções estatais | 23 |
|--|----|

| | |
|--|-----------|
| 2.3 O Regime jurídico-administrativo: definição de suas bases constitucionais | 29 |
|--|-----------|

| | |
|---|----|
| 2.3.1 A busca pelo elemento “aglutinador” do regime jurídico-administrativo | 29 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 2.3.2 Elementos estruturais do regime jurídico-administrativo: proposta de definição | 31 |
|--|----|

| | |
|---|-----------|
| 3. A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E SUA UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO DE CONTROLE JUDICIAL | 39 |
|---|-----------|

| | |
|--|-----------|
| 3.1 A evolução dos princípios como espécies de normas jurídicas | 39 |
|--|-----------|

| | |
|---|----|
| 3.1.1 O começo da distinção entre regras e princípios | 39 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.1.2 A distinção qualitativa de Robert Alexy | 40 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.1.3 A distinção lógico-normativa de Ronald Dworkin | 41 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 3.1.4 J. J. Gomes Canotilho e a aproximação com as teorias de Alexy e Dworkin | 43 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.1.5 A hegemonia da carga valorativa dos princípios | 45 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 3.1.6 As diretrizes como espécie de norma jurídica: análise crítica | 46 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.1.7 A Teoria dos Princípios de Humberto Ávila | 49 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.1.7.1 Normas de primeiro grau (regras e princípios) | 49 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.1.7.2 Normas de segundo grau (postulados normativos) | 52 |
|--|----|

| | |
|--|-----------|
| 3.2 A força normativa dos princípios e sua eficácia como norma jurídica | 54 |
|--|-----------|

| | |
|--|----|
| 3.2.1 Consolidação da força normativa dos princípios | 54 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 3.2.2 A eficácia dos princípios como espécie normativa | 58 |
|--|----|

| | |
|------------------------------------|----|
| 3.2.2.1 Considerações gerais | 58 |
|------------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 3.2.2.2 As funções eficáciais de Tércio Sampaio | 59 |
|---|----|

| | |
|--|-----------|
| 3.2.2.3 <i>A tetradimensionalidade funcional de Norberto Bobbio e sua importação por Paulo Bonavides</i> | 59 |
| 3.2.2.4 <i>Os diferentes planos de eficácia na teoria dos princípios de Humberto Ávila</i> | 60 |
| 3.2.2.5 <i>A Escola da UERJ: construção teórica proposta por Barcellos e Barroso</i> | 61 |
| 3.2.2.6 <i>Proposta de classificação</i> | 63 |
| 3.3 Utilização dos princípios como parâmetro para controle judicial: dificuldades jurídicas e práticas | 66 |
| | |
| 4. EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO REITOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 72 |
| 4.1 Considerações metodológicas | 72 |
| 4.2 A transposição da ideia de eficiência para a Ciência Jurídica | 72 |
| 4.2.1 <i>As raízes econômicas da eficiência: teoria estática e dinâmica da eficiência</i> | 72 |
| 4.2.2 <i>A eficiência pelo prisma da Análise Econômica do Direito</i> | 76 |
| 4.3 Evolução do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro: previsões constitucionais e legais | 80 |
| 4.3.1 <i>Decreto-Lei n.º 200/1967</i> | 80 |
| 4.3.2 <i>Texto original da Constituição de 1988</i> | 83 |
| 4.3.3 <i>Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)</i> | 84 |
| 4.3.4 <i>Lei de Concessões e Permissões (Lei 8.987/95)</i> | 87 |
| 4.3.5 <i>Emenda Constitucional n.º 19/98</i> | 87 |
| 4.3.6 <i>Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99)</i> | 87 |
| 4.3.7 <i>Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)</i> | 88 |
| 4.3.8 <i>Lei dos Usuários dos Serviços Públicos (Lei 13.460/2017)</i> | 90 |
| 4.3.9 <i>Lei 13.655/2018</i> | 91 |
| 4.4 Reformas Administrativas e contexto da constitucionalização do princípio da eficiência pela EC n.º 19/98 | 91 |
| 4.4.1 <i>Conceito de “Reforma Administrativa”</i> | 91 |
| 4.4.2 <i>As principais Reformas Administrativas na história brasileira</i> | 92 |
| 4.4.2.1 <i>A Reforma Administrativa da Era de Getúlio Vargas (“Reforma do DASP”) e Administração Pública burocrática</i> | 93 |
| 4.4.2.2 <i>A Reforma Administrativa do Decreto-Lei 200/1967 e a tentativa de superação da fase burocrática</i> | 100 |
| 4.4.2.3 <i>A Reforma Administrativa Gerencial</i> | 102 |

**PARTE II — CONTROLE JUDICIAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA:
VIABILIDADE JURÍDICA**

| | |
|--|------------|
| 5. CONTEÚDO JURÍDICO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA | 109 |
| 5.1 A volatilidade do significado de eficiência administrativa | 109 |
| 5.2 Eficiência, eficácia e efetividade | 114 |
| 5.2.1 Eficiência <i>versus</i> eficácia: distinção | 114 |
| 5.2.2 Efetividade | 117 |
| 5.3 Estabelecimento do núcleo duro do princípio da eficiência administrativa | 118 |
| 5.3.1 Conceito: definição do comando nuclear | 118 |
| 5.3.2 Facetas econômicas | 121 |
| 5.3.2.1 <i>Economicidade</i> | 121 |
| 5.3.2.2 <i>Produtividade</i> | 122 |
| 5.3.2.3 <i>Qualidade</i> | 123 |
| 5.3.2.4 <i>Continuidade</i> | 124 |
| 5.3.2.5 <i>Celeridade e desburocratização</i> | 125 |
| 5.3.3 Facetas jurídicas | 126 |
| 5.3.3.1 <i>Maximização da força normativa das normas constitucionais afetas ao regime jurídico-administrativo</i> | 126 |
| 5.3.3.2 <i>Concretização e proteção dos direitos fundamentais</i> | 128 |
| 5.3.3.3 <i>Instrumentalidade com os princípios da Administração Pública</i> | 130 |
| 5.3.3.4 <i>Promoção do interesse público e das finalidades típicas de cada ato: a íntima relação entre o princípio da eficiência e o da finalidade pública</i> | 132 |
| 5.4 Eficiência e proporcionalidade | 133 |
| 5.4.1 Origem e fundamentos: distinção | 133 |
| 5.4.2 Relação entre meios e fins: instrumentalidade entre os princípios da proporcionalidade e da eficiência | 136 |
| 5.4.2.1 <i>Análise de proporcionalidade</i> | 136 |
| 5.4.2.2 <i>Semelhança estrutural entre a análise de eficiência e de proporcionalidade: estabelecendo a relação de instrumentalidade</i> | 140 |
| 5.4.2.3 <i>Análise de eficiência administrativa: definindo o iter procedimental</i> | 145 |

| | |
|---|------------|
| 6. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA | 150 |
| 6.1 Natureza da discricionariiedade administrativa | 150 |
| 6.1.1 Noção tradicional: “poder discricionário” ou “ato administrativo discricionário” | 150 |
| 6.1.2 Fixação da natureza da discricionariiedade administrativa | 155 |
| 6.2 Origem da discricionariiedade administrativa: fundamentos e hipóteses ensejadoras de discricionariiedade | 159 |
| 6.2.1 Fundamentos da discricionariiedade administrativa | 159 |
| 6.2.2 Hipóteses ensejadoras de discricionariiedade | 161 |
| 6.2.3 Discricionariiedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados | 163 |
| 6.2.3.1 <i>Posição tradicional: os conceitos jurídicos indeterminados sempre geram discricionariiedade</i> | <i>163</i> |
| 6.2.3.2 <i>Posição majoritária: os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariiedade</i> | <i>164</i> |
| 6.2.3.3 <i>Posição minoritária: os conceitos jurídicos indeterminados nunca geram discricionariiedade</i> | <i>167</i> |
| 6.2.3.4 <i>Posição pessoal</i> | <i>171</i> |
| 6.3 Amplitude da discricionariiedade administrativa: hipóteses de incidência | 183 |
| 6.4 Discricionariiedade e vinculação à luz do controle judicial da eficiência administrativa | 188 |

**PARTE III — CONTROLE JUDICIAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA:
VIABILIDADE MATERIAL**

| | |
|---|------------|
| 7. O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: PARÂMETROS NORMATIVOS | 195 |
| 7.1 Breves apontamentos sobre o Controle da Administração Pública | 195 |
| 7.1.1 Sentido e modalidades de controle | 195 |
| 7.1.2 Controle jurisdicional da Administração Pública | 199 |
| 7.1.2.1 <i>Amplitude conceitual</i> | <i>199</i> |
| 7.1.2.2 <i>Os sistemas de controle jurisdicional</i> | <i>201</i> |
| 7.1.2.2.1 <i>O sistema de jurisdição dual</i> | <i>201</i> |
| 7.1.2.2.2 <i>O sistema de jurisdição una</i> | <i>202</i> |
| 7.2 O princípio da eficiência como parâmetro de controle judicial da Administração | |

| | |
|---|------------|
| Pública | 204 |
| 7.2.1 <i>Amplitude</i> do controle de eficiência: ato, atividade e gestão | 204 |
| 7.2.1.1 <i>O controle de atividade e de ato a partir da eficiência administrativa</i> | 204 |
| 7.2.1.2 <i>O controle de gestão da Administração Pública</i> | 205 |
| 7.2.1.3 <i>O controle de eficiência como um controle de resultados</i> | 207 |
| 7.2.2 Conteúdo do controle: o vício de ineficiência | 208 |
| 7.2.3 <i>Dimensões</i> do controle de eficiência | 211 |
| 7.2.4 As características condicionantes do controle da eficiência administrativa | 212 |
| 7.2.5 Espécies de análise de eficiência: ganho de eficiência (estática) e eficiência <i>stricto sensu</i> (global) | 214 |
| 7.2.6 Controle de eficiência realizado <i>in abstracto</i> e <i>in concreto</i> | 216 |
| 7.2.7 Controle de constitucionalidade da eficiência administrativa: viabilidade | 218 |
| 7.2.8 O vício de ineficiência como possível ato de improbidade administrativa | 228 |
| 7.3 O controle da Administração Pública a partir dos parâmetros estabelecidos pela Lei 13.655/2018 | 233 |
| 7.3.1 Considerações introdutórias: a dupla funcionalidade da Lei 13.655/2018 | 233 |
| 7.3.2 As normas condicionantes do controle da Administração Pública estabelecidas na LINDB | 234 |
| 7.3.2.1 <i>Condicionante prática (ou consequencialista decisória)</i> | 234 |
| 7.3.2.2 <i>Condicionante motivadora da proporcionalidade decisória</i> | 236 |
| 7.3.2.3 <i>Condicionante prospectiva (ou consequencialista enunciadora)</i> | 238 |
| 7.3.2.4 <i>Condicionante de transição: a eficácia positiva dos princípios e o dever de transição exigido pela LINDB</i> | 240 |
| 7.3.2.5 <i>Condicionante circunstancial</i> | 241 |
| 7.3.2.6 <i>Aplicação das condicionantes da LINDB ao controle judicial da eficiência administrativa</i> | 241 |
| 7.3.3 Análise suplementar: as demais alterações promovidas pela Lei 13.655/2018 | 242 |
| | |
| 8. APLICAÇÕES PRÁTICAS DO CONTROLE JUDICIAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA | 245 |
| 8.1 A eficiência nos serviços públicos | 245 |
| 8.1.1 A lei dos usuários de serviços públicos e o controle de eficiência | 245 |
| 8.1.2 Aplicação na jurisprudência | 249 |
| 8.2 A eficiência no procedimento administrativo | 252 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 8.2.1 | Processo e procedimento administrativo | 254 |
| 8.2.2 | Análise jurisprudencial | 251 |
| 8.3 | A eficiência como dever dos servidores públicos | 256 |
| 8.3.1 | Fundamentos normativos | 256 |
| 8.3.2 | Aplicação jurisprudencial | 258 |
| 8.4 | A aplicação da teoria dos jogos como possível ferramenta auxiliar | 262 |
| 9. | CONCLUSÃO | 266 |
| 10. | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 269 |

1. INTRODUÇÃO

O princípio da eficiência foi realçado nas últimas décadas como novo paradigma da Administração Pública. Nunca se falou tanto da relação entre a função administrativa (tomando a administração pública em seu sentido objetivo) e eficiência, sendo uma das novas pedras de toque do Direito Administrativo contemporâneo.

Com a inserção expressa do princípio da eficiência administrativa no artigo 37 da CRFB pela EC n.º 19/98, o constituinte derivado reformador estabeleceu um comando na direção da satisfação das finalidades públicas da melhor forma possível, visando a coibir as disfuncionalidades administrativas usualmente observadas na Administração Pública nacional.

A Emenda Constitucional n.º 19/98 constitui o principal marco normativo do que vem sendo chamado de “Reforma Administrativa Gerencial”¹, encontrando seu fundamento teórico no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), idealizado pela Câmara da Reforma do Estado. Materializa, assim, uma tentativa de superação do viés burocrático presente na Administração Pública nacional, a partir do deslocamento do foco do controle para os resultados da atividade administrativa, sem descuidar da parametrização legalista-formal do procedimento administrativo.

Dentro do contexto da Reforma Administrativa Gerencial, a constitucionalização da ideia de eficiência administrativa apresenta-se como uma das principais consequências jurídicas do movimento reformista. Com a ideia de submissão da Administração Pública à legalidade em sentido amplo (princípio da juridicidade), essa norma-princípio ascende como possível parâmetro de controle da Administração Pública.

Conforme lição de Batista Júnior, os princípios são padrões que devem pautar e fundamentar toda a conduta da Administração Pública, de forma que a eficiência administrativa surge como norma constitucional dotada de imperatividade material². Assim, abrir-se-ia a possibilidade da realização do controle judicial da Administração Pública tendo como parâmetro o vetor da eficiência. Esse é o tema que se propõe a desenvolver.

Partindo desses elementos introdutórios, na primeira parte deste trabalho, começaremos demonstrando como a ideia de eficiência foi incorporada pelo direito. O segundo capítulo abordará a inserção da eficiência no cerne do regime jurídico-

¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 172.

² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 90.

administrativo, além de estabelecer elementos introdutórios que guiarão todo o desenvolvimento deste trabalho.

O terceiro capítulo examinará a estabilização da força normativa dos princípios na doutrina contemporânea, além dos efeitos gerados pela aplicação dessa espécie de norma. O principal objetivo é demonstrar como uma norma-princípio se estrutura, tanto a partir de sua distinção frente às regras, quanto pelos efeitos que podem se esperar de sua aplicação concreta. Sem a consolidação da força normativa dos princípios é evidente que o controle judicial a partir dessas espécies normativas seria impossibilitado.

O quarto capítulo, além de desenhar o começo da interseção entre Direito e a Economia, também apresentará a evolução do princípio da eficiência administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, consolidando-a como verdadeiro princípio jurídico. Esse capítulo encerra a primeira parte deste trabalho.

O quinto capítulo inaugura o estudo da viabilidade jurídica do controle judicial da eficiência administrativa. Nessa parte, analisar-se-á o conteúdo jurídico da eficiência administrativa, expondo seus elementos nucleares (facetas econômicas e jurídicas) a partir da inserção dessa ideia ao regime jurídico constitucional. Delinear-se-á, ainda, a relação formal existente entre o princípio da eficiência e o princípio da proporcionalidade, consolidado um *iter procedimental* unificado para análise da relação de causalidade entre meios e fins.

O sexto capítulo adentra no tema da discricionariedade administrativa, partindo da questão principal: a previsão da eficiência na norma constitucional ou legal pode gerar discricionariedade? Trata-se de tema amplamente debatido pela doutrina, que ainda está longe de ser pacificado. A resposta a esse problema também se insere no cerne da viabilidade jurídica do controle judicial da eficiência administrativa, pois, havendo discricionariedade, o Judiciário não pode se imiscuir na análise de conveniência e oportunidade do ato questionado.

O sétimo capítulo, já enveredando na viabilidade material dessa forma de controle, dispõe sobre os parâmetros normativos existentes para efetivação do controle judicial da eficiência administrativa, além de apresentar noções introdutórias sobre as modalidades de controle da Administração Pública. Disserta, ainda, sobre as condicionantes criadas pela recente Lei 13.655/2018, diploma que estabelece normas para garantir a segurança jurídica e a eficiência na criação e aplicação das normas de direito público.

Por fim, em sentido conclusivo, o último capítulo abordará as aplicações do controle judicial da eficiência administrativa, demonstrando sua aplicabilidade em diversos campos nucleares da atividade administrativa, inclusive com a enunciação de julgados dos tribunais superiores.

Ante o exposto, partiremos de duas hipóteses centrais: A) O princípio da eficiência, ao ser constitucionalizado, tem seu conteúdo transfigurado para integrar-se sistematicamente ao regime constitucional, sendo composto tanto por facetas econômicas e jurídicas, o que, de certa forma, confere-lhe identidade parcial para com o princípio da proporcionalidade, podendo delinear-se um *iter procedimental* unificado para a análise de eficiência *lato sensu*, o que, certamente, auxiliaria sua aplicação nas esferas controladoras; B) O controle judicial da eficiência administrativa é viável tanto juridicamente quanto materialmente, não havendo, na maior parte das vezes, invasão ao mérito administrativo, podendo ser aplicados pelos órgãos jurisdicionais, mesmo que com certos critérios e de forma ponderada.

Com essa exposição, almeja-se expurgar qualquer dúvida que ainda reste sobre a viabilidade do controle judicial da Administração Pública a partir do princípio da eficiência. Este trabalho, assim, tem a intenção de exercer uma dupla função (objetivos): I — *função fundamentadora*, dando base jurídica para efetivação do controle judicial da eficiência administrativa; II — *função limitadora*, impedindo que o referido princípio seja utilizado como uma “cláusula aberta”, moldável de acordo com os interesses do aplicador, a partir da explicitação dos critérios normativos existentes para sua aplicação concreta, além do próprio comando nuclear desse princípio e as facetas que dele decorrem, compatibilizando, assim, essa forma de controle com o princípio da segurança jurídica.

PARTE I — A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E EFICIÊNCIA: O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO NORMA JURÍDICA

2. O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

2.1 Considerações iniciais

Para entender o conteúdo e a amplitude do que se chama de “regime jurídico-administrativo” faz-se necessário voltar às lições perfunctórias dos autores que buscam dispor sobre o tema. O objetivo neste tópico é começar a estabelecer os pilares que sempre são necessários para o desenvolvimento de um trabalho jurídico. A enunciação de conceitos, por mais repetitiva que possa soar, tem a importante função de definir as premissas nas quais o autor vai se apoiar ao longo do seu trabalho, introduzindo o tema e firmando o solo para os argumentos que surgirão ao longo do desenvolvimento.

Ademais, também tem o intuito de estabelecer uma linguagem comum com o leitor, como forma de evitar confusões hermenêuticas, até porque as premissas e os conceitos variam conforme o marco teórico que se adota. Nesse sentido, como o princípio da eficiência apresenta-se como norma jurídica, inserta no que se chama de “regime jurídico-administrativo”, é necessário introduzir as ideias que dão gênese ao objeto sobre o qual se propõe a dissertar.

O regime jurídico-administrativo seria, do ponto de vista formal, o conjunto de normas que podem ser interpretadas de forma coesa e sistêmica, afetas ao mesmo fim: normatização da função administrativa. Adoto, assim, a noção explicitada por Bandeira de Mello como marco teórico inicial deste capítulo, desenvolvendo-a nos pontos que seguem³.

Não obstante, é certo que se trata de tarefa muito mais árdua a tentativa de delimitação do sentido material — conteúdo nuclear — desse regime jurídico próprio da função administrativa, estabelecendo quais são suas normas básicas e como elas estruturam todas as outras que delas decorrem, arquitetando um complexo normativo lógico e sistemicamente coerente.

É claro que não há um “único” regime jurídico na administração pública. O regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado da Administração não é o mesmo das pessoas

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 37.

jurídicas de direito público, embora tenha pontos convergentes. Igualmente, o regime jurídico dos servidores celetistas não é equivalente ao regime jurídico dos servidores estatutários. E assim por diante.

Quando falamos em “conteúdo” do regime jurídico-administrativo, estamos nos referindo às normas *nucleares* que se aplicam indistintamente a toda Administração Pública (seja em sentido objetivo ou subjetivo), dando sustentação aos demais regimes jurídicos que se capilarizam conforme as especificidades de cada atividade administrativa.

Nessa toada, a partir da definição de função administrativa, desembaralham-se várias noções que devem ser explicitadas como forma de começar a delinear o conteúdo nuclear do regime jurídico-administrativo e como o princípio da eficiência insere-se como um dos seus elementos basilares.

A primeira delas é qual seria o significado e a amplitude do que se chama de função administrativa. Percebe-se que há estrita conexão entre o conteúdo do regime jurídico administrativo e a noção de função administrativa, uma vez que o primeiro ganha unidade conforme o sentido que se dá à segunda.

2.2 Função administrativa e os critérios de distinção das funções estatais

2.2.1 Sentido de “função” administrativa

A noção de função administrativa não é estanque. Em verdade, flutua conforme a natureza do critério adotado para isolar o que se entende por função administrativa das demais funções do Estado. Ademais, a própria definição do termo “função” não é uniforme na doutrina.

Como lembra Coelho⁴, a doutrina jurídica costuma utilizar duas acepções básicas para referir-se ao termo “função”: I — como espécie de poder; II — como uma espécie de atividade. Do ponto de vista estritamente técnico, entendemos que é desejável que se evite o vocábulo “poder” para se referir a uma função estatal, pelos motivos que passaremos a expor.

O primeiro ponto é a miríade de sentidos que o vocábulo “poder” assume no Direito Administrativo. É usual que se refira aos poderes do Estado no mesmo sentido de função, como uma referência direta à clássica teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu. Da mesma forma, também é usual que se use o termo “poderes” para fazer alusão às

⁴ COELHO, Daniela Mello. **Administração Pública Gerencial e Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 55.

prerrogativas da Administração Pública, conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles⁵ e de diversos outros autores.

O segundo problema é de natureza lógico-filosófica. Partindo das lições primordiais de Teoria do Estado e Teoria Constitucional, não é tecnicamente preciso falar em tripartição de poderes, pois o poder estatal é uno, indivisível e indelegável⁶, sendo um atributo que emana diretamente do povo (princípio democrático). Nesse sentido, o poder estatal manifesta-se a partir de conjuntos de órgãos que exercem diferentes funções (no sentido de atividade estatal). O poder soberano não se confunde com as funções estatais pelas quais ele se manifesta, sendo coisas completamente distintas.

Aliás, essa ideia está longe de ser recente. Na própria *Política*⁷, de Aristóteles, já surgia a concepção de divisão das três funções estatais, exercidas pelo mesmo poder soberano. A aproximação entre os termos poder e função vem a solidificar-se com a teoria da tripartição dos “poderes” proposta por Montesquieu, que surge como evolução da antiga ideia aristotélica, mas com a divisão das funções materializando-se conforme os órgãos que as exercem, a partir de um parâmetro subjetivo.

Isso ocorre pois Montesquieu baseia-se no resultado da evolução constitucional inglesa, em que houve uma repartição dos poderes (no sentido de funções) entre o Parlamento e o Soberano, que, no fundo, acabava sendo uma divisão de “poderes” no sentido corriqueiro que se empresta ao vocábulo: o de prerrogativas. Todavia, mesmo no caso inglês, o Poder continuava sendo uno e indivisível: apenas era manifestado por diversos órgãos com diferentes funções típicas. Insistimos: o que se reparte são as funções, pela quais se manifesta o Poder Estatal. Vejamos⁸:

O poder do Estado, em sua organização, é uno e indivisível. Implica, contudo, o desenvolvimento de múltiplas atividades, cuja complexidade impede fiquem confiadas a indivíduo único ou a um só órgão de atuação. Por isso, o Estado compõe uma estrutura de órgãos, partes, ou núcleos em que atuam determinados agentes, cada qual responsável por uma parcela de competência do poder do Estado. Conforme as características das atividades exercidas por esses órgãos e agentes, pode-se agrupá-los em subdivisões mais amplas da estrutura estatal. Tornou-se comum, desde Montesquieu, mencionar a “tripartição de poderes” ou “tripartição de funções”; daí, “Poder Legislativo”, “Poder Judiciário” e “Poder Executivo”. “Tripartição dos

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 119 e ss.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 83.

⁷ ARISTÓTELES, *A Política*, 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2009.

⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 5.

poderes” é expressão imprópria, não obstante ter-se vulgarizado, uma vez que não existe separação do poder do Estado.

O terceiro problema vem da conotação que é dada ao vocábulo poder, carregando uma pecha de autoritarismo que não mais condiz com a realidade da Administração Pública. Como adverte Bandeira de Mello⁹, toda função pressupõe necessariamente um dever. Quando alguém está investido em determinada função para atingir interesses de outrem (*in casu*, a coletividade), há uma delegação de poderes (no sentido de prerrogativas) para que aqueles cumpram seu dever por meio do instrumento “função”.

Transpondo o raciocínio para o caso da função administrativa, percebe-se que há uma estrita vinculação entre o exercício dessa atividade e os fins estabelecidos na ordem constitucional e nos diplomas normativos, vinculando-se, em última análise, à consecução do interesse público. Por tal fato, as prerrogativas da Administração Pública sempre são instrumentais à finalidade legal e constitucional. Nesse sentido, Bandeira de Mello defende que as prerrogativas da Administração Pública não podem ser vistas como “poderes” ou mesmo “poderes-deveres”, mas sim “deveres-poderes”, uma vez que o poder está sempre subordinado ao dever no exercício da função administrativa.

Percebe-se, portanto, que além de o referido autor dar a conotação de atividade ao vocábulo “função”, este nega que mesmo as prerrogativas da Administração Pública possam ser chamadas de “poderes”. Esse autor afirma peremptoriamente que¹⁰:

O Poder, no Direito Público atual, só aparece, só tem lugar, como algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal. Assim, esta impressão generalizada que enaltece a ideia de Poder, entretanto, e ainda que desgraçadamente até hoje seja com frequência abonada nas interpretações dos diversos tópicos do Direito Administrativo, nas quais se trai claramente um viés autoritário, é surpreendentemente falsa, basicamente desencontrada com a História e com a própria razão de ser do Direito Administrativo.

Concordando com o posicionamento exarado por Bandeira de Mello, Medauar destaca que no exercício da função administrativa “o dever surge como elemento ínsito ao poder, e desse modo a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para atendimento de um fim”¹¹.

⁹ MELLO, 2015, p. 43 e ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 46 e 47.

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p. 141.

Em sentido contrário, Justen Filho define a noção de função administrativa como “o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação dos interesses essenciais (...)”¹². Esse conceito não aborda as principais características formais e materiais da função administrativa, além de insistir na utilização do vocábulo “poder” para se referir à ideia de função.

2.2.2 Os critérios para distinção das funções estatais

Feitas tais considerações e fixado o sentido de “função” como atividade, resta investigar quais são os critérios utilizados pela doutrina para isolar as funções estatais. A divisão clássica das funções estatais é aquela adotada por Montesquieu a partir da teoria da tripartição dos poderes em Legislativo, Judiciário e Executivo. O autor francês divide as funções do Estado em três blocos orgânicos que se relacionam entre si a partir de uma relação de freios e contrapesos, buscando um equilíbrio mútuo entre eles. No que toca à divisão proposta por Montesquieu, fazemos referência à crítica de Bénéoit¹³ importada na obra de Coelho¹⁴:

Para Bénéoit, a compreensão das funções condiciona-se ao estudo do método científico, pois o que se deve pesquisar é o critério a ser empregado para analisar as realizações do direito positivo e definir as funções, que são expressões abstratas cientificamente exatas dessas realidades. (...)

De um lado, tem-se a visão artística das funções, sendo a teoria de Montesquieu um exemplo típico e, de outro lado, as definições científicas das funções, que ao exprimirem abstratamente, mas de forma correta, as vivências do direito positivo, apresentam o mérito da objetividade e prestam contas das realidades.

Em sentido contínuo, saindo dessa “visão artística”¹⁵ formulada por Montesquieu e entrando nos critérios científicos de diferenciação das funções estatais, a doutrina nacional, inspirada nos ensinamentos de Otto Mayer, geralmente utiliza dois critérios principais para identificar o conteúdo da função administrativa¹⁶: I — critério subjetivo ou orgânico (relativo ao sujeito da função); II — critério objetivo (relativo ao objeto da função). Quanto ao último, ainda se subdivide em objetivo formal e objetivo material.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 122.

¹³ BÉNOIT, Francis-Paul. **Le droit administratif français**. Paris: Dalloz, p. 36..

¹⁴ COELHO, 2004, pp. 53-54.

¹⁵ Coelho fala em “visão artística”, atribuindo-lhe o sentido de uma construção teórica desprovida de critérios eminentemente científicos.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

O critério subjetivo ou orgânico propõe identificar os contornos das funções estatais a partir dos sujeitos que a realizam. Porém, como adverte Bandeira de Mello, trata-se de critério demasiadamente insatisfatório para isolar o conteúdo da função administrativa, pois inexistente uma correspondência exata entre um conjunto orgânico e uma função específica¹⁷. O que existe, na verdade, é uma forte predominância de uma função afeta a um determinado conjunto de órgãos (típica), coexistindo com as demais funções atípicas que também são exercidas por esse mesmo conjunto de órgãos.

Em outras palavras: no ordenamento jurídico brasileiro, todos os “poderes” possuem uma função típica que lhe nomeia, mas isso não exclui o exercício das funções atípicas sobressalentes. O Poder Legislativo exerce atipicamente a função administrativa (ou executiva) e a função jurisdicional, e o mesmo aplica-se simetricamente aos Poderes Executivo e Judiciário.

Adentrando-se nos critérios objetivos, o objetivo material propõe-se a identificar a função administrativa a partir do seu objeto material, examinando o conteúdo da atividade para determinar quais são seus aspectos intrínsecos, que a distinguem e caracterizam como função própria. Com efeito, a função administrativa seria caracterizada “por ser ‘prática’, ou então por ser ‘concreta’, ou por visar de modo ‘direto e imediato’ a realização da utilidade pública”¹⁸, enquanto a função legislativa consistiria na edição de normas gerais e abstratas, e a função jurisdicional, em solucionar controvérsias.

Já o critério objetivo formal apega-se às características determinadas pelo direito, ou seja, a função estatal decorreria diretamente do regime jurídico que lhe corresponda, “independente da similitude material que estas ou aquelas atividades possam apresentar entre si”¹⁹.

Bandeira de Mello²⁰ também refuta o critério objetivo material, afirmando que as funções só podem ser caracterizadas por força da qualificação que o próprio ordenamento jurídico lhes atribui, e não pelas características nucleares de cada objeto. Assim, para o autor, o critério adequado para isolar as funções estatais seria o objetivo formal, de acordo com as características determinadas pelo próprio direito.

Compreendemos a crítica do autor, mas a aceitamos com ressalvas. Não observamos essa dissociação segmentar entre os critérios objetivo formal e material, até porque se voltam à mesma questão: análise do objeto da função estatal. O critério objetivo formal realmente é o

¹⁷ MELLO, 2015, p. 33.

¹⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 32-33.

²⁰ *Ibidem*.

mais adequado para isolar o que se entende por cada função, mas não por negar as características intrínsecas determinadas pelo critério material, e sim por adicionar um *plus* a essas características, somando as peculiaridades determinadas por cada ordenamento jurídico paradigma para se chegar a um conceito sólido e juridicamente aceitável.

Nesse sentido, o critério distintivo continua sendo formal (determinado pelo direito), mas, contudo, não elimina ou mesmo abandona as características materiais *predominantes* de cada ato estatal. Os critérios estritamente formalistas devem ser interpretados com extrema parcimônia, sob pena de se justificarem juridicamente conceitos e ideias estranhos ao Estado democrático de direito.

Essa conclusão decorre das próprias definições propostas pelo autor. Nessa linha, a função legislativa seria, segundo o critério objetivo material, a atividade de criação de normas gerais e abstratas. O critério objetivo formal adiciona uma característica peculiar do ordenamento jurídico brasileiro para extrair o seu conceito, mas sem abandonar o núcleo objetivo material. Assim, a função legislativa seria aquela que produz normas gerais, abstratas e com capacidade de inovação jurídica (criar direitos e obrigações, conforme o art. 5º, II, da CRFB).

O mesmo ocorre com a caracterização da função jurisdicional: no critério objetivo formal adiciona-se a capacidade de produção da coisa julgada (própria de nosso sistema de jurisdição *una*) para caracterizar o ato jurisdicional, sem abandonar seu substrato material de resolução de controvérsias jurídicas (predominantemente).

Por fim, no que toca à função administrativa, às ideias materiais de praticidade e realização da utilidade pública mediante atos infralegais somam-se três características derivadas diretamente do texto constitucional e que se relacionam umbilicalmente: I — submissão a um regime hierarquicamente estruturado; II — desempenhada preponderantemente em caráter infralegal; III — sujeição ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB). Dessa forma, essas características constitucionais somam-se aos elementos materiais para formar o conceito objetivo-formal de função administrativa, tal como proposto por Bandeira de Mello²¹:

Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza por ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente,

²¹ MELLO, 2015, p. 36.

infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade* pelo Poder Judiciário (grifos do autor).

Observo, ainda, que os conceitos propostos por Bandeira de Mello têm forte relação com os elencados pelo italiano Ricardo Alessi. Para Alessi, a atividade de administração é a emanção de atos complementares dos atos primários (legislativos), numa situação de superioridade (potestade)²². Poder-se-ia defender que esse seria, na verdade, um critério misto, por embaralhar aspectos do critério objetivo material e objetivo formal²³. Porém, já destacamos que não observamos essa divisão estanque entre os dois critérios objetivos, até porque se apresentam como espécies de um mesmo gênero.

Na verdade, o critério objetivo formal é uma evolução do critério objetivo material, e não um critério completamente distinto, uma vez que não há um abandono total de suas premissas. Até porque, como o próprio nome indica, ambos são critérios objetivos: voltam-se para o objeto para determinar os contornos da função estatal. Se há um critério objetivo, este se fixa na premissa de que sua análise está voltada para o *objeto*: não há como eliminar os elementos materiais na análise de um critério objetivo pois, *se o fizesse, esse critério perderia essa natureza e passaria a ser estritamente subjetivo (voltado ao sujeito) ou formal/normativo (voltado ao regime jurídico)*.

Dessa forma, concluímos que o critério objetivo formal volta-se primeiro para o objeto (aspecto material predominante) e complementa sua amplitude com as peculiaridades ditadas pelo ordenamento jurídico (aspecto formal).

Saindo desse conceito, também não concordamos com a espécie de critério “ecclético” proposto por Carvalho Filho, que defende a combinação de todos os critérios para extração do sentido das funções estatais²⁴. Para o autor, a função administrativa “é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacente à ordem constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica”²⁵.

Na verdade, o critério proposto por Carvalho Filho mais parece uma derivação do critério objetivo formal, pois desconsidera a diferenciação a partir do sujeito, proposta pelo critério subjetivo. As funções estatais, por consequência lógica, sempre serão exercidas pelo Estado ou por seus delegados, não havendo qualquer elemento de diferenciação subjetivo quanto a este ponto.

Da mesma forma, não vejo muita utilidade prática na ideia de extração da função

²² ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Roma: Giuffrè, 1960.

²³ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. Função Administrativa. **Revista de Direito Público**, vol. 89, 1989, p. 17.

²⁴ CARVALHO FILHO, 2014, pp. 4-5.

²⁵ *Ibidem*.

administrativa a partir de uma proposição negativa, proposta por Moreira Neto²⁶. Para este autor, o conceito de função administrativa pode ser obtido por exclusão, sendo toda atividade “exercida pelo Estado, que não se destine à edição de regra legal nem produza uma decisão jurisdicional — ambas, aqui, em seus respectivos sentidos formais”²⁷.

Esse critério negativo acaba esvaziando o conceito de função administrativa, gerando uma definição a partir de um “não conceito”: o que sobra. Até porque, aceitando a ideia tripartida das funções estatais, toda função pode ser obtida por esse método de proposição negativa, excluindo os atos que se englobem nas demais. Isso é consequência lógica da tripartição das funções estatais, não sendo uma característica peculiar à função administrativa. Nesse mesmo sentido, Coelho entende como falha a adoção do referido critério, uma vez que este não explica o exercício atípico da função administrativa pelos demais Poderes e não explicita qual seria o fundamento das demais atividades desempenhadas pelo Poder Executivo, que também pode editar normas e julgar conflitos quando o ordenamento jurídico lhe permitir²⁸.

Porém, alertamos para o fato de que nem mesmo a famosa divisão tripartida das funções estatais mostra-se como unanimidade na doutrina nacional. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defendia uma divisão bipartida das funções estatais, com a existência das funções administrativa e jurisdicional. Para esse autor, o vocábulo “administração” compreendia o sentido de prestação de serviços (execução) e planejamento (direção, governo)²⁹.

Dessa forma, a função administrativa compreenderia tanto a função de legislar (planejamento) quanto a função executiva (execução), possuindo uma faceta biforme. O autor afirma que “as operações do poder político correspondem à função administrativa de estabelecer a norma jurídica e executá-la”³⁰. Assim, apesar de as duas ações serem executadas tipicamente por conjuntos de órgãos distintos, em momentos igualmente diferentes, trata-se de braços da mesma função: a de administrar.

Alguns autores ainda falam de uma espécie de quarta função do Estado, desvinculada das demais por se submeter estritamente ao regime jurídico constitucional: a função política

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 183.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ COELHO, 2004, pp. 53-54.

²⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 13 e ss.

³⁰ *Ibidem*, p. 36.

ou de governo. Meirelles³¹, fundando nos ensinamentos de autores estrangeiros (como, por exemplo, Otto Mayer), distingue a atividade de administração da atividade de governo nos seguintes termos:

Comparativamente, podemos dizer que *governo* é atividade política e discricionária; *administração* é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. *Governo* é conduta independente, *administração* é conduta hierarquizada. O *Governo* comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; **a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução.** A *Administração* é o instrumental de que dispõe o *Estado* para pôr em prática as opções políticas do *Governo*. Isto não quer dizer que a Administração não tenha *poder de decisão*. Tem. Mas o tem somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria (*grifos do autor*) (grifos nossos).

Não concordamos com o referido posicionamento. Não há essa distinção de submissão normativa entre as duas atividades apontadas. A dita atividade administrativa submete-se tanto ao regime constitucional quanto legal, por aplicação direta do princípio da juridicidade. Da mesma forma, o que se chama de atividade política também se submete aos regimes constitucional e legal, não estando acima da lei. Pensar de forma contrária poderia levar à conclusão que os chefes de Estado poderiam agir *contra legem* no exercício do que se chama de atividade política, o que de forma alguma ocorre frente ao ordenamento jurídico nacional.

Na verdade, o que há é uma diferença de intensidade (quantitativa) entre a incidência dos regimes jurídicos legal e constitucional nas duas atividades, não existindo uma diferença qualitativa que justifique a diferenciação de uma nova função estatal. Nesse sentido, concordamos com o posicionamento defendido por Di Pietro³², apontando que não há uma relevante diferença material entre o que se chama de função política e função administrativa, pois em ambas há uma aplicação concreta da lei. O que há, na verdade, é uma preponderância na função política de atribuições que decorrem diretamente da Constituição, dizendo mais respeito aos interesses da nação/sociedade do que aos interesses individuais.

Bandeira de Mello também defende a existência da função política ou de governo como função estatal autônoma, apesar de asseverar que essa função estatal submete-se normalmente ao controle de juridicidade realizado pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV,

³¹ MEIRELLES, 2010, p. 66.

³² DI PIETRO, 2016, p. 83.

CRFB)³³. Moreira Neto, atento à incidência do princípio da juridicidade em todas as funções estatais, dá a seguinte solução para o impasse³⁴:

Como alternativa a reconhecer a existência autônoma dessa que seria uma quarta função jurídica do Estado — **uma admissão que importaria em retrocesso doutrinário, por sua incompatibilidade visceral com conceito dominante de juridicidade** — é suficiente considerar-se a possibilidade da abertura jurídica de uma discricionariedade política, que seria apenas atributiva de uma qualidade, ou conteúdo, próprios a determinadas escolhas de governo, que estaria juridicamente autorizada e limitada como uma especial qualificação de qualquer função cometida ao Estado pela ordem jurídica vigente (grifo nosso).

A solução proposta acima entende que o que se chama de função política seria apenas uma qualidade especial que pode ser observada no exercício de todas as funções estatais, seguindo o conceito triparte das funções do Estado, mas sem vincular a função política apenas à função administrativa. Parece ser a solução que melhor se conforma aos princípios da juridicidade e da inafastabilidade do controle jurisdicional, distinguindo a atividade política, mas sem deixar de levar em conta suas peculiaridades, decorrentes de maior amplitude decisória e da preponderância de submissão às normas constitucionais, lembrando, ainda, que as decisões políticas não se restringem aos órgãos do Poder Executivo.

Feita tal explanação acerca do sentido e amplitude do que se chama de função administrativa, resta agora enveredar pelo conjunto de princípios e regras que buscam disciplinar esse mesmo objeto, buscando estabelecer uma relação coerente e sistêmica entre os princípios basilares desse regime e as conexões estabelecidas frente às demais normas que o compõe.

2.3 O Regime jurídico-administrativo: definição de suas bases constitucionais

2.3.1 A busca pelo elemento “aglutinador” do regime jurídico-administrativo

A busca por um elemento “aglutinador” do regime jurídico-administrativo não é recente. A maioria esmagadora da doutrina aponta que o início do Direito Administrativo como ciência autônoma ocorreu a partir dos arestos do Conselho de Estado Francês, em meados do século XIX. Medauar também destaca o importante papel da doutrina europeia na

³³ MELLO, 2015, pp. 36-37.

³⁴ MOREIRA NETO, 2014, pp. 186-187.

evolução do Direito Administrativo, principalmente no que toca à enunciação de conceitos, princípios e estabelecimento de vínculos entre as normas que o isolam como ramo autônomo³⁵.

Foi essa doutrina europeia (principalmente os autores franceses) que começou a buscar um critério absoluto a partir do qual fosse possível isolar o que seria matéria afeta ao Direito Administrativo. O primeiro critério a ser enunciado pela doutrina francesa foi o da *puissance publique*, desenvolvida em meados do século XIX por Maurice Hauriou. A doutrina costuma apontar que não há uma tradução exata para o termo francês, significando algo próximo de “prerrogativas públicas”³⁶.

A Escola da *puissance publique* defendia a existência de determinados poderes de autoridade nos atos administrativos, que os distinguiria dos demais atos estatais. Nesse sentido, a distinção entre atos império e atos de gestão surge fundamentalmente do conceito de *puissance publique* exarado pela doutrina francesa. Como lembra Di Pietro, essa distinção chegou a ser critério na França para separar as competências da jurisdição administrativa da jurisdição comum, além de ter sido utilizada pelo Conselho de Estado para abrandar a tese da irresponsabilidade dos atos estatais, para começar a possibilitar a reparação civil por danos decorrentes de atos públicos³⁷. Esse critério não prevaleceu, pois sua aplicação acabava excluindo do âmbito do Direito Administrativo uma série de atos praticados sem prerrogativas públicas que continuavam regidas pelo direito público.

Logo depois surge o célebre critério do serviço público como nova pedra angular do Direito Administrativo, popularizado nos ensinamentos de Léon Duguit. Para a Escola do Serviço Público, o Estado apenas existiria para prover os serviços prestados à coletividade, de forma que o Direito Administrativo se resumiria às regras de organização e gestão dos serviços públicos, independentemente de qualquer regime jurídico.

A tentativa unificadora do Direito Administrativo acabou extravasando os limites da doutrina francesa e espalhou-se por outros países que começavam a sistematizar o Direito Administrativo, tal como a Alemanha, Itália, Espanha e Portugal³⁸. Os critérios aglutinadores multiplicaram-se na doutrina europeia, não cabendo a este trabalho esmiuçar todos os que se seguiram.

Como lembra Di Pietro³⁹, acabou-se aceitando majoritariamente o critério da

³⁵ MEDAUAR, 2004, p. 27 e ss.

³⁶ DI PIETRO, 2016, p. 73.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ MEDAUAR, 2004, pp. 29-45.

³⁹ DI PIETRO, 2016, p. 77.

administração pública (ou da função administrativa) para isolar o objeto do Direito Administrativo, sendo o critério adotado por autores como Otto Mayer, Jean Rivero, Laubadère, Ruy Cirne Lima, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho, dentre muitos outros. Como indicado no ponto inicial deste capítulo, é o que consideramos o mais acertado. Nesse sentido, o regime jurídico-administrativo seria o conjunto de normas que visa a disciplinar a função administrativa.

2.3.2 Elementos estruturais do regime jurídico-administrativo: proposta de definição

Definiu-se o objeto do regime jurídico-administrativo. Mas essa delimitação dos contornos do regime jurídico-administrativo não explicita o conteúdo material deste, mas sim sua moldura. Uma coisa é saber a que o regime jurídico-administrativo se volta. Outra é entender quais são as normas que lhe dão sustentação e como elas se relacionam com as demais que delas decorrem.

A doutrina é dissonante acerca de quais seriam os princípios que dão base ao regime jurídico-administrativo e acabam por estruturar toda a cadeia de regras e princípios que deles descendem.

Bandeira de Mello destaca em cores marcantes a necessidade de determinação de quais são os princípios básicos que conformam e dão base para a formação do regime jurídico-administrativo, estruturando-o como um sistema coerente e lógico a partir de sua compreensão sob uma perspectiva unitária⁴⁰.

Seguindo o raciocínio, Bandeira de Mello destaca a existência de dois princípios que seriam as “pedras de toque” de todo o regime jurídico-administrativo: I — princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; II — princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração. Para o autor, os referidos princípios dão sustentação às demais normas do regime jurídico-administrativo, chegando a afirmar que “todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios (...)”⁴¹.

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o autor aponta que seria um verdadeiro axioma do direito público. Em verdade, proclama a supremacia do interesse da coletividade sobre o interesse individual, justificando a posição privilegiada dos órgãos estatais e dando fundamento às restrições e sujeições especiais no

⁴⁰ MELLO, 2015, p. 53.

⁴¹ *Ibidem*, p. 57.

exercício da atividade pública.

Di Pietro parece ir no mesmo sentido de Bandeira de Mello, afirmando que o regime jurídico-administrativo “é reservado tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa”⁴². A autora afirma que o ordenamento jurídico outorga prerrogativas e privilégios à Administração Pública para que ela possa assegurar a consecução dessa supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Há um intenso debate na doutrina nacional acerca dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público sobre o privado. Humberto Ávila⁴³, Gustavo Binimbojm⁴⁴ e Daniel Sarmento⁴⁵ constroem uma sólida crítica ao referido “princípio” da supremacia do interesse público, sustentando, em apertada síntese, que esses princípios não teriam albergue constitucional (argumento normativo e sistêmico-constitucional) e, ainda, sequer poderiam ser considerados como “normas-princípios” (argumento lógico-conceitual).

Por conta do recorte metodológico deste trabalho, não adentraremos na extensa discussão que envolve o tema. Apenas apresentaremos nosso posicionamento, fincando os elementos fundantes do regime jurídico-administrativo a partir das ideias de juridicidade e hierarquia das normas constitucionais.

Como lembra Binimbojm, a ideia de vinculação positiva da Administração Pública apenas à lei formal entrou em franca crise no Direito Administrativo, sendo substituída pelo que vem se chamando de “princípio da juridicidade administrativa”⁴⁶. Tentando explicar o surgimento dessa crise legalista, o autor faz breve digressão histórica de onde extrai um conjunto de quatro razões que teriam motivado o surgimento dessa crise, caracterizando-a como “fenômeno universalmente observado”.

Essas razões, conforme o autor, seriam as seguintes⁴⁷: I — inflação legislativa, que

⁴² DI PIETRO, 2016, p. 92.

⁴³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o particular”. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, v.1, n. 7, Salvador, out. 2001.

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁶ BINENBOJM, 2008, p. 125 e ss.

⁴⁷ *Ibidem*.

acaba esvaziando a ideia de que a lei confere estabilidade às relações sociais, uma vez que a proliferação legislativa gera a impossibilidade material de conhecimento pelo cidadão de todas as leis a que ele se vincula; II — constatação histórica de que a lei pode ser fundamento para a barbáries, como nos períodos nazifascistas; III — o fato de a lei ter deixado de ser a principal forma de manifestação da vontade do povo a partir do triunfo do constitucionalismo, passando-se a se falar em um fenômeno de constitucionalização do direito; IV — o surgimento de novos atos normativos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa.

A crise da ideia de submissão da Administração Pública apenas à lei formal levou a sua substituição por uma sujeição normativa bem mais ampla, abrangendo todo o ordenamento jurídico, especialmente as regras e princípios constitucionais: formula-se, assim, a ideia do princípio da juridicidade administrativa. Essa “nova” amplitude do antigo princípio da legalidade é destacada modernamente por diversos autores, como: Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁸, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁹, Odete Medauar⁵⁰, dentre outros. Em sentido conclusivo, destacamos a seguinte lição de Binbenbojm⁵¹:

Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma — a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa* (grifos do autor).

Seguindo a lógica estabelecida pelo princípio da juridicidade, fixa-se a premissa que a *ideia de regime jurídico-administrativo é indissociável da hierarquia normativa estabelecida em nosso ordenamento jurídico*, com a Constituição da República estando no ápice da pirâmide normativa formulada por Kelsen⁵². Não há como dissociar a estrutura do regime jurídico-administrativo da pirâmide normativa estabelecida a partir da matriz constitucional.

Na verdade, vemos dois planos lógicos com formações distintas: 1º — estrutura

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 34.

⁴⁹ MOREIRA NETO, 2014, pp. 373-375.

⁵⁰ MEDAUAR, 2014, p. 141.

⁵¹ *Ibidem*, p. 142.

⁵² KELSEN, Hans. **A interpretação. Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

hierárquica do ordenamento jurídico, em que as normas se sobrepõem e encontram fundamento nas hierarquicamente superiores, formando a ideia de uma pirâmide, com a Constituição em seu ápice; 2º — estrutura sistêmica do regime jurídico administrativo, em que se isolam certas normas do ordenamento jurídico por conta de sua afetação ao mesmo objeto, criando um complexo de normas setorial. Nas palavras dos espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, o “ordenamento jurídico-administrativo é a porção do ordenamento jurídico geral que se afeta ou se refere à Administração Pública”⁵³.

Nessa perspectiva, apesar de não se confundirem, é certo que a estrutura hierárquica do sistema normativo exerce direta influência na constituição da estrutura sistêmica de certo regime jurídico, devendo ser mantida a coesão deste sem que se perca a ideia de hierarquia normativa estabelecida no primeiro. Tudo isso leva a uma conclusão lógica: as normas pilares de qualquer regime jurídico não podem ser outras que não as constitucionalmente estabelecidas, de onde deriva todo o complexo sistêmico de princípios e regras que completam o regime jurídico e formam um todo coeso. Binbenojm adota raciocínio semelhante⁵⁴:

Diante de um sem-número de fontes, a Constituição Federal de 1988, riquíssima em regras e princípios de direito administrativo, tem o destacado papel de cerne do sistema, **servindo de base para a sistematização de normas da disciplina**, além de ser ela própria uma fonte autônoma do direito administrativo. Daí o que se desenvolveu no tópico IV.2 acima, no sentido de que **a Constituição é o cerne da vinculação administrativa à juridicidade** (grifos nossos).

A Constituição é expressa ao determinar que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CRFB). Nesse sentido, observa-se que o próprio constituinte (originário ou mesmo reformador) estabeleceu em cores nítidas os cinco pilares que guiarão toda a atividade administrativa.

Em verdade, a defesa da existência de princípios implícitos é sempre complicada, principalmente partindo de um ponto de vista mais formalista. Não se nega, aqui, a existência desses princípios. Entendemos, porém, que para se extrair qualquer norma “implícita”, esta tem que guardar coesão com todas as normas explícitas que lhe dão tácita sustentação, de maneira que seu sentido extraí-se de maneira inequívoca, decorrente de uma interpretação

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 83.

⁵⁴ BINENBOJM, 2005, p. 147.

sistemática que não deixa dúvidas quanto à sua existência.

É como se essa norma implícita pulsasse das normas explícitas, partindo de uma espécie de silêncio eloquente normativo. Do contrário, acabar-se-ia entrando em uma grande relativização principiológica, em que cada autor apresenta sua formulação acerca dos “princípios implícitos do Direito Administrativo”, a despeito de qualquer previsão constitucional.

Em sentido análogo, Streck tece crítica semelhante ao destacar o que chama de “panprincipiologismo”, não obstante o foco dessa crítica seja a “criação” de princípios pelo Judiciário, e não pela doutrina⁵⁵. Streck aponta que se tornou usual no Judiciário brasileiro a utilização (ou mesmo criação) de “princípios” de acordo com o *sentire* de cada julgador, como forma de aplicar posicionamentos pessoais em decisões judiciais que deveriam ser, em tese, estritamente técnicas.

Tudo isso levaria a uma inconstitucional exacerbação da discricionariedade do julgador, alargando a amplitude decisória para limites extranormativos e gerando decisões judiciais subjetivas ou até arbitrárias. O autor não nega a importância da aplicação de princípios nas decisões judiciais, muito pelo contrário: a crítica reside na utilização dessa espécie de norma para “dobrar” as normas legais ou mesmo constitucionais. Destacamos o seguinte trecho⁵⁶:

Do mesmo modo, não se apegar à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, “trabalhar” com princípios (e aqui vai a denúncia do panprincipiologismo que tomou conta do “campo” jurídico de *terrae brasilis*) pode representar uma atitude (deveras) positivista. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais — sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) — é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo.

Superada essa crítica, resta fixar quais princípios implícitos incidirão como vetores de todo o regime jurídico-administrativo, unindo-se sistemicamente aos cinco princípios pilares estabelecidos pelo art. 37 da CRFB. Inegável, pois, a juridicidade dos princípios implícitos da proporcionalidade, razoabilidade e segurança jurídica, que palpitam de toda a lógica exarada nas normas dispostas na Constituição de 1988, reconhecidos pacificamente por praticamente toda a doutrina nacional. Diversas leis já positivaram os referidos princípios, como a lei que

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ**, Itajaí, v. 15, n. 1, 2010.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 170.

regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (art. 2º da Lei 9.784/99).

Essas normas-princípio, obviamente, também dão sustentação a todo regime jurídico-administrativo, até por decorrerem diretamente de uma interpretação sistemática da Constituição.

O princípio da segurança jurídica, na verdade, é considerado como um princípio geral do direito, escorando não só o regime jurídico-administrativo, mas todo complexo de regras e princípios que forma o sistema jurídico-positivo.

Nas palavras de Bandeira de Mello, o princípio da segurança jurídica atua como verdadeiro vetor normativo do sistema constitucional, sendo a “essência do próprio direito”, notadamente do Estado democrático de direito⁵⁷. Quanto a esse princípio implícito, não há como negar razão ao autor, até porque um dos principais fins do direito é propiciar um mínimo de estabilidade para desenvolvimento das relações sociais. Por força disso, o princípio da segurança jurídica relaciona-se umbilicalmente com a própria criação das normas jurídicas, sendo uma das razões de ser da positivação destas em textos escritos. Também compulsa de diversas normas constitucionais, tal como o art. 5º, XXXVI, da CRFB (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

Ao estruturar o regime jurídico-administrativo, o princípio da segurança jurídica estabelece um “estado de coisas” a ser buscado, ou seja, uma clara “prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade”⁵⁸.

Pelas próprias características intrínsecas desse “estado de coisas” que o princípio da segurança jurídica busca assegurar, essa norma-princípio acaba sendo um importante freio ao fenômeno do “panprincipiologismo” aqui identificado. Não há como compatibilizar a confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico com a criação casual de normas jurídicas (princípios e subprincípios) pelo Judiciário em decisões solipsistas, impulsionados pela *pseudo* produção legislativa que é levada a cabo pela própria doutrina.

Em verdade, esse princípio também guia e limita a forma de aplicação dos próprios princípios positivados pelo ordenamento jurídico, devendo haver um *iter procedimental* minimamente racional para extração da eficácia dessas normas jurídicas, sempre em

⁵⁷ MELLO, 2015, p. 127.

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 112.

consonância com o estado de coisas que busca proteger.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade também assumem papel central na construção dos elementos básicos que estruturam todo regime jurídico-administrativo, funcionando como espécie de válvula de segurança, quase que um “disjuntor normativo” para o controle dos excessos. Impedem, assim, que se dê albergue jurídico a condutas irrazoáveis, inadequadas, desnecessárias ou não proporcionais estritamente. Com efeito, atuam evitando que a aplicação “fria” das demais normas do regime jurídico-administrativo dê fundamento a condutas não tuteladas pela ordem jurídica constitucional, principalmente partindo de uma ideia de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo e de valorização da dignidade da pessoa humana⁵⁹.

Dentro desse contexto, destacamos a solução proposta por Humberto Ávila⁶⁰, que entende que os referidos princípios da proporcionalidade e razoabilidade seriam classificados, na verdade, como “postulados normativos específicos” ou “metanormas”. Para o autor, esses postulados normativos diferenciam-se dos princípios e das regras pois se voltam a orientar a aplicação destes, atuando como espécies de “metanormas”. Ainda conforme esse autor:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios⁶¹ e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível; os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam no metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Transpondo essa ideia para o Direito Administrativo, esses postulados estruturariam a aplicação de todas as demais normas do regime jurídico-administrativo. Os princípios (ou postulados) da razoabilidade e proporcionalidade e sua relação com o princípio da eficiência serão analisados pormenorizadamente em tópico próprio desta obra. Neste ponto perfunctório, cabe apenas destacar a importância dessas normas (ou metanormas) como vetores que

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 163 e ss.

⁶¹ *Ibidem*, p. 164.

incidem na aplicação e coesão de todo o regime jurídico-administrativo.

Em resumo, fixa-se a seguinte conclusão: o regime jurídico-administrativo só pode ter por base as próprias normas constitucionais, sejam expressas ou implícitas. Quanto a essas últimas, sua determinação deve ser sempre *cum grano salis*, em que a extração ocorre apenas quando há um verdadeiro silêncio eloquente da Constituição de 1988.

Com efeito, é inegável que a eficiência, a partir de sua constitucionalização pela atuação do constituinte derivado reformador (EC n.º 19/98), acaba assumindo o papel de um dos pilares de todo o regime jurídico-administrativo, guiando toda a atuação da Administração Pública e a própria fixação das demais normas que compõem a estrutura sistêmica do regime jurídico-administrativo. Como bem aponta Fortini, a eficiência passa a encontrar-se na própria raiz de todo o Direito Administrativo⁶².

⁶² FORTINI, Cristiana. PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo Administrativo: comentários à Lei nº 9.784/199**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 70.

3. A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E SUA UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO DE CONTROLE JUDICIAL

3.1 A evolução dos princípios como espécies de normas jurídicas

3.1.1 O começo da distinção entre regras e princípios

No primeiro capítulo deste trabalho, buscamos dispor sobre a inserção do princípio da eficiência no núcleo principiológico do regime jurídico-administrativo. Em verdade, houve uma nítida preocupação em situar esse princípio na indiscutível posição de norma-guia de todo o regime jurídico-administrativo com os outros quatro princípios que compõem o art. 37 da CRFB.

Costuma-se afirmar que os princípios passaram a ser considerados como espécies de normas jurídicas a partir dos célebres estudos de Ronaldo Dworkin⁶³ e Robert Alexy⁶⁴, que praticamente pacificaram a distinção biforme das normas jurídicas entre regras e princípios. Nas palavras de Alexy: “toda norma é uma regra ou um princípio”⁶⁵.

Na verdade, esses foram os autores que realizaram uma distinção acentuada entre as regras e os princípios⁶⁶. À época da ebulição dos estudos de Dworkin e Alexy já se discutia na doutrina estrangeira — principalmente alemã — a apresentação de uma distinção entre regras e princípios, mas que ainda mostrava-se tímida frente às construções disjuntivas propostas pelos autores acima.

Como lembra Ávila, Claus W. Cannaris distinguia os princípios por conta de seu conteúdo axiológico, carecendo de uma concretização a partir de um processo dialético de complementação e limitação⁶⁷. Karl Larenz, por outro lado, defendia que os princípios diferenciar-se-iam das regras por se vincularem à ideia de direito, sendo fundamento normativo para interpretação e aplicação do direito⁶⁸.

Mesmo com os trabalhos desses e de outros autores estrangeiros, a consolidação e ampla difusão da distinção entre normas e princípios apenas ocorrem com Alexy e Dworkin. Ainda que haja diversas diferenças metodológicas e conceituais entre as construções teóricas de ambos os autores, é certo que também há pontos comuns que confluem para identificá-los

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 91.

⁶⁶ ÁVILA, 2015, p. 59.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁸ ALEXY, op. cit., p. 88.

como expoentes na especificação das normas em duas espécies distintas⁶⁹.

3.1.2 A distinção qualitativa de Robert Alexy

Robert Alexy, partindo de uma tentativa de construção de sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” (cuja primeira edição foi publicada em 1986, na Alemanha), começa lembrando que a distinção das normas entre regras e princípios não era novidade à época. O que o autor se propõe a fazer, na verdade, é estabelecer critérios precisos que possam delinear claramente essa distinção, buscando dar um caráter sistemático à divisão dúplici das espécies de normas jurídicas⁷⁰.

Para o autor, havia uma volatilidade desconcertante nos conceitos de regras e princípios apresentados pela doutrina. As terminologias e critérios distintivos surgiam de forma demasiadamente imprecisa, confundindo-se, muitas vezes, com ideias estranhas às espécies normativas propostas (como, por exemplo, no caso dos “valores”). Foi esse enfoque sistemático que popularizou e consolidou a construção teórica apresentada pelo autor. Em verdade, a sua maior contribuição foi estabelecer uma distinção lógica e sistematicamente coesa.

Alexy afirma que a doutrina costumava apresentar os seguintes critérios para distinguir as normas dos princípios⁷¹: I — critério da generalidade: os princípios seriam caracterizados por serem dotados de um alto grau de generalidade, enquanto as regras possuiriam um baixo grau de generalidade, sendo mais específicas (Joseph Raz, George Christie, dentre outros); II — critério da determinabilidade dos casos de aplicação (Josef Esser); III — forma de surgimento: normas criadas ou desenvolvidas (Samuel Shuman); IV — existência ou não de um axiologismo explícito (Carl Canaris); V — a referência a uma ideia de direito (Karl Larenz) ou mesmo a lei jurídica suprema (Hans Wolff); VI — grau de importância para a ordem jurídica; VII — ser razão para a construção de uma regra ou a regra propriamente dita (Josef Esser e Karl Larenz); VIII — qualidade da norma: de argumento ou comportamento (Hyman Gross).

Alexy ainda aduz que o critério distintivo mais utilizado pela doutrina é o da generalidade, diferenciando os princípios das regras a partir do grau de abstração existente. O autor alemão aponta que todos os critérios usualmente citados pela doutrina — se tomados

⁶⁹ JUSTEN FILHO, 2012, pp. 136-137.

⁷⁰ ALEXY, 2008, p. 86.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 88-89.

isoladamente — seriam inócuos para se isolar de forma precisa o que seria uma norma-princípio do que consubstanciaria uma regra. Assim, acaba apresentando um novo fundamento de distinção entre regras e princípios que, apesar de não negar nenhum dos critérios tradicionais, também não os considera como critérios decisivos⁷².

O ponto central para Alexy seria o fato de os princípios se mostrarem como normas “que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁷³. Dessa forma, os princípios seriam verdadeiros “mandamentos de otimização”, podendo ser satisfeitos em diferentes graus. Além disso, sua satisfação dependeria não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, que se apresentariam conforme os princípios e/ou regras colidentes no caso concreto.

As regras, por outro lado, são sempre satisfeitas ou não satisfeitas: possuem verdadeiras determinações dentro daquilo que é fática e juridicamente possível. Em verdade, aqui o autor deixa expresso que a diferença entre as regras e os princípios é qualitativa, e não uma distinção de grau (quantitativa)⁷⁴.

Esse é o núcleo duro do critério proposto por Alexy. Nota-se que há uma distinção na própria natureza do conteúdo dessas normas, uma vez que os princípios ordenam um mandamento de otimização enquanto as regras fixam verdadeiras determinações. O grau de aplicação seria uma consequência direta da diferença qualitativa entre essas duas normas, não sendo o verdadeiro critério diferenciador.

Alexy não nega que os princípios e regras aplicam-se em diferentes graus a partir de uma nítida diferença quantitativa. Como já foi exposto, o autor considera todos os critérios de grau (quantitativos) como “típicos” (ainda que não decisivos), auxiliando na distinção entre as duas espécies de normas. O que refuta, em verdade, é que esse grau de aplicação (quantitativo) seja o critério diferenciador fundamental dessas espécies de normas.

3.1.3 A distinção lógico-normativa de Ronald Dworkin

Igualmente, esse aspecto da obra de Alexy é a principal distinção frente à teoria dworkiana. Para Dworkin, a distinção entre os princípios e regras seria de natureza lógica. O autor afirma que tanto as regras como os princípios seriam conjuntos de padrões que apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica tomada em circunstâncias específicas:

⁷² ALEXY, 2008, p. 90.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 91.

deveras, distinguir-se-iam pela natureza das orientações que oferecem⁷⁵.

As regras seriam aplicadas a partir do *all-or-nothing fashion* (método do tudo-ou-nada): partindo dos fatos que são estipulados abstratamente na hipótese normativa, ou a regra é válida e aplica-se integralmente à decisão, ou é “inválida”⁷⁶ e de nada serve para resolução do problema legal. Por outro lado, os princípios como espécie de norma jurídica apresentar-se-iam como “tipos particulares de padrões”, pois enunciam uma razão que conduz a decisão à certa direção, mas ainda assim necessitam de uma decisão particular⁷⁷. Isso ocorre pois podem haver outros princípios que acabem conduzindo a razão decisória em direção contrária, havendo a possibilidade de não prevalência concreta do princípio inicialmente analisado.

Apesar de Dworkin não falar expressamente em “ponderação”, o que esse autor está querendo dizer é exatamente o que se afirma nesta ideia: os princípios, para Dworkin, são aplicados de forma gradual e ponderada de acordo com as circunstâncias fáticas de cada decisão concreta. Aproxima-se, assim, do critério da “determinabilidade”, em que os princípios diferenciam-se das regras por necessitarem de uma determinação por medidas concretizadoras, enquanto as regras podem ser aplicadas direta e integralmente. Em outras palavras: “As diferenças entre princípios e regras mostra-se ainda mais relevante no processo de aplicação. O princípio é concretizado por meio de um processo de ponderação, enquanto a regra é aplicada por meio de um processo de subsunção”⁷⁸.

Nesse sentido, a diferença entre as duas espécies de normas destacada por Dworkin também se refere ao modo de aplicação destas, mas sempre derivado da distinção de sua estrutura lógica. Em síntese: para Dworkin, a distinção no modo de aplicação dessas normas decorre diretamente de sua diferença na estrutura lógica, relacionada ao modo de aplicação dessas normas; para Alexy, o contraste no modo de aplicação deriva da diferença na própria natureza do comando nuclear dessas espécies de normas.

Percebe-se que tanto Dworkin quanto Alexy adotam um critério qualitativo de distinção das espécies normativas, mesmo que com diferenças substanciais: enquanto o primeiro foca na estrutura lógica das normas e no próprio modo de aplicação, o segundo formula sua distinção baseada na natureza do comando de cada espécie de norma. Ávila reforça essa conclusão apontando que a cisão apresentada por Dworkin distancia-se das demais por não ser uma distinção de grau, mas sim quanto à estrutura lógica dessas normas,

⁷⁵ DWORKIN, 2002, p. 39.

⁷⁶ Apesar de o tradutor da obra de Dworkin ter utilizado a expressão “inválida”, pensamos que o mais correto seria “não aplicável”, uma vez que não se trata de um problema de validade ou invalidade da norma.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, 2012, p. 138.

baseada em critérios eminentemente classificatórios⁷⁹.

Dworkin ainda afirma que essa diferença inicial (lógica) conduziria a outra distinção entre estas espécies de normas: os princípios possuem uma dimensão não existente nas regras, a dimensão do peso e da importância⁸⁰. Em caso de colisão de princípios, o hermenauta teria que levar em consideração a força relativa (peso e importância) de cada um dos princípios colidentes, de forma que essa dimensão seria parte integrante do próprio conceito de princípio. Essa dimensão não existe nas regras, em que se limita a investigação ao plano da validade: ou são importantes (aplicam-se ao caso concreto) ou desimportantes (não se aplicam).

3.1.4 J. J. Gomes Canotilho e a aproximação com as teorias de Alexy e Dworkin

José Joaquim Gomes Canotilho também incorpora a divisão dúplice das espécies normativas, apontando os seguintes critérios para diferenciação das regras e princípios (como espécies do “superconceito” de norma)⁸¹: I — grau de abstração: os princípios possuem um maior grau de abstração frente às regras (é o critério da “generalidade” lembrado por Alexy); II — grau de “determinabilidade” na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam ser “determinados” a partir de medidas concretizadoras, enquanto as regras podem ser aplicadas direta e integralmente (esse critério aproxima-se da ideia apresentada por Dworkin, como será exposto); III — caráter de fundamentalidade no sistema de fontes: os princípios são normas com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica ou mesmo condição estruturante do sistema jurídico; IV- proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito (dever ser), enquanto as regras podem possuir conteúdo meramente funcional; V — natureza normogénética: princípios são os fundamentos (base ou *ratio*) da própria construção das regras.

O mestre português afirma que todos esses critérios podem ser utilizados como ferramentas para a complexa tarefa de distinção entre princípios e regras. Para Canotilho, essa complexidade decorre da ausência de resposta para duas questões fundamentais: a) se os princípios têm função retórico-argumentativa ou são normas de conduta; b) saber se existiria um denominador comum entre regras e princípios, variando apenas conforme o grau ou se

⁷⁹ ÁVILA, 2015, p. 57.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 166-167.

existiria uma diferença qualitativa entre as duas espécies normativas⁸².

Em resposta à primeira pergunta, Canotilho destaca que os princípios são multifuncionais, podendo exercer a função argumentativa/retórica (como verdadeiros cânones de interpretação) ou mesmo revelando normas de conduta não expressas, possibilitando aos juristas (sobretudo os juízes) o desenvolvimento, integração e complementação do sistema jurídico⁸³. Em verdade, o autor português acaba explicitando três espécies de eficácia das normas-princípios: I — eficácia interpretativa⁸⁴; II — eficácia positiva ou simétrica⁸⁵; eficácia integrativa⁸⁶. Dissertaremos sobre essas modalidades de eficácia no próximo tópico, ao tratar da consolidação da força normativa dos princípios.

No que toca à segunda pergunta, Canotilho — ciente das soluções apresentadas por Alexy e Dworkin — acaba aproximando-se da construção proposta pelo autor alemão, mesmo que utilize certas características da teoria filosófico-normativa dworkiana. Inicialmente, afirma de forma expressa que há uma verdadeira diferença qualitativa entre os princípios e as regras, indo na mesma direção de Alexy. Aponta, assim, que os princípios são “normas jurídicas impositivas de uma *otimização* compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos” enquanto as regras se apresentariam como “normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all or nothing fashion*)”⁸⁷.

Essa diferença qualitativa geraria uma diferença quantitativa, reverberando no próprio modo de aplicação dessas normas. Assim, em caso de conflito entre princípios, esses podem ser objeto de harmonização e ponderação, pois “contêm apenas «exigências» ou «standards» que, em «primeira linha» (*prima facie*), devem ser realizados”⁸⁸. As regras, por outro lado, possuem “fixações normativas” definitivas, sendo inviável juridicamente a aplicação simultânea de duas regras colidentes.

Por fim, aproximando-se da segunda característica assentada por Dworkin, Canotilho destaca que os princípios suscitam questões de peso e validade, abrangendo os conceitos de importância, valor e ponderação. Em sentido oposto, as regras só desencadeariam questões de

⁸² CANOTILHO, 1993, p. 167.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 96.

⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010, p. 12.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Principi generali di Diritto**. Novissimo Digesto Italiano, v. 13. Turim, 1957, pp. 895-896.

⁸⁷ CANOTILHO, op. cit.

⁸⁸ *Ibidem*.

validade: ou são válidas e aplicáveis ou inválidas e inaplicáveis. Sintetizando a distinção das construções apresentadas por Dworkin e Alexy, Ávila arremata⁸⁹:

A distinção entre princípios e regras — segundo Alexy — não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes (grifos do autor).

Apesar das diferenças de premissas, a distinção disjuntiva entre regras e princípios apresentada por Alexy e Dworkin enraizou-se tanto na doutrina pátria quanto na alienígena. Nada obstante, a diferenciação bifocal das espécies normativas — apesar de ser majoritária e amplamente difundida — não é unânime. Alguns autores defendem a divisão das normas jurídicas em três espécies distintas, com a terceira espécie variando conforme a construção de cada autor. Veremos a seguir.

3.1.5 A hegemonia da carga valorativa dos princípios

Para Bonavides, a corrente da “jurisprudência dos valores” forma a espinha dorsal da Nova Hermenêutica na idade do pós-positivismo e da Teoria Material da Constituição⁹⁰. Essa teoria, segundo o mesmo autor, forneceria todo instrumental necessário para interpretação e aplicação do que chama de “tríade normativa”, composta pelas regras, princípio e valores. A autora Coelho afirma que há uma ala da doutrina espanhola (Perez Luño, Pietro Sanchis e Eduardo García de Enterría) que se refere expressamente a essa “tríade normativa”, adotando os valores como espécie de norma a partir dos ensinamentos da jurisprudência dos valores, seguida também por Bonavides⁹¹.

Todavia, não é o que se depreende da obra desse último autor. Apesar de realmente referir-se à tríade normativa disposta pela ala da jurisprudência dos valores, Bonavides parece incorporar a ideia de valor dentro da própria estrutura material dos princípios jurídicos. Em verdade, Bonavides trata a escola da “jurisprudência dos valores” como sinonímia da corrente

⁸⁹ ÁVILA, 2015, pp. 59-60.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 284.

⁹¹ COELHO, 2004, p. 68.

denominada “jurisprudência dos princípios”, o que já denota sua interessante posição acerca do tema.

Para o autor, os princípios são dotados de superioridade e hegemonia na pirâmide normativa, supremacia que abarcaria não só o aspecto formal, mas sobretudo o material, uma vez que os princípios podem ser “compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”⁹². Em síntese: enquanto as regras vigem, os princípios valem, com os valores que neles se inserem apresentando-se em diferentes graus⁹³.

Assim, acaba explicitando duas facetas distintas dos princípios que se inter-relacionam: além de possuírem alcance de norma, também se traduziriam por uma dimensão valorativa que, a partir da previsão de valores fundamentais, governariam a Constituição e o próprio regime jurídico. Os princípios, além de classificarem-se como espécie normativa, representariam o “direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”⁹⁴. Bonavides sepulta qualquer dúvida acerca de sua concordância com a distinção dúplici entre regras e princípios, com os valores sendo expressos no próprio núcleo material desses últimos, ao afirmar que⁹⁵:

Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.

3.1.6 As diretrizes como espécie de norma jurídica: análise crítica

Por outro lado, Justen Filho apresenta uma distinta teoria tripartida das espécies normativas, entendendo que as regras e os princípios convivem no mesmo nível normativo das “diretrizes”, apresentando-se como espécies distintas do mesmo gênero. Ademais, também aponta a existência de conteúdo normativo em espécies normativas atípicas (“direito flexível”), possuindo nítido conteúdo residual⁹⁶.

Justen Filho afirma que a própria Constituição alude a certas “diretrizes”, figura

⁹² BONAVIDES, 2004, p. 288.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 289.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 288.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, 2012, p. 140.

normativa que não se confundiria nem com os princípios nem com as regras. Deveras, a diretriz consagraria a “eleição de fins a serem atingidos e a escolha de soluções para questões práticas pertinentes ao tema”⁹⁷. Positiva, assim, as políticas que devem ser adotadas para guiar certa atividade, consubstanciando-se no instrumento normativo para veiculação e implementação das políticas públicas.

Para o autor, o exemplo típico dessa espécie normativa seria o art. 3º da CRFB de 1988, em que o constituinte originário consagra as diretrizes do ordenamento jurídico nacional ao estabelecer os “objetivos fundamentais” da República Federativa do Brasil. Como exemplo, afirma que o inciso I (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”) não pode ser considerado nem um princípio nem uma regra, estabelecendo autêntica diretriz ao fincar uma finalidade a ser atingida.

Essas espécies normativas possuem uma “intensidade vinculante variável”, pois, em alguns casos, a adesão à diretriz pode ser uma escolha voluntária do sujeito, enquanto em outros seria diretamente vinculante, mesmo que não disciplinasse exaustivamente os aspectos da conduta desse mesmo sujeito.

O autor ainda admite outras manifestações normativas atípicas, que insere dentro da ideia de “direito flexível”. Justen Filho afirma que “a complexidade da sociedade contemporânea e a riqueza das manifestações da atividade administrativa se traduzem em figuras normativas crescentemente diferenciadas”⁹⁸, sendo inviável dispor sobre o direito normatizado ao mesmo tempo em que se ignora essa pluralidade de manifestações estatais heterogêneas. *Exempli gratia*, cita o estabelecimento de metas no plano plurianual: apresenta nítida natureza normativa a despeito de não ser nem uma regra, nem um princípio.

Ainda nesse sentido, tanto as diretrizes quanto essas manifestações atípicas não estabelecem disciplina exaustiva, precisa e exata para regulação das condutas dos sujeitos. Em sentido contrário, fixam modelos genéricos, metas a serem atingidas ou mesmo os resultados pretendidos.

Nada obstante, não visualizo a distinção apontada pelo autor. As diretrizes podem ser facilmente situadas como espécies de normas-princípios, tendo nítido caráter programático. Como apontam Silva⁹⁹ e Canotilho¹⁰⁰, os princípios constitucionais fundamentais visam a definir e caracterizar a coletividade política e enumerar as principais políticas constitucionais,

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 141.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 93-94.

¹⁰⁰ CANOTILHO, 1993, p. 167 e ss.

apresentando-se como “a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas”¹⁰¹.

Segundo Silva, esses princípios constitucionais fundamentais ainda poderiam ser divididos em duas espécies básicas¹⁰²: I — princípios político-constitucionais (ou princípios políticos constitucionalmente conformadores): constituem as decisões políticas fundamentais que foram concretizadas em normas-princípios pelo ordenamento jurídico, condensando as opções políticas nucleares e refletindo a ideologia inspiradora da Constituição¹⁰³; II — princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica (ou princípios constitucionais impositivos): podem ser considerados como desdobramento dos fundamentais, como os princípios da legalidade, isonomia, autonomia individual etc.

Nessa perspectiva, as diretrizes do art. 3º da CRFB incluem-se facilmente dentro da categoria dos princípios político-constitucionais, estabelecendo mandamentos programáticos relativos à organização da sociedade. Incluem-se, ainda, dentro do próprio conceito de norma-princípio proposto por Alexy, já que também estabelecem verdadeiros “mandamentos de otimização”, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁰⁴. Aliás, a eficácia programática ou diretiva dos princípios é citada por diversos autores, como Bobbio¹⁰⁵ e Ferraz Júnior¹⁰⁶.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado fora do âmbito constitucional, quanto às demais “diretrizes ou manifestações normativas atípicas” citadas por Justen Filho. Ademais, todas essas normas possuem nítido caráter vinculante, mesmo que estejam limitadas factualmente pela reserva do possível. Discordamos do conceito de “intensidade vinculante variável” apresentado pelo autor, visto que não há uma liberdade de escolha quanto à aderência ou não aderência aos mandamentos de otimização estabelecidos por essas normas-princípios, independentemente de sua posição na hierarquia normativa. O próprio caráter normativo fixa o caráter vinculante dessas normas (imperatividade), em maior ou menor medida. A discricionariedade, quando existente, está sempre sujeita à moldura normativa pré-estabelecida.

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 50.

¹⁰² *Ibidem*, p. 94.

¹⁰³ CANOTILHO, 1993, p. 172.

¹⁰⁴ ALEXY, 2008, p. 90.

¹⁰⁵ BOBBIO, 1957, p. 895.

¹⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 201.

3.1.7 A Teoria dos Princípios de Humberto Ávila

3.1.7.1 Normas de primeiro grau (regras e princípios)

De todas as tentativas de superação da distinção bifocal entre regras e princípios, a que mais destacou-se no contexto nacional foi a proposta por Ávila¹⁰⁷. Esse autor faz uma releitura estrutural de toda “Teoria dos Princípios” a partir de um viés sistemático, com forte inspiração na doutrina alemã.

A primeira distinção feita por Ávila é quanto ao grau das normas: essas podem ser de primeiro grau (regras e princípios) ou mesmo de segundo grau (postulados normativos). Percebe-se que Ávila também propõe uma classificação tricotômica das normas jurídicas, mesmo que as diferencie em distintos graus.

O autor parte de uma análise crítica dos critérios de distinção entre regras e princípios já enunciados pela doutrina para chegar à sua própria formulação. Não cabe a essa análise apresentar todas as críticas de Ávila, muito menos sua extensa lista de critérios aptos a diferenciar as regras dos princípios. Destacarei apenas os pontos centrais que guardam pertinência com o que se expõe.

Ávila ressalta que a técnica de ponderação não é um método privativo da aplicação dos princípios, não podendo ser um critério distintivo. Nesse sentido, a atividade de ponderação pode ocorrer entre regras que abstratamente convivam, mas que, concretamente, entram em conflito: em alguns desses casos a solução dessa antinomia ocorre com a atribuição de um maior peso a uma delas, sem que se declare sua invalidade¹⁰⁸. Nas palavras do autor¹⁰⁹:

O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência de ponderação de razões, mas — isto, sim — quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação: no caso da relação entre regras gerais e regras excepcionais o aplicador — porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras — possui menor e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta; no caso do imbricamento entre princípios o aplicador — porque, em vez de descrição, há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado — possui maior espaço de apreciação, na

¹⁰⁷ ÁVILA, 2015.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 76.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 78.

medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas (grifos nossos).

Essa mesma atividade de ponderação de regras também pode ser observada na decisão a respeito da aplicabilidade de certo precedente judicial ao caso em exame, ou mesmo na utilização de métodos integrativos e argumentativos do direito, como analogia e o *argumentum in contrario*. Tudo isso afasta qualquer relação de exclusividade entre a técnica de ponderação e a aplicação de princípios.

Ávila também discorda da atribuição de uma dimensão de peso e importância aos princípios, tal como defende Dworkin. Na verdade, o autor ressalta a incoerência tanto da afirmação que somente os princípios possuem dimensão de peso e importância, como da que enfatiza que os princípios sempre possuem essas mesmas dimensões. Com efeito, a dimensão axiológica seria elemento integrante de qualquer espécie de norma jurídica: os métodos extensivos e restritivos de interpretação confirmam o que se afirma. Igualmente, a dimensão de peso não é algo que esteja incorporado à própria estrutura intrínseca da norma, pois as normas (de primeiro grau) não regulam sua própria aplicação: “é a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstâncias do caso concreto”¹¹⁰.

Afirma ainda que os princípios não seriam mandados de otimização, tal como defendia Alexy. Qualquer mandado se consubstanciaria em uma verdadeira regra propositiva: quanto ao mandado de otimização, ou se otimiza ou não se otimiza. Assim, diria respeito ao próprio uso do princípio: o conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação.

Ávila mira o exame da estrutura dos princípios como normas jurídicas para tentar encontrar um processo racional de fundamentação “que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais”¹¹¹. Isso é o que chama de “dissociação justificante”.

Ademais, ainda distingue os princípios das regras a partir de três outros prismas: dissociação abstrata, dissociação heurística e dissociação em alternativas inclusivas. A dissociação abstrata formulada por Ávila interessa imensamente a este trabalho, seja para analisar a discricionariedade decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados ou mesmo para o estudo do controle judicial da eficiência administrativa propriamente dito.

Nesse sentido, existem os seguintes planos de análise das normas (“dissociação

¹¹⁰ ÁVILA, 2015, p. 82.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 87.

abstrata”): I — plano preliminar de análise abstrata das normas (ou plano *prima facie* de significação); II — plano conclusivo de análise concreta das normas (ou nível *all things considered* de significação)¹¹². A partir dessa dissociação, Ávila lembra que os critérios utilizados pela doutrina muitas vezes manipulam elementos concretos para a interpretação abstrata das normas, o que demonstra clara incoerência.

A dissociação heurística ocorre pois a distinção entre princípios e regras deixa de ter um valor empírico, não sendo possível antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em sentido contrário, transforma-se em uma distinção de “valor heurístico”, com a hipótese normativa funcionando como modelo de trabalho (plano abstrato) para posterior reconstrução do conteúdo normativo (nível concreto). Por fim, a dissociação em alternativas inclusivas admite a coexistência de espécies normativas em um mesmo dispositivo: pode haver regras, princípios e postulados no mesmo dispositivo (texto) legal ou constitucional.

Partindo dessas dissociações e de diversos critérios distintivos, Ávila finalmente chega à sua proposta conceitual. Para ele, princípios são normas “imediatamente finalísticas”, estabelecendo um fim a ser atingido: o elemento constitutivo do fim seria a fixação de um conteúdo como pretendido. Nas palavras do autor¹¹³:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

A despeito da excelente sistematização proposta pelo autor, não vejo grandes diferenças práticas frente à distinção apontada por Alexy. Esse autor, apesar de realmente identificar a ponderação como técnica de aplicação dos princípios, não utiliza o modo de aplicação como critério distintivo. Como demonstrado por Ávila, não há exclusividade entre a técnica de ponderação e a espécie norma-princípios. Todavia, mesmo não havendo tal exclusividade, é inegável que há uma diferença quantitativa, sendo muito mais comum que se pondere em um conflito de princípios do que em uma antinomia aparente de regras.

¹¹² ÁVILA, 2015, p. 89.

¹¹³ *Ibidem*, p. 102.

Ademais, pensamos que todo mandamento de otimização também seria um comando finalístico. É certo que há uma diferença conceitual entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados. Todavia, entendemos que o comando de otimização é premissa intrínseca aos comandos para serem otimizados (fins propriamente ditos).

Se todo princípio visa a imediatamente um fim, tal como apresentado na definição proposta por Ávila, consequentemente objetiva a otimização em direção à completude desse fim. A existência de valores para serem otimizados, na verdade, pressupõe um comando prévio de otimização. Portanto, não observamos a distinção apontada por Ávila. Alexy estabelece um comando finalístico genérico como intrínseco a todos os princípios, vinculando o comando normativo aberto a um fim a ser atingido a partir da ideia de otimização. Ávila também o faz, mas com diferentes palavras.

Por todo o exposto, não há conflito entre as construções dos dois autores: o que Ávila faz, em verdade, é distinguir um comando prévio (quase uma premissa) do próprio fim a ser otimizado, que quando é disposto no texto legal aparece como um todo coeso e indissociável. Se há uma finalidade, há necessariamente a busca pela sua realização, que se dá por meio de uma tentativa de otimização.

Ademais, também não é precisa a afirmação de que o mandamento de otimização seria uma regra, dado que “ou se otimiza ou não se otimiza”. A otimização pode ocorrer em diferentes graus, assim como a “não otimização”, que se caracteriza por ser o movimento inverso a partir do parâmetro definido como *status quo*. Em verdade, esse questionamento apenas define qual é o sentido a que o movimento dinâmico se dirige: no sentido de aproximação do fim visado ou no sentido de afastamento.

A ideia inserta na busca pelo ótimo é fluida e relativa, sendo praticamente infinita: em tese, a otimização é sempre possível e nunca será completa, assim como a não otimização. Em termos populares: sempre há algo que melhorar, da mesma forma que sempre há como piorar. Nessa lógica, refutamos o caráter absoluto atribuído por Ávila ao mandamento de otimização, que sempre será relativo.

3.1.7.2 Normas de segundo grau (postulados normativos)

Ávila ainda defende a existência de “normas de segundo grau”: os “postulados normativos” ou “metanormas”, sendo espécies de normas de segundo grau pois estruturam a

aplicação das outras normas de primeiro grau (princípios e regras)¹¹⁴. Esses postulados ainda seriam divididos em: a) postulados hermenêuticos, que se prestam à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, auxiliando na escolha da aplicação normativa (ex.: postulado da unidade do ordenamento jurídico); b) postulados aplicativos, que se prestam para solucionar questões que surgem na aplicação do Direito, como antinomias contingentes concretas e externas (exemplos: postulados da proporcionalidade, razoabilidade, proibição do excesso e eficiência)¹¹⁵.

Os postulados diferenciar-se-iam das regras e dos princípios por conta das seguintes características¹¹⁶: I — situam-se em outro nível normativo: enquanto os princípios e regras seriam normas objeto da aplicação, os postulados são normas que estruturam a aplicação de outras; II — não possuem os mesmos destinatários: os princípios e regras são primariamente dirigidos ao poder público e aos contribuintes¹¹⁷, os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do direito; III — não se relacionam da mesma forma com as normas: os princípios e regras situam-se no mesmo nível normativo, relacionando reciprocamente, enquanto os postulados situam-se em um metanível, orientando a própria aplicação dos princípios e regras.

Analisando as proposições do autor, não identificamos tais diferenças. No que toca aos destinatários das normas jurídicas (ou mesmo postulados jurídicos), não há distinção: todas as normas são direcionadas tanto aos intérpretes e aplicadores do direito quanto à sociedade em geral, incluindo o Poder Público. Afinal, como recorda Larenz, as normas jurídicas são tanto normas de conduta para os cidadãos, como normas de decisão para os tribunais¹¹⁸.

Pode haver uma diferença de grau (quantitativa), uma vez que as normas (ou postulados) que estruturam a aplicação de outras são usualmente utilizadas pelos intérpretes e aplicadores do direito. Porém, nunca de destinatários propriamente ditos. Pensar dessa forma poderia levar à conclusão de que os “postulados” da proporcionalidade e razoabilidade não foram direcionados aos cidadãos, o que seria um contrassenso jurídico.

Além disso, notamos que a primeira e terceira características são praticamente idênticas, com a última decorrendo da primeira. Essa ideia de estruturação da aplicação de outras normas não é específica do que o autor chama de “postulados”. Trata-se, na verdade,

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na atividade administrativa**. v.1, n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 8.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 8-10.

¹¹⁶ ÁVILA, 2015, p. 164.

¹¹⁷ Apesar de Ávila referir-se aos “contribuintes” na obra original, pensamos que o autor referia-se aos “administrados” ou “cidadãos”.

¹¹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 349.

de um atributo singular que pode ser observado tanto nos princípios quanto nas regras. O princípio da segurança jurídica, por exemplo, apesar de conter um comando eminentemente finalístico (busca promover um “estado de coisas”¹¹⁹), acaba influenciando e estruturando a aplicação de todas as regras e princípios do ordenamento jurídico, inclusive do “postulado” da eficiência.

Por outro lado, as regras de interpretação e integração do direito (classificadas por Ávila como normas de primeiro grau), tal como as dispostas na LINDB, também se prestam a estruturar a aplicação de outras regras do ordenamento jurídico. Essas normas, em verdade, possuem função dúplice: além de serem objetos de aplicação direta, também estruturam a interpretação e aplicação de outras normas.

Não há, portanto, um novo “nível” ou “grau” de normas: o que existe é uma relevante característica que se apresenta em algumas dessas normas, como no próprio princípio da eficiência e da proporcionalidade, mas que não é suficiente para criar uma nova espécie de norma, quiçá um novo “grau”, até porque continuam possuindo características intrínsecas (qualitativas) de princípios ou regras.

Os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, apesar de realmente possuírem função de estruturar a aplicação de outras normas, não deixam de possuir um mandamento de otimização ordenando “que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹²⁰. Em verdade, analisando o núcleo duro desses princípios, essa função de estruturação e aplicação está inserta no próprio fim que esses princípios visam a assegurar: inserem-se, portanto, no próprio “mandamento” de otimização.

Por todo o exposto, adotamos a distinção entre regras e princípios apresentada por Alexy, mesmo destacando as importantes contribuições da sistematização proposta por Ávila.

3.2 A força normativa dos princípios e sua eficácia como norma jurídica

3.2.1 Consolidação da força normativa dos princípios

Independentemente da posição que se adote acerca da classificação das normas jurídicas, verificou-se no tópico *retro* que a adoção dos princípios como uma das espécies de norma jurídica é praticamente unânime na doutrina contemporânea. Dessa consolidação

¹¹⁹ ÁVILA, 2011, p. 109 e ss.

¹²⁰ *Ibidem*.

decorre uma conclusão lógica: se os princípios são normas jurídicas, é claro que possuem força normativa direta, sendo vinculantes a todos os destinatários do ordenamento jurídico.

Barcellos destaca que a imperatividade caracteriza-se como o elemento essencial da norma jurídica (e do direito em geral), significando a “capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou se associar algum tipo de consequência ao descumprimento voluntário da norma”¹²¹. Larenz também realça o “caráter normativo” (ou “pretensão de validade”) das proposições jurídicas¹²², significando a exigência vinculante de comportamento ou mesmo a pauta vinculante de julgamento ínsita ao sentido dessas normas¹²³. Para Hesse, a maximização da força normativa das normas constitucionais é o principal objetivo do estudo dogmático do Direito Constitucional¹²⁴.

Bonavides afirma que conferir esse traço de normatividade aos princípios foi “qualitativamente o passo mais longo dado pela doutrina contemporânea para caracterização dos princípios”¹²⁵. Esses princípios, uma vez constitucionalizados, assumem o papel de “chave de todo o sistema normativo”¹²⁶.

Esse mesmo autor destaca que a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: jusnaturalista, positivista e pós-positivista. Mesmo reconhecendo a polêmica acerca da correta acepção desses termos, é certo que surgem com certa frequência na doutrina para designar um período histórico em que imperava na dogmática jurídica formulações teóricas com traços comuns, mesmo com as diversas peculiaridades das obras de cada autor. Sem querer adentrar em minúcias acerca dessas fases e dos pensamentos dissonantes que compõem toda a evolução da dogmática jurídica, faremos breve referência às fases apontadas por Bonavides, apenas para reforçar o liame histórico que desembocará na consolidação da força normativa dos princípios.

A fase jusnaturalista moderna começou a se formar a partir do século XVI, dominando a dogmática dos princípios jurídicos por um longo tempo até o advento da Escola Histórica do Direito (entre o final do século XIX e início do século XX). Na fase jusnaturalista, os princípios ainda se restringiam à esfera abstrata e axiológica, com sua normatividade sendo quase nula.

¹²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988**. Rio de Janeiro, v. 221, pp. 159-188, jul./set. 2000, p. 164.

¹²² O tradutor refere-se à expressão “proposições jurídicas” (“Rechtssatz”) no mesmo sentido de normas jurídicas (“Rechtsnorm”).

¹²³ LARENZ, 1997, p. 349.

¹²⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 27.

¹²⁵ BONAVIDES, 2004, p. 257.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 259.

Barroso e Barcellos apontam que “a crença no direito natural — isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado — foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais”¹²⁷. Com o início do Estado Liberal no século XIX, o jusnaturalismo atinge seu apogeu ao mesmo tempo em que observa o começo de seu declínio: “considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final século XIX”¹²⁸.

A fase positivista (ou histórica) começa a inserir os princípios nos códigos legais, dando-lhes o papel de fonte normativa subsidiária: os princípios, apesar de passarem a possuir certo valor normativo, têm sua atuação restrita à integração das lacunas normativas¹²⁹. De fato, ainda resistia a ideia de que os princípios eram considerados como pautas programáticas supraleais, carecendo de normatividade direta.

A decadência do positivismo é relacionada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, em que “a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”¹³⁰. O fracasso do positivismo abre espaço para o surgimento do movimento “pós-positivista”, designação provisória e genérica do ideário difuso no qual se “incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”¹³¹.

Para Bonavides, a fase pós-positivista “corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX”¹³². Aqui os princípios passam a possuir plena força normativa, principalmente a partir da posição central que assumem nos textos constitucionais: acentua-se a hegemonia axiológica dos princípios jurídicos, convertidos em norma jurídica de hierarquia constitucional, sob os quais se assenta todo o ordenamento jurídico. Com efeito, ocorre a “valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética”¹³³.

¹²⁷ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro, v. 232, pp. 141-176, abril/junho, 2003, p. 146.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ BONAVIDES, 2004, p. 263.

¹³⁰ BARROSO; BARCELLOS, *op. cit.*, p. 147.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² BONAVIDES, 2004, p. 264.

¹³³ BARROSO; BARCELLOS, *op. cit.*

Dentro dessa construção pós-positivista destaca-se a já citada obra de Dworkin¹³⁴, que ataca as próprias bases do positivismo histórico para fixar a força normativa dos princípios, podendo gerar obrigações legais assim como as regras. Em síntese¹³⁵:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Assim, supera-se a ideia de que os princípios teriam uma dimensão puramente axiológica, sem qualquer eficácia jurídica. A dogmática jurídica também consolida a força normativa dos princípios a partir da sistematização da distinção dicotômica entre as espécies normativas, principalmente a partir das obras de Alexy e Dworkin, como já foi amplamente debatido.

Percebe-se a existência de dois fenômenos distintos que, apesar de se ligarem e inter-relacionarem, não se confundem: I — a constitucionalização de certos princípios jurídicos, que são elevados ao pedestal de normas jurídicas fundantes de todo o ordenamento jurídico; II — consolidação dos princípios como espécie normativa (constitucional ou mesmo infraconstitucional).

O primeiro fenômeno tem características eminentemente históricas, sendo identificado a partir da análise dos textos constitucionais das últimas décadas. Essas cartas surgiram em um movimento reativo aos abusos cometidos nos governos fascistas e nazistas sob o manto de uma legalidade estéril (meramente formal), mesmo que tenha ocorrido por forte influência da dogmática jurídica. Já o segundo tem características lógico-sistemáticas, decorrendo da sistematização levada a cabo pela própria doutrina, mesmo que também tenha sido influenciado pelo movimento de constitucionalização dos princípios jurídicos.

O que queremos assentar é que a força normativa dos princípios não decorre apenas da consolidação da força normativa da Constituição, que deixa de ser vista apenas como uma “Carta Programática” a partir dos estudos “pós-positivistas”. Também houve influência de todo o debate acerca da distinção entre as espécies normativas propriamente ditas, possibilitando que a força normativa dessas normas-princípios se fundamentasse não só em um caráter meramente formal-hierárquico — decorrente da sua usual posição constitucional

¹³⁴ DWORKIN, 2002.

¹³⁵ BARROSO; BARCELLOS, op. cit., pp. 147-148.

— mas também por sua própria natureza (qualitativa) de norma jurídica¹³⁶. Assim, a força normativa dos princípios não se restringe aos princípios constitucionais: ela abrange todos os princípios previstos no ordenamento jurídico, independentemente de seu caráter constitucional ou legal.

Por esses motivos, adotamos uma proposta metodológica pouco usual neste capítulo: primeiro reforçamos o caráter lógico sistemático da distinção entre as espécies normativas (princípios e regras) para só depois abordar a força normativa dos princípios, considerando-a uma decorrência direta da própria sistematização das espécies normativas, mesmo que a análise da consolidação dessa força normativa necessitasse de uma regressão histórica que preceda a estabilização da distinção entre regras e princípios. Sem essa sistematização efetivada pela doutrina, a força normativa dos princípios decorreria de um mero aspecto hierárquico-constitucional, com pouca operabilidade concreta.

Em síntese: a normatividade dos princípios é sua *qualidade* de espécie normativa (natureza estática); a força normativa é o *efeito* (natureza dinâmica) que decorre dessa qualidade. Mesmo que esta decorra daquela, ambas não se confundem.

3.2.2 A eficácia dos princípios como espécie normativa

3.2.2.1 Considerações gerais

As normas jurídicas podem produzir efeitos em diferentes níveis e graus, não possuindo uma força normativa unidimensional: “Essa aptidão para produzir efeitos em diferentes níveis e funções pode ser qualificada de *função eficaz*”¹³⁷. No sentido que aqui se emprega, o termo “eficácia” assume o significado de “aptidão para produzir determinado efeito”. Assim, quando se fala na “eficácia” dos princípios como norma jurídica, abordam-se os efeitos (força normativa) que a qualidade de norma-princípio gera.

Como lembra Ferraz Júnior, a eficácia das normas jurídicas pode assumir diferentes facetas, como a eficácia ou efetividade social (análise fática) e a eficácia técnico-normativa (análise jurídica)¹³⁸. Ainda segundo esse autor, para se aferir o grau de eficácia no sentido técnico-normativo, faz-se necessário verificar quais são as funções da eficácia no plano de realização normativa. Assim, o termo “função eficaz” refere-se à aptidão dos princípios

¹³⁶ ALEXY, 2008, p. 90.

¹³⁷ ÁVILA, 2015, p. 97.

¹³⁸ FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 199.

para produzir efeitos em diferentes níveis e graus, sempre dentro do plano normativo.

Não se discute aqui os graus de eficácia social (“sucesso”) de cada norma, pois a análise dessa natureza de efeitos depende da verificação dos requisitos fáticos de cada objeto normativo e sua aplicação concreta. Quando se fala em “função eficaz” ou mesmo “eficácia” dos princípios, faz-se referência à eficácia técnico-normativa (jurídica) dessas normas, e não a sua eventual eficácia social.

As classificações das espécies de eficácia técnico-normativa dos princípios variam de autor para autor. O estudo dessas “formas” de produção dos efeitos visa a auxiliar na própria extração do mandamento de otimização que decorre do núcleo duro da norma-princípio: “A identificação do efeito pretendido pela norma é, provavelmente, o momento mais importante na construção de sua imperatividade”¹³⁹. Nas palavras de Barcellos: “é preciso identificar qual o efeito que cada norma pretende produzir no mundo dos fatos, o que poderá ser apurado pelo exame da proposição jurídica isoladamente, de um subsistema do ordenamento ou até mesmo do ordenamento como um todo”¹⁴⁰.

3.2.2.2 As funções eficaciais de Tércio Sampaio

Tércio Sampaio apresenta uma construção genérica do que chama de “funções eficaciais”, não distinguindo a produção de efeitos conforme a espécie normativa paradigma (princípio ou regra).

Para esse autor, as normas podem exercer função de bloqueio (evitando condutas indesejadas), função de programa (definindo os programas que devem ser concretizados) e função de resguardo (assegurando uma conduta desejada)¹⁴¹. Afirma, ainda, que nem todas as normas exercem simultaneamente as mesmas funções, ainda mais no mesmo grau e intensidade.

3.2.2.3 A tetradimensionalidade funcional de Norberto Bobbio e sua importação por Paulo Bonavides

Bobbio também prefere o vocábulo “função”, apresentando uma “tetradimensionalidade funcional” dos princípios. Reconhece, assim, que essas espécies

¹³⁹ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 27.

¹⁴⁰ BARCELLOS, 2000, p. 166.

¹⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 201.

normativas apresentariam as seguintes funções: interpretativa, integrativa, diretiva e limitativa¹⁴². Por outro lado, Bonavides, inspirado nos italianos Alberto Trabucchi e no próprio Bobbio, adota o termo “dimensões” (no sentido de dimensão normativa) para especificar a produção dos efeitos das normas-princípios¹⁴³.

Adicionando apenas a “dimensão” fundamentadora de Trabucchi à tetradimensionalidade funcional disposta por Bobbio, Bonavides destaca a existência das seguintes “dimensões normativas”: I — fundamentadora (apresentam-se como fundamento da ordem jurídica); II — interpretativa (orientam o trabalho de interpretação e aplicação das outras normas); III — supletiva e integrativa (fonte normativa em caso de insuficiência da lei ou costume, de nítida influência da fase positivista); IV — diretiva (própria dos princípios constitucionais programáticos, estabelecendo verdadeiros programas a serem seguidos); V — limitativa (obsta a edição de normas contrárias).

3.2.2.4 Os diferentes planos de eficácia na teoria dos princípios de Humberto Ávila

Ávila — especificamente quanto aos princípios — fala em eficácia interna (direta e indireta) e eficácia externa (objetiva e subjetiva)¹⁴⁴. Na eficácia interna, os princípios atuam sobre as normas do mesmo sistema jurídico, definindo seu sentido e valor: na direta, os princípios exerceriam sua função integrativa sem intermediação e/ou interposição de outro (sub)princípio ou mesmo regra, agregando elementos ou mesmo mandamentos não previstos expressamente por outras normas, mas necessários para assegurar a promoção do estado de coisas garantido na norma-princípio, enquanto na indireta haveria a intermediação/interposição de outra norma.

Dentro do plano da eficácia indireta, os princípios exerceriam várias funções: I — função definitória, em que delimitam com maior especificidade o comando mais amplo estabelecido pelo princípio axiologicamente superior (ex.: princípio da segurança jurídica e subprincípios da boa-fé objetiva e proteção da confiança); II — função interpretativa, ampliando ou restringindo o sentido de normas expressas, ou mesmo orientando a interpretação de normas constitucionais ou legais; III — função bloqueadora, afastando elementos incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido.

¹⁴² BOBBIO, 1957, pp. 895-896.

¹⁴³ BONAVIDES, 2004, p. 283.

¹⁴⁴ ÁVILA, 2015, p. 97 e ss.

A eficácia externa, por outro lado, diz respeito à produção de efeitos da norma-princípio sobre a compreensão dos próprios fatos e provas, extravasando o âmbito do sistema jurídico propriamente dito. Segundo Ávila, a eficácia externa pode ser objetiva ou subjetiva. A eficácia externa objetiva ainda subdivide-se em seletiva, valorativa e argumentativa.

A eficácia seletiva dos princípios ocorre a partir da ideia de que o intérprete seleciona “qual fato é pertinente à solução de uma controvérsia no curso da própria cognição”, devendo utilizar os parâmetros axiológicos fornecidos pelos princípios constitucionais para selecionar qual é o evento pertinente para fundamentar sua interpretação¹⁴⁵. A eficácia valorativa surge como uma decorrência da eficácia seletiva, estando inserta nesta: após selecionar os fatos pertinentes, é preciso valorá-los, de modo a privilegiar os pontos de vista que conduzam à proteção dos bens jurídicos que decorrem dos princípios constitucionais. De outro lado, a eficácia argumentativa deriva do dever do Poder Público de justificar eventuais medidas que restrinjam o princípio que deveriam promover, a partir de uma ponderação quantitativa entre os princípios colidentes.

Por fim, a eficácia externa subjetiva volta-se aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios: os princípios jurídicos funcionariam como verdadeiros direitos subjetivos quando proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade, apresentando-se como uma função de defesa ou mesmo protetora dos direitos fundamentais.

3.2.2.5 A Escola da UERJ: construção teórica proposta por Barcellos e Barroso

Em outro sentido, Barcellos aponta que as normas jurídicas podem assumir oito modalidades de eficácia: I — eficácia positiva ou simétrica; II — eficácia de nulidade; III — eficácia vedativa do retrocesso; IV — eficácia negativa; V — eficácia interpretativa; VI — eficácia de penalidade; VII — ineficácia; VIII — eficácia de anulabilidade¹⁴⁶. Nada obstante, a autora afirma que, em regra, dessas oito modalidades, apenas três aplicar-se-iam às normas-princípios: a) eficácia negativa; b) eficácia interpretativa; c) eficácia de vedativa do retrocesso.

Segundo Barcellos, essa construção mais restrita explica-se pela recente consolidação da normatividade dos princípios, de forma que todo instrumental utilizado para cunhar essas modalidades de eficácia foi desenvolvido sob a ótica das regras, e não dos princípios¹⁴⁷.

¹⁴⁵ ÁVILA, 2015, p. 100.

¹⁴⁶ BARCELLOS, 2011, p. 75 e ss.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 108-113.

Barroso apresenta construção semelhante, também dividindo a eficácia dos princípios em três grandes categorias: direta, interpretativa e negativa¹⁴⁸. Todavia, percebe-se que Barroso reconhece a eficácia direta ou positiva, enquanto nega a materialização da eficácia de vedação ao retrocesso.

A “eficácia positiva ou simétrica” é análoga à “eficácia interna direta” apresentada por Ávila: por esses motivos, Barroso fala simplesmente em “eficácia direta”. Na eficácia direta, o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, estabelecendo um mandamento concreto que deriva diretamente do mandamento de otimização genérico disposto no plano abstrato da norma-princípio. Todo princípio possui um núcleo do qual pode ser extraído um *comando concreto*, mesmo que tenha por traço característico a alta carga axiológica e de abstração¹⁴⁹. Apesar de negar sua aplicação a todos os princípios, Barcellos faz extensa construção teórica para fundamentar a extração da eficácia positiva no caso do princípio da dignidade humana, “que exige não só abstenções, mas também ações estatais”¹⁵⁰.

O exemplo clássico de extração da eficácia positiva é a vedação ao nepotismo estabelecida na Súmula Vinculante n.º 13: aqui, o STF extraiu uma regra concreta (vedação ao nepotismo) do núcleo duro dos princípios da moralidade e impessoalidade (art. 37 da CRFB).

A eficácia interpretativa é a capacidade dos princípios de servirem como guia interpretativo às demais normas, principalmente as hierarquicamente inferiores, norteando sua aplicação. Para Barcellos, a indeterminação do núcleo duro dos princípios acaba ampliando a aplicação dessa espécie de eficácia nessas normas¹⁵¹. Essa eficácia é ainda mais visível nos princípios constitucionais, uma vez que assumem função diretiva e uniformizadora da legislação infraconstitucional, devendo ser observada, inclusive, pelo legislador ordinário, sob pena de inconstitucionalidade material¹⁵². Assim, os valores e fins abrigados nos princípios jurídicos acabam condicionando o sentido das normas jurídicas em geral, funcionando como verdadeiros vetores interpretativos¹⁵³. Equivale à função interpretativa presente na eficácia interna indireta de Ávila.

De outro modo, a eficácia negativa obsta a aplicação de qualquer outra norma ou ato jurídico que seja incompatível com a norma-princípio em questão. Atua no plano da validade das normas, sendo a eficácia jurídica dos princípios de invalidar normas que lhes sejam

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 342-344; BARROSO, 2010, p. 12.

¹⁴⁹ BARROSO, 2010, p. 12.

¹⁵⁰ BARCELLOS, 2011, p. 113.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 110.

¹⁵² *Ibidem*, p. 96.

¹⁵³ BARROSO, 2011, p. 343.

contrárias. Por conta da hierarquia das normas constitucionais, também é visualizada com mais intensidade nos princípios constitucionais: dela também pode resultar a declaração de inconstitucionalidade do ato, seja em ação direta ou em controle incidental¹⁵⁴.

Não obstante, a eficácia negativa também existe nos princípios infraconstitucionais: um princípio previsto apenas em lei formal pode obstar a prática de determinado ato administrativo normativo (controle de legalidade). Em síntese: legitima tanto o controle de constitucionalidade, quanto o controle de legalidade a partir da violação de texto constitucional ou legal que enuncie determinada norma-princípio.

Enquanto a eficácia interpretativa norteia a estruturação das demais normas (mesmo as de mesma hierarquia), a eficácia negativa impede a própria validade das normas que lhe agridam, desde que respeitado o critério hierárquico. Do contrário, a colisão de normas configura uma antinomia jurídica, devendo ser solucionado a partir dos critérios hermenêuticos (como a aplicação da concordância prática ou da técnica de ponderação, no caso de colisão entre princípios). A eficácia negativa equivale à função de bloqueio disposta por Ávila¹⁵⁵ e Tércio Sampaio¹⁵⁶.

Quanto à eficácia vedativa de retrocesso, seria a eficácia dos princípios de invalidarem normas que restrinjam direitos fundamentais já garantidos pelo ordenamento jurídico. Assim, também atua no plano da validade, impedindo que o legislador ordinário edite normas que limitem direitos já reconhecidos e conquistados. Por tal raciocínio, a progressiva ampliação dos direitos fundamentais (também conhecido como “efeito *cliquet*” dos direitos fundamentais) seria um dos efeitos inerentes dos princípios constitucionais.

Decorre logicamente da ideia de “vedação ao retrocesso” ou “proibição de retrocesso social”, popularizada por Canotilho. Os direitos fundamentais, uma vez conquistados, passariam a integrar o âmbito dos direitos subjetivos do cidadão, não podendo ser diminuídos ou esvaziados, sob pena de configurar uma “evolução reacionária”¹⁵⁷.

3.2.2.6 Proposta de classificação

Percebe-se que a doutrina se refere a esses “efeitos” que podem ser produzidos pelas normas-princípios, utilizando os seguintes termos: função, dimensão e eficácia. Igualmente, dividem-nos em uma ampla gama de espécies, variando de autor para autor.

¹⁵⁴ BARROSO, 2011, p. 343.

¹⁵⁵ ÁVILA, 2015, p. 97

¹⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 201.

¹⁵⁷ CANOTILHO, 1993, p. 468.

Pois bem. Quanto ao termo, é mais técnico que se utilize “eficácia” dos princípios, no sentido de *aptidão para produção de determinado efeito*. Função denota uma ideia de “atividade” ou até mesmo “poder”, o que não coaduna com o que se almeja representar. Dimensão, por outro lado, gera a sensação de que esses “efeitos” fariam parte da própria estrutura nuclear dos princípios, que se apresenta em diversas dimensões (ou mesmo facetas).

Como veremos mais à frente, as facetas (ou dimensões) dos princípios (*in casu*, do princípio da eficiência) não se confundem com a natureza dos efeitos que essas normas podem gerar. Uma coisa é a estrutura da norma e seus elementos nucleares, que podem apresentar-se na forma de diversas facetas. Outra coisa são os efeitos que essa norma gera no mundo dos fatos e no sistema jurídico, efeitos que decorrem diretamente da sua própria estrutura normativa: a norma (estática) não se confunde com sua força normativa (dinâmica).

Quanto às espécies dessa eficácia, é possível inferir a existência de certos pontos em comum nas construções teóricas, conquanto haja dissonância. Em relação à construção apresentada por Ávila, o autor tem razão ao apresentar a perspectiva fático-probatória da eficácia dos princípios. Essas normas também podem influir na compreensão dos próprios fatos e provas, extravasando o âmbito do sistema jurídico propriamente dito.

Um exemplo seria o princípio do *in dubio pro reo* do Direito Penal, em que há um mandamento de interpretação concreta a partir do contexto probatório que se apresenta nos autos. Conforme Bitencourt: “o domínio de aplicação daqueles conhecidos adágios, tais como o *in dubio pro reo*, é o do exame e valoração da prova, e não o campo da interpretação da norma jurídica”¹⁵⁸. Também podemos citar o princípio do *in dubio pro societate* que, segundo entendimento jurisprudencial do STJ, aplica-se no exame e valoração da presença de indícios de autoria e materialidade de certo ato de improbidade administrativa no juízo de delibação inicial¹⁵⁹.

Esses princípios, apesar de se apresentarem voltados para interpretação e valoração dos elementos fáticos (eficácia interpretativa “externa”), também direcionam a estruturação do sistema jurídico, guiando a construção normativa no sentido do estado de coisas que visam a proteger (eficácia interpretativa “interna”). Ademais, deles também podem extrair-se as demais espécies de eficácia, tal como a eficácia direta, integradora e negativa.

Pelo exposto, a dicotomia de planos (externo e interno) identificado por Ávila não se

¹⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva 2017, p. 197.

¹⁵⁹ Cf. STJ, Improbidade Administrativa I. Jurisprudência em teses. 38ª ed.: 5) A presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio do *in dubio pro societate*.

trata — necessariamente — de uma diferença de grau entre as espécies de eficácias. Ora, o próprio autor admite a existência de uma eficácia interna interpretativa e outra externa argumentativa, utilizando palavras sinônimas para delimitar espécies de eficácia que, *a priori*, situar-se-iam em planos distintos (externo *versus* interno).

Na verdade, vemos essa perspectiva fático-probatória como uma faceta da eficácia interpretativa, que possui nítido caráter hermenêutico: a eficácia interpretativa pode voltar-se tanto para a estruturação das demais normas do ordenamento jurídico quanto para o contexto fático e probatório. A distinção entre os planos externo e interno é posterior e ocorre dentro do âmbito de aplicação da eficácia interpretativa, sendo uma separação que não se apresenta como premissa. Quanto à “eficácia externa subjetiva”, esta não tem nada de externa: situa-se no âmbito do próprio sistema jurídico e não no dos “sujeitos”, impedindo que se criem normas que restrinjam os direitos fundamentais dos indivíduos. Dessa forma, inclui-se facilmente no conceito de eficácia negativa (ou limitativa).

Ademais, o que Ávila chama de “eficácia seletiva” (escolha do evento que fundamenta a interpretação) e “eficácia valorativa” (valoração da escolha conforme o estado de coisa que o princípio visa a garantir) são fases do próprio processo interpretativo, também estando insertas na eficácia interpretativa (ou argumentativa).

Kelsen já afirmava em sua “Teoria Pura do Direito” que a interpretação autêntica (tanto por autoridades administrativas quanto pelos tribunais) pode ser dividida em duas fases: I — interpretação cognoscitiva, em que o intérprete extrai os possíveis sentidos da norma jurídica (como um processo de conhecimento do conteúdo legal); II — ato de vontade, em que o intérprete escolhe uma dentre as várias interpretações reveladas pela interpretação cognoscitiva. Na interpretação autêntica da norma jurídica ocorre uma fusão da interpretação cognoscitiva com o ato de vontade, produzindo uma nova norma de escalão inferior ou gerando a execução de um ato coercitivo estatuído pela norma jurídica aplicada¹⁶⁰.

O ponto central é que essas duas fases fazem parte do próprio processo de interpretação: o “ato de vontade” referenciado por Kelsen englobaria os conceitos de eficácia seletiva e valorativa de Ávila. Pelo exposto, a própria eficácia interpretativa (ou argumentativa) já sustenta estas ideias: ela pode voltar-se tanto para o sistema jurídico como para o contexto fático-probatório, dependendo da análise de cada caso e também do estado de coisas que o princípio parâmetro visa a garantir.

Em sentido contínuo, entendemos que as verdadeiras espécies de “eficácia” dos

¹⁶⁰ KELSEN, 1979, p. 469 e ss.

princípios podem apresentar-se indistintamente em qualquer deles, independentemente da composição do seu núcleo duro ou mesmo de sua hierarquia normativa. Logo, refutamos a ideia de “eficácia programática (ou diretiva)” disposta por Bobbio, Bonavides e Tércio Sampaio, pois se trata de característica inerente apenas aos chamados “princípios programáticos” (ou princípios político-constitucionais), espécies de princípios fundamentais constitucionais¹⁶¹, que instituem um norte a ser buscado por toda ordem jurídica.

Pelos mesmos motivos não adotamos a “eficácia vedativa de retrocesso” proposta por Barcellos. Há sérias dúvidas acerca da aplicação integral do “princípio da vedação ao retrocesso” de Canotilho no ordenamento jurídico brasileiro, até porque a CRFB estabelece no art. 60, §4º, IV que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a *abolir* os direitos e garantias individuais”. Assim, o retrocesso constitucionalmente vedado seria apenas a abolição dos direitos fundamentais, não abrangendo sua diminuição ou restrição. De qualquer forma, mesmo que aceite, incluir-se-ia tranquilamente no âmbito da eficácia negativa. Aliás, a própria autora admite que essa espécie, além de envolver alguma controvérsia acerca de seu próprio sentido, ainda não foi aceita na doutrina e na prática jurisprudencial¹⁶².

Com efeito, a partir de um estudo sistemático das formulações da doutrina, propomos a seguinte classificação (tetradimensional) das espécies de eficácia dos princípios: I — eficácia positiva (simétrica ou direta); II — eficácia interpretativa (ou argumentativa), que pode ser externa ou interna; III — eficácia integrativa (supletiva, supletória ou subsidiária); IV — eficácia negativa (limitativa ou bloqueadora). Essas espécies podem ser — teoricamente — visualizadas em todos os princípios, mesmo que não se manifestem de forma simultânea.

3.3 Utilização dos princípios como parâmetro para controle judicial: dificuldades jurídicas e práticas

Os princípios são espécies de normas jurídicas. Essa qualidade (estática) gera o que se chama de força normativa (dinâmica), sendo a aptidão para produção de efeitos normativos. A força normativa expressa-se de diversas formas, tanto no sistema jurídico quanto no plano dos fatos. Nomeamos essas formas de expressão como “eficácia dos princípios jurídicos”, que se subdividem em quatro espécies principais, sempre de acordo com a forma e a natureza dos

¹⁶¹ SILVA, 2005, pp. 93-94.

¹⁶² BARCELLOS, 2011, p. 113.

efeitos normativos gerados.

Em consequência do que se expôs, não restam dúvidas de que os princípios podem ser utilizados como parâmetro normativo para controle de legalidade (tanto em seu sentido *lato* quanto *stricto sensu*) pelo Poder Judiciário, sendo decorrência direta do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CRFB)¹⁶³.

Essa ampliação de parâmetros normativos (de um conceito de legalidade estrita a uma ideia de legalidade ampla) ocorre a partir da consolidação da força normativa da Constituição, após o abandono da ideia de que a CRFB serviria apenas para fins programáticos. Há relação direta com a fase “pós-positivista” delineada por Bonavides, em que se acentua “a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹⁶⁴. Sobre essa evolução¹⁶⁵:

O Direito Administrativo, com efeito, se tem constitucionalizado não apenas porque a Lei Maior venha incorporando cada vez um maior número de normas voltadas à atividade tipicamente administrativa do Estado, o que é fato, mas, principalmente, porque, **com as novas características desenvolvidas no constitucionalismo contemporâneo, uma especial sobre-eficácia reconhecida nas normas constitucionais** revestiram-nas de uma carga de energia que era desconsiderada ou, pelo menos, nem sempre reconhecida, no constitucionalismo clássico ou tradicional (grifo nosso).

De fato, tanto as regras quanto os princípios constitucionais passam a assumir força normativa direta (ou “força preceptiva das normas constitucionais”¹⁶⁶), incidindo concretamente mesmo sem a complementação de normas infraconstitucionais: o princípio da legalidade estrita é substituído pela legalidade ampla, também chamada de princípio da juridicidade¹⁶⁷.

Com efeito, o princípio da eficiência apresenta-se como espécie de norma-princípio constitucional, restringindo-se ao âmbito da Administração Pública (art. 37 da CRFB). Barroso lembra que embora a Constituição seja uma lei (no sentido *lato*), devendo ser interpretada como tal, também “merece uma apreciação destacada dentro do sistema, à vista do conjunto de peculiaridades que singularizam suas normas”¹⁶⁸. Essas peculiaridades das normas constitucionais seriam: a) a superioridade hierárquica; b) a natureza da linguagem; c)

¹⁶³ Art. 5º (...) XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁶⁴ BONAVIDES, 2004, p. 264.

¹⁶⁵ MOREIRA NETO, 2014, pp. 338-339.

¹⁶⁶ MOREIRA NETO, op. cit., p. 339.

¹⁶⁷ BINENBOJM, 2005, p. 125 e ss.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 89.

o conteúdo específico; d) o caráter político.

Dentre elas, destaca-se a superioridade hierárquica frente às demais normas que compõem o sistema jurídico: “Se a Constituição é uma norma jurídica, tudo o que nela se contém desfruta dessa natureza, reforçada ainda pelo fato de sua superioridade hierárquica sobre todo o sistema”¹⁶⁹. Essa superioridade acaba conferindo (pelo menos em tese) grande amplitude à possibilidade de controle judicial a partir de princípios constitucionais, tais como os princípios regentes da Administração Pública previstos no art. 37 da CRFB.

As espécies de eficácias técnico-jurídicas dos princípios constitucionais continuam tendo a mesma natureza daquelas dos princípios infraconstitucionais: o que muda é a amplitude objetiva de sua incidência. Enquanto os princípios infraconstitucionais apenas podem ser utilizados como parâmetro para controle de legalidade *stricto sensu*, a constitucionalização dessas espécies de normas abre a possibilidade de aplicação dos princípios em sede de controle de constitucionalidade (legalidade *lato sensu*), inclusive de atos legislativos.

Quando o parâmetro de controle é algum dos princípios previstos no art. 37 da CRFB, é óbvio que está se falando em controle da Administração Pública. Para Di Pietro, a finalidade do controle da Administração Pública é “assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico”, abrangendo também, em certas circunstâncias, “o controle chamado de mérito que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa”¹⁷⁰. Como é cediço na doutrina, o controle judicial da Administração Pública limita-se ao controle da legalidade, enquanto o controle administrativo e até mesmo o legislativo (sob o viés do controle político) podem adentrar em aspectos de conveniência e oportunidade (mérito)¹⁷¹.

O controle administrativo é amplo e praticamente irrestrito, podendo adentrar em aspectos tanto de legalidade quanto de mérito. Isso decorre do princípio da autotutela administrativa, ideia já consolidada tanto na doutrina¹⁷² quanto na jurisprudência¹⁷³. Deveras, esse princípio apresenta-se como decorrência direta da submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade: a atividade administrativa sempre ocorre dentro da moldura normativa, mesmo nos casos de discricionariedade, sendo vinculada à ideia de legalidade

¹⁶⁹ BARCELLOS, 2000, p. 170.

¹⁷⁰ DI PIETRO, 2016, p. 881

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² Cf.: DI PIETRO, 2016, p. 101; CARVALHO FILHO, 2014, p. 35; dentre muitos outros.

¹⁷³ Súmula 346 do STF: a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos; súmula 473 do STF: a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

estrita e a finalidade pública (consecução do interesse público).

Por esses motivos, a Administração pode rever seus atos de ofício, anulando os atos eivados de vícios de legalidade ou revogando atos de conteúdo discricionário, desde que respeitados os requisitos legais (como o prazo decadencial de cinco anos para anulação de atos favoráveis aos administrados previsto no art. 54 da Lei 9.784/99). Como não poderia deixar de ser, a ideia de autotutela encontra limites no próprio ordenamento jurídico. Assim, respeitados esses limites, não haveria qualquer óbice à efetivação do controle de eficiência de certo ato ou atividade pela própria Administração Pública.

Por outro lado, o controle legislativo, sob o viés do controle político, possui legitimação democrática e ocorre de forma ampla dentro das hipóteses expressamente determinadas pelo texto constitucional. Assim, por conta de sua natureza política, essa espécie de controle da Administração Pública pode ingressar em aspectos tanto de legalidade quanto de discricionariedade, desde que haja previsão constitucional¹⁷⁴.

Outrossim, o controle legislativo financeiro, exercido com auxílio dos Tribunais de Contas (arts. 70 a 75 da CRFB), também pode ingressar na análise de aspectos da eficiência administrativa. E isso decorre de expressa previsão constitucional: o art. 70 da CRFB estabelece que esse controle abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e operacional da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da economicidade.

Pelo breve exposto, o objeto deste trabalho fixa-se no controle judicial da Administração Pública, pois é nessa espécie que se observam as maiores dificuldades de efetivação (tanto jurídicas quanto práticas) do controle a partir dos princípios constitucionais da Administração Pública. Ademais, o Poder Judiciário é o órgão de controle de legalidade por excelência, tratando-se da atividade típica dos órgãos judiciais¹⁷⁵.

Por esses motivos, optamos por dividir o núcleo desta obra em duas partes principais: I — a viabilidade jurídica (ou preliminar) do controle judicial da eficiência administrativa; II — a viabilidade material do controle judicial da eficiência administrativa. Apesar de o foco restar no controle judicial, diversos pontos desta exposição poderão ser transpostos para o controle legislativo ou administrativo da eficiência administrativa.

O controle judicial a partir de princípios jurídicos apresenta certas peculiaridades que acabam transformando-se em verdadeiras dificuldades. Essas dificuldades são os problemas centrais deste trabalho monográfico.

A primeira questão jurídica que se apresenta é se o controle judicial a partir de

¹⁷⁴ DI PIETRO, 2016, p. 895.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, 2012, pp. 119-120.

princípios (no caso, da eficiência) invadiria o campo de discricionariedade do administrador público (o “mérito administrativo”): se a resposta for positiva, configura-se a impossibilidade jurídica de apreciação do vício de ineficiência administrativa pelo Judiciário. Portanto, trata-se de um conflito aparente entre o princípio paradigma de controle e o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CRFB): esse conflito ocorre majoritariamente no controle judicial, que se limita ao controle de legalidade.

O questionamento surge por conta da ausência de definição na doutrina quanto aos contornos da discricionariedade, havendo entendimentos dissonantes no que toca às feições ensejadoras dessa liberdade de decisão administrativa. A principal discussão gira em torno da existência de discricionariedade decorrente da previsão de conceitos jurídicos indeterminados no plano normativo-abstrato: como os princípios são expressos por essas espécies de conceitos, há quem entenda que sua aplicação concreta encontra-se dentro do âmbito de discricionariedade da Administração Pública, sendo insindicável pelo Poder Judiciário.

A segunda questão jurídica diz respeito à compatibilidade entre o controle a partir de princípios jurídicos e o próprio princípio da segurança jurídica. Esse princípio implícito é considerado como a “essência do próprio direito”, notadamente do Estado democrático de direito, atuando como verdadeiro vetor normativo do sistema constitucional¹⁷⁶. O princípio da segurança jurídica, sob a perspectiva da segurança normativa, volta-se para os três Poderes, podendo dizer respeito “a uma norma geral, legal ou regulamentar, a um ato administrativo ou a uma decisão administrativa ou judicial”¹⁷⁷.

Os princípios, por serem espécies normativas com alto grau de abstração e caracterizados pela prevalência da aplicação gradual e ponderada, acabam indo na direção contrária da normatização regrada teorizada pelo positivismo histórico: “a colisão de princípios, portanto, não é só possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético”¹⁷⁸. Por essas características, há uma tensão (mesmo que aparente) entre o controle a partir de princípios jurídicos e a ideia de segurança jurídica.

Essa questão jurídica conecta-se com as dificuldades enfrentadas na efetivação do controle judicial a partir de princípios, mormente do controle judicial da eficiência administrativa. O alto grau de abstração das normas-princípios acaba intrincando a extração dos efeitos que compõem a força normativa dinâmica dessas espécies normativas: como não se sabe exatamente quais os “efeitos” que determinada norma pretende produzir, a

¹⁷⁶ MELLO, 2015, p. 127.

¹⁷⁷ ÁVILA, 2011, p. 138.

¹⁷⁸ BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 151.

previsibilidade do ordenamento jurídico (e da própria norma em si) é aparentemente prejudicada.

A “eficácia técnico-jurídica” dos princípios configura-se como a aptidão para produção de determinado efeito normativo. Para que se extraiam as diversas modalidades de eficácia dessas normas *in concreto*, é preciso “saber que efeitos a norma pretende produzir”¹⁷⁹. Em outros termos: não há como extrair os efeitos dinâmicos (força normativa) de determinado princípio se não há uma prévia definição acerca dos elementos que compõem seu núcleo estático (facetas jurídicas; estado de coisas que visa a promover; fins que visa a garantir).

Pelo exposto, a definição dos elementos nucleares do princípio da eficiência e dos efeitos esperados acaba assumindo uma dupla função: I — função fundamentadora, dando base dogmática para efetivação do controle judicial (ou mesmo legislativo/administrativo) a partir desse princípio; II — função limitadora, impedindo que o referido princípio seja usado como uma “carta branca” para possibilitar a sindicabilidade judicial de qualquer ato administrativo e/ou legislativo, e, assim, compatibilizando o controle judicial da eficiência administrativa com a ideia de previsibilidade da aplicação normativa, adequando essa forma de controle com o estado de coisas garantido pelo princípio da segurança jurídica a partir da ideia de concordância prática.

Portanto, a viabilidade jurídica abordada na segunda parte deste trabalho imbrica-se com a demonstração da viabilidade material do controle judicial da eficiência administrativa na parte final, principalmente quanto à ideia de compatibilização entre essa espécie de controle judicial e o princípio da segurança jurídica, a partir da enunciação dos parâmetros de controle que devem ser seguidos.

A hipótese que levantamos é que não há qualquer óbice, seja jurídico ou material, para efetivação do controle judicial da eficiência administrativa. Porém, alertamos que isso não quer dizer que este controle sempre será possível no caso concreto. Como explanaremos, trata-se de uma forma de controle que deve ser utilizada com extrema parcimônia (*cum grano salis*), principalmente se levarmos em conta a dificuldade probatória que circunda a demonstração de um eventual vício de ineficiência.

¹⁷⁹ BARCELLOS, 2000, p. 174.

4. EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO REITOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Considerações metodológicas

Neste capítulo adotaremos uma estrutura expositiva pouco usual, privilegiando a dinamicidade e didática frente à disposição linear dos fatos. A exposição será dividida em três eixos principais, isolados conforme a especificidade da matéria. Esses eixos não seguem, necessariamente, uma linha temporal linear.

No primeiro eixo, abordaremos a transposição da ideia de eficiência para a Ciência Jurídica, dispendo rapidamente sobre a noção de eficiência nas Ciências Econômicas e sua incorporação pelo movimento da Análise Econômica do Direito.

Continuamente, trataremos da evolução do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando as previsões normativas dessa norma-princípio tanto na Constituição quanto nos diplomas legais.

Por fim, traremos à baila as principais “Reformas Administrativas” do aparelho estatal brasileiro, principalmente a partir do contexto de em que se inserem, estabelecendo a relação entre a conjuntura reformista e a positivação da ideia de eficiência como um vetor normativo de toda atividade administrativa.

4.2 A transposição da ideia de eficiência para a Ciência Jurídica

4.2.1 As raízes econômicas da eficiência: teoria estática e dinâmica da eficiência

A eficiência, apesar de ser um dos princípios vetores de todo o regime jurídico-administrativo, não é uma ideia própria do mundo jurídico. Por muito tempo discutia-se conceitos e métodos de aferição da eficiência nas Ciências Econômicas e nas Ciências da Administração. Em verdade, como será exposto, a importação dessa ideia para o sistema de normas que compõe o arcabouço normativo do direito ocorreu em tempos mais recentes, sendo uma desejada evolução da dogmática jurídica. Com efeito, essa breve digressão será dividida em dois prismas conectados temporalmente: I — a evolução da eficiência nas Ciências Econômicas e da Administração; II — a inserção dessa ideia primordialmente econômica ao direito.

Como bem aponta Batista Júnior, não há dúvidas de que o princípio da eficiência tem

raízes não jurídicas¹⁸⁰. Dessa forma, para avançar de forma minimamente sólida na caracterização desse princípio, é necessário que nos voltemos às outras ciências que já se preocuparam com a caracterização de seu significado, saindo da “Torre de Marfim” do Direito¹⁸¹. Contudo, não cabe a este trabalho narrar toda a evolução da eficiência nessas Ciências, tema que daria conteúdo a outros trabalhos autônomos. Destacaremos apenas certos elementos introdutórios que ajudam a colocar o tema dentro do prisma proposto, situando a transição da eficiência de um conceito eminentemente econômico para uma norma-princípio de nítida carga jurídica.

Nas Ciências Econômicas, a preocupação com a eficiência assume papel central desde os primórdios de sua sistematização, florescendo ainda mais a partir dos estudos utilitaristas. É clássico, pois, o conceito do Ótimo de Pareto, Critério de Pareto ou mesmo Eficiência à Pareto. Criado pelo economista italiano Vilfredo Pareto no final do século XIX, foi um dos primeiros critérios práticos para tentar aferir a eficiência econômica de determinada atividade ou transação.

Também chamada de “teoria da eficiência estática”¹⁸², ela busca aferir a eficiência a partir de uma análise fria entre o balanceamento interno de perdas e danos de determinada transação, sem considerar os efeitos externos gerados pela mesma transação (ou atividade) na sociedade.

Pareto acabava partindo de uma perspectiva microeconômica e extremamente hermética para tentar aferir a eficiência de certo objeto, guardando fortes traços da teoria utilitarista que florescia no século XIX, que teve como principais expoentes Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Utilizando conceitos básicos do utilitarismo, tal como o dever de maximização do bem-estar, Pareto cria um modelo no qual a eficiência de uma situação ou transação é aferida a partir da existência de um aumento do bem-estar de certo indivíduo ou grupo de indivíduos sem que ocorra a diminuição do bem-estar de qualquer outro indivíduo (situação “Pareto-eficiente”).

Quando se atinge um patamar no qual não haveria mais a possibilidade de maximização do bem-estar (ou “utilidade”, na esteira utilitarista) sem a diminuição da utilidade de outra pessoa, chega-se ao chamado Ótimo de Pareto. Rodrigues exemplifica¹⁸³:

¹⁸⁰ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 90.

¹⁸¹ JIMENEZ, Jose Carlos Torné. **El derecho administrativo entre la sociología y la dogmática**. Granada: Universidad de Granada, 1978, p. 11-12.

¹⁸² VILLAMIL, Arthur. A Função Social da empresa analisada sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia — AMDE**, v. 14, 2010, p. 26.

¹⁸³ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Alamedina, 2007, p. 26-27.

Suponhamos a possibilidade de alterar uma determinada situação, por exemplo, modificando a legislação em vigor. Esta alteração constitui uma melhoria de Pareto se beneficia pelo menos uma pessoa e não prejudica ninguém. Quando assim acontece, os economistas dizem que a situação resultante da alteração é superior à situação anterior ou mais eficiente do que essa situação. Suponhamos que, depois de uma primeira melhoria de Pareto, era, de novo, possível aumentar a utilidade de uma pessoa sem prejudicar ninguém. Esta segunda alteração constituiria uma nova melhoria de Pareto. E outras poderiam existir. No entanto, depois de uma sucessão de melhorias de Pareto, acabará inevitavelmente por se atingir uma situação em que já não é possível aumentar a utilidade de mais ninguém sem prejudicar outrem. Diz então que esta situação é um ótimo de Pareto ou, para evitar o conteúdo valorativo da palavra “ótimo”, Pareto-eficiente.

Percebe-se, logo de plano, que o Critério de Pareto tem difícil aplicação no sistema jurídico, quiçá na atividade administrativa, pois dificilmente ocorrem situações “Pareto-eficientes”. As controvérsias de interesses são ínsitas ao próprio mundo jurídico. No regime jurídico-administrativo, basta lembrar toda a discussão que envolve a tensão entre interesses públicos e privados e a suposta supremacia dos primeiros. No plano processual, pensemos nos litígios que chegam ao Judiciário, por exemplo.

Começamos pelas causas cíveis. Conforme lição de Liebman¹⁸⁴, adotada pela maioria amplamente majoritária dos processualistas brasileiros¹⁸⁵, a submissão de qualquer questão à cognição judicial está sujeita à verificação prévia das condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes. Para que ocorra o interesse de agir, deve existir uma pretensão resistida de uma das partes, configurando a “lide” e possibilitando o ingresso no Judiciário. Se não há lide, não há interesse de agir e, assim, inexistente interesse processual por conta de inexistência de uma das condições da ação.

Partindo desse pressuposto, seria praticamente impossível a ocorrência de uma decisão judicial “Pareto-eficiente”, pois com a sucumbência quase sempre haverá a perda do bem-estar de uma das partes. Mais difícil ainda seria alcançar o Ótimo de Pareto via Judiciário. Com isso, percebe-se que seria extremamente raro aplicar o referido critério para uma eventual aferição concreta do princípio da eficiência administrativa em sede de eventual controle judicial, que, decerto, utiliza o sistema processual civil de forma principal ou subsidiária.

Isso também se aplica ao processo trabalhista e penal, uma vez que em ambos sempre haverá a perda do bem-estar de uma das partes. Essa incompatibilidade é agravada ainda mais

¹⁸⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

¹⁸⁵ DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3.

no processo penal, campo em que se pondera a restrição do direito fundamental de liberdade de um indivíduo (seja de bens ou de locomoção) frente ao direito fundamental de segurança de outros (caráter preventivo especial e geral da pena), combinado, ainda, com a retribuição geral e individual pelo agravo gerado (caráter retributivo da pena)¹⁸⁶.

Em sentido contínuo, atentos às grandes incompatibilidades práticas do Critério de Pareto, inclusive para a análise de transações econômicas, os economistas Nicolas Kaldor e John Hicks¹⁸⁷ formularam o que veio a se chamar de “critério Kaldor-Hicks”, objetivando a aferição da eficiência a partir de uma perspectiva tanto microeconômica quanto macroeconômica, valorando os efeitos externos de determinada transação ou atividade. Nasce como uma complementação da Eficiência à Pareto, buscando viabilizar sua aplicação em situações práticas a partir de uma análise mais detalhada dos efeitos gerados por determinada conduta¹⁸⁸.

A teoria da eficiência dinâmica de Kaldor-Hicks difere da teoria estática de Pareto pois passa a admitir a perda de bem-estar de uma das partes envolvidas na transação ou atividade, desde que a maximização geral do bem-estar possa compensar a perda sofrida pela parte¹⁸⁹. Assim, em uma hipotética batalha pela alocação dos recursos, uma situação seria eficiente segundo Kaldor-Hicks se os vencedores, com esses ganhos, pudessem compensar os prejuízos sofridos pelos perdedores. Uma situação Pareto-Eficiente seria irreal, pois quase sempre haverá perda de uma das partes, o que por si só não descaracteriza a eficiência da alocação ou transação. Em sentido análogo¹⁹⁰:

O critério de Kaldor-Hicks, que a Análise Econômica do Direito em geral utiliza, é menos exigente. De acordo com este critério, a passagem de uma situação para outra constitui uma melhoria se os agentes econômicos por ela beneficiados estivessem interessados na sua concretização mesmo que tivessem que pagar a compensação necessária para conseguir o assentimento dos prejudicados.

Esse conceito foi uma das bases do Welfare State, sendo utilizado como importante critério de aferição da eficiência nas políticas de bem-estar social. A teoria da eficiência dinâmica de Kaldor-Hicks também é muito utilizada como um dos parâmetros para análise do chamado “custo-benefício” de uma alocação social ou material. A análise de custo-benefício nada mais é do que a comparação entre a utilidade gerada e o custo suportado, de forma que a

¹⁸⁶ BITENCOURT, 2017, p. 140 e ss.

¹⁸⁷ Ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1972.

¹⁸⁸ COLEMAN, Jules. **Markets, morals and the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 98.

¹⁸⁹ VILLAMIL, 2014, p. 26.

¹⁹⁰ RODRIGUES, 2007, p. 39.

utilidade seja de tal monta que compense o custo, sendo este a perda do bem-estar. Lembrando que utilidade nada mais é do que a medida de satisfação pessoal do indivíduo (ou bem-estar). Como, na prática, não se pode medir o nível de satisfação pessoal de cada um por ser um critério subjetivo, acaba-se adotando escalas alternativas para mensurar a utilidade de uma transação, sendo a principal delas o dinheiro.

4.2.2 A eficiência pelo prisma da Análise Econômica do Direito

A transposição desses e outros conceitos econômicos para a dogmática jurídica começou a ser sugerida por diversos autores anglo-saxônicos em meados do século XX, a partir do movimento que veio a se chamar Economic Analysis of Law ou, em tradução livre, Análise Econômica do Direito (AED). A AED surge, em apertada síntese, como método de interpretação do direito a partir de prismas econômicos, como uma tentativa de interdisciplinarização entre as duas ciências.

De forma pioneira, Ronald Coase (1960) dá início ao movimento com seu artigo “The problem of social cost”¹⁹¹. Coase, mais tarde, veio a desenvolver o famoso “Teorema de Coase”, que revolucionou o modo de pensar Direito e Economia a partir da atribuição do conceito de eficiência e da alocação de direitos de propriedade para a resolução de casos legais. Guido Calabresi (1961) vem a estabelecer definitivamente as raízes do movimento com sua obra *Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*¹⁹², sendo considerada a obra que fixa as premissas da AED.

Não obstante, apenas por meio de diversos trabalhos de Henry Manne (discípulo de Coase), o termo “Law and Economics” ou mesmo “Economic analysis of law” é inaugurado. Destacamos que o Decreto-Lei n.º 200/1967 foi o primeiro diploma normativo brasileiro que mencionou expressamente a ideia de eficiência, já a relacionando ao exercício da função administrativa. Pela data de edição desse Decreto-Lei, percebe-se sua contemporaneidade com a ebulição do movimento da AED nos Estados Unidos.

A AED baseia-se, de forma geral, na aplicação de métodos econômicos ao estudo do direito. Nas palavras de Pinheiro e Saddi¹⁹³: “Análise Econômica do Direito se refere a métodos da economia para resolver problemas legais e inversamente, como o Direito e as

¹⁹¹ COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. Chicago: University of Chicago Press, Reprint, 1960.

¹⁹² CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts**. Yale: The Yale Law Journal, Vol. 70, No. 1961.

¹⁹³ PINHEIRO, Armando Castelar & SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

regras legais exercem impacto sobre a economia e seu desenvolvimento”.

Sinteticamente, pode-se dividir a AED em duas grandes áreas de estudo e atuação: a positiva e a normativa. A abordagem positiva engloba os efeitos das regras legais, ou seja, como os agentes reagem ou devem reagir às mudanças ou inovações dentro do ordenamento jurídico vigente. Ela se ocupa, basicamente, dos efeitos práticos que uma mudança de uma regra legal gera na economia ou mesmo na sociedade. Já a abordagem normativa almeja estabelecer modelos ideais de atuação das instituições, de forma que a estruturação das regras jurídicas busque maior eficiência¹⁹⁴.

É nítido que o ponto central da AED gira em torno do critério de eficiência, independentemente de a abordagem ser positiva ou normativa. Os autores do movimento Direito e Economia são, nas pertinentes palavras de Salama¹⁹⁵, “a vanguarda do pensamento sobre a relação entre justiça e eficiência”.

Dentro desse contexto, Posner apresenta uma Teoria da Justiça cujo elemento fundante é a ideia de eficiência¹⁹⁶. Em verdade, Posner busca fundamentar todo o sistema jurídico a partir do vetor da eficiência, que atuaria quase que como um princípio supranormativo, dando sustentação a todo ordenamento jurídico. Para Posner, o próprio nascimento da Common Law teria derivado de uma ação positiva dos juízes com o intuito de tornar o sistema jurídico-normativo mais eficiente¹⁹⁷. Deveras, uma norma seria justa apenas se fosse eficiente.

Segundo esse autor, a função primordial do direito seria a maximização da riqueza geral, partindo de um viés extremamente utilitarista e pragmático, típico da doutrina norte-americana¹⁹⁸. Ainda segundo Posner, como o direito deve sempre buscar a maximização da riqueza geral, os juízes em suas decisões deveriam sempre buscar esse propósito, estando toda atividade jurisdicional instrumentalizada à consecução da eficiência¹⁹⁹.

Posner rechaça o uso de teorias morais ou políticas para a construção de uma decisão judicial, reafirmando seu viés empirista e pragmático. Para o autor, a arguição de pontos da filosofia moral desviaria o foco do real objetivo da atividade jurisprudencial, entrando no campo do relativismo axiológico no qual conceitos de moral e ética confundir-se-iam em uma imensa nuvem de valores, que acabariam por perder-se no plano abstrato.

¹⁹⁴ Sobre a interseção entre Direito e Economia, conferir: FRIEDMAN, David Director. **What economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University, 2000.

¹⁹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹⁶ POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. Boston: Little Brown, 2nd edition, 1992.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 251 e ss.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 255.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 23.

O próprio Posner, ao propor a utilização da eficiência como critério que orientaria toda a atividade jurisdicional, defende a adoção da teoria da eficiência dinâmica de Kaldor-Hicks como guia para aferição da eficiência das regras e decisões judiciais, destacando a aparente utopia da Eficiência à Pareto. Nesse sentido, faço referência ao texto expresso da lição do autor²⁰⁰:

Because the conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency, it is pretty clear that the operating definition of efficiency in economics is not Pareto superiority. When an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, **nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient**, as shall this book²⁰¹ (grifo nosso).

Apesar da radicalização do argumento apresentado por Posner, tendo sido duramente criticado por diversos autores, como Dworkin²⁰², sua obra abriu espaço para uma diferente forma de se pensar o direito: por meio de princípios como a maximização da riqueza e a eficiência, a Ciência Jurídica pôde ser compreendida a partir de um prisma completamente distinto. A relação entre Direito e Economia, norteada pela eficiência, consolidava-se cada vez mais.

A eficiência, mesmo que não seja o fundamento único da justiça, de forma alguma deve ser ignorada na análise das relações jurídicas. Essa é a essência da interdisciplinaridade. A busca pelo que seria eficiente está intimamente ligada a diversos aspectos da vida social e, conseqüentemente, ao direito.

Não obstante, diversas críticas surgiram contra esse movimento de pragmatização da dogmática jurídica sugerido pelos autores da AED. O indiano Armatya Sen²⁰³, por exemplo, argumenta que uma análise estritamente econômica de problemas legais poderia levar ao indevido afastamento das questões éticas e filosóficas que também permeiam o sistema jurídico-normativo.

Para Sen, a Economia distanciou-se nos últimos anos da Ética, com a crescente instrumentalização matemática dos problemas econômicos, que, muitas vezes, abandonam questões importantes, como a discussão sobre a equidade e proteção aos direitos e liberdades

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 14.

²⁰¹ Tradução livre: como as condições para a superioridade de Pareto quase nunca são satisfeitas no mundo real, ainda que os economistas falem bastante sobre eficiência, está bem claro que a definição operacional de eficiência em economia não é a superioridade de Pareto. Quando um economista diz que o livre comércio, a competição, o controle da poluição ou alguma política ou situação mundial é eficiente, nove vezes em cada dez ele quer dizer Kaldor-Hicks eficiente, como também faremos neste livro.

²⁰² DWORKIN, Ronald. **Is wealth a value?**. Chicago: The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, 1980.

²⁰³ Prêmio Nobel de Economia em 1998.

fundamentais. Assim, percebemos movimento inverso ao que ocorre no Direito: enquanto aqui, muitas vezes, ignoram-se as consequências econômicas e quantitativas das leis e decisões judiciais, na Economia privilegia-se a análise macro e microeconômica, esquecendo-se da positivação jurídica dos direitos e garantias fundamentais. Segundo Sen²⁰⁴:

Essa “concepção da realização social relacionada à ética” não pode deter a avaliação em algum ponto arbitrário como “satisfazer a eficiência”. A avaliação tem de ser mais inteiramente ética e adotar uma visão mais abrangente do “bem”. Esse é um aspecto de certa importância novamente no contexto da economia moderna, especialmente a moderna economia do bem-estar.

O autor também aponta que a visão de Pareto e Kaldor-Hicks não se atenta para a ideia de equidade, uma vez que não há qualquer preocupação com a distribuição equitativa dos recursos ou utilidades, podendo haver uma situação Pareto-eficiente mesmo no caso do aumento da utilidade de um bilionário e manutenção do *status quo* de miseráveis. Isso, segundo o autor, reforçaria um viés antidistributivo das teorias estática e dinâmica da eficiência, principalmente quando utilizados para embasar políticas públicas. Tudo isso poderia agravar uma situação pré-existente de desigualdade social. Uma situação eficiente segundo esses modelos não seria necessariamente equitativa.

A crítica de Sen coaduna com os ataques de Dworkin à Teoria da Justiça elaborada por Posner. Dworkin argumenta que a elevação da eficiência como único fundamento ético do direito por Posner, além de ignorar a pluralidade de princípios éticos e sociais que regem o direito, seria, ainda, uma análise rasa e unilateral da Ciência Jurídica²⁰⁵. Esse foi um dos motivos da guinada pragmática de Posner²⁰⁶, que passou a adotar um discurso mais conciliador e sem priorizar unicamente a eficiência em sua análise jurídica²⁰⁷.

Em sentido análogo, Batista Júnior também rejeita esse formalismo estéril das análises estritamente econômicas quando transpostas para o direito²⁰⁸. Nesse sentido, reforça a todo tempo em sua obra que a busca pela eficiência administrativa não pode desgarrar-se da firme garantia dos direitos fundamentais do ser humano. Deve, assim, assegurar anseios do

²⁰⁴ SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 20.

²⁰⁵ DWORKIN, 1980

²⁰⁶ Cf.: MOTA, Marcelo. **Pragmatismo jurídico, positivismo normativista, e liberalismo político-econômico Austríaco**. Artigo apresentado no XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. São Paulo: Anais do CONPEDI, 2009.

²⁰⁷ Posner passou décadas defendendo sua teoria da justiça baseada na eficiência. Deveras, acaba abrandando suas ideias na década de 1990 ao publicar o livro *The problem of jurisprudence* (1993), no qual assume que a maximização da riqueza deve ser apenas um dos nortes da aplicação e formulação do Direito, e não “o” norte, descaracterizando a eficiência como um critério ético fundante do Direito.

²⁰⁸ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 101 e ss.

garantismo constitucional sempre de forma equilibrada, até porque as necessidades econômicas, sociais e culturais dos administrados encontram-se insertas dentro do próprio desiderato do Estado democrático de direito, sendo um dos “fins” a ser maximizado pela materialização da eficiência no seio da Administração Pública. Em sentido análogo, Galdino conclui²⁰⁹:

Em conclusão, **a eficiência não é inimiga dos direitos fundamentais**. Ao contrário de ser uma forma de substituir critérios de justiça por critérios puramente financeiros, a eficiência — adequadamente construída — **é um poderoso instrumento de transformação social e proteção dos valores democráticos e dos direitos fundamentais** (grifos nossos).

Concordamos com o posicionamento desses últimos autores, que reforçam a importância da eficiência para a dogmática jurídica, sem se afastar das demais normas que compõem o regime jurídico constitucional, em especial os direitos fundamentais do cidadão. Indico, de pronto, que esse viés guiará todo este trabalho.

4.3 Evolução do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro: previsões constitucionais e legais

4.3.1 Decreto-Lei n.º 200/1967

A doutrina²¹⁰ é praticamente uníssona em afirmar que o primeiro ato normativo que mencionou expressamente a eficiência foi o Decreto-Lei 200/1967, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei ordinária. Conforme a ementa do próprio texto legal²¹¹, esse Decreto-Lei dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Trata-se do diploma base de toda a organização administrava federal, ainda estando vigente a despeito das críticas existentes²¹².

Ademais, o referido diploma normativo positivou expressamente a ideia de eficiência em três tópicos distintos: 1) eficiência como princípio da supervisão ministerial (art. 26, II c/c art. 27); 2) eficiência no funcionamento do sistema de atividades auxiliares (art. 30, §2º); 3) controle de eficiência dos servidores públicos (art. 100). Batista Júnior ainda cita os art. 13 c/c

²⁰⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 267.

²¹⁰ BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 110.

²¹¹ LC n.º 95/98 (Lei de Técnica Legislativa): art. 5º — A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.

²¹² MELLO, 2015, p. 160.

art. 25, V e VII, apontando que esses dispositivos sujeitam toda atividade do Executivo Federal ao controle de resultados, fortalecendo o sistema de mérito²¹³. Tendemos a discordar do autor nesse ponto, pois não observamos a ideia de eficiência resultar do texto escrito desses dispositivos, no máximo de forma indireta e distante²¹⁴.

Não obstante, destacamos a extrema relevância da previsão do art. 26, III²¹⁵, que estabelece a eficiência administrativa como um dos objetivos que a supervisão ministerial deve assegurar. A supervisão ministerial na Administração Indireta estabelece um “elo de vinculação”²¹⁶ entre as pessoas jurídicas que formam a Administração Indireta (decorrentes de um processo de descentralização) e as respectivas pessoas políticas da Federação, que formam o que se chama de Administração Direta.

Os entes federativos exercem controle finalístico sobre as pessoas jurídicas que integram a Administração Direta, sempre por meio de algum Ministério ou Secretaria (por isso o Decreto-Lei chama essa forma de controle de “supervisão ministerial”). Estabelece-se uma relação de vinculação para fins de controle, não havendo qualquer hierarquia entre os entes vinculados²¹⁷. Por esses motivos, grande parte da doutrina refere-se a esse tipo de controle como tutela administrativa²¹⁸.

Em sentido contínuo, o art. 30, §2º do Decreto-Lei 200/67²¹⁹, tratando do movimento de desconcentração na Administração Direta, estabelece que o chefe do órgão central do sistema de atividades auxiliares é responsável pelo funcionamento *eficiente* e coordenado

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Art. 13 — O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

- a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;
- b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;
- c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

Art. 25 — A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do ministro de Estado:

V — Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados.

VII — Fortalecer o sistema do mérito.

²¹⁵ Art. 26 — No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

III — A eficiência administrativa.

²¹⁶ CARVALHO FILHO, 2014, p. 463.

²¹⁷ DI PIETRO, 2016, p. 593.

²¹⁸ CARVALHO FILHO, 2014, p. 470.

²¹⁹ Art. 30 — Serão organizadas sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central.

§ 2º O chefe do órgão central do sistema é responsável pelo fiel cumprimento das leis e regulamentos pertinentes e pelo **funcionamento eficiente** e coordenado do sistema (grifo nosso).

desse sistema.

No que toca ao art. 100²²⁰ do Decreto-Lei 200/67, o legislador ordinário estabelece a possibilidade de controle interno da própria Administração Pública Federal sobre servidores públicos comprovadamente ineficientes no desempenho dos seus encargos legais, viabilizando a abertura de processo administrativo disciplinar para o desligamento do servidor com desempenho insatisfatório.

Ante o exposto, já há previsão normativa para desligamento de servidores públicos estáveis por ineficiência desde meados de 1967, apesar de sua aplicação ser quase nula. Apesar de todo o festejo que envolveu a inserção no texto constitucional da possibilidade de desligamento do servidor público mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho (art. 41, §1º, III da CRFB²²¹), nota-se que a EC n.º 19/98 pouco inovou nesse ponto.

Por esses fatos, Di Pietro, Motta e Ferraz consideram que a referida inovação constitucional trata-se de norma inútil²²². Percebe-se que realmente não houve verdadeira inovação na EC n.º 19/98, mas isso não significa que a norma inserida seja inútil. Na verdade, o constituinte derivado reformador acabou dando *status* constitucional a uma norma quase esquecida no arcabouço normativo brasileiro, reforçando sua importância a partir de sua solidificação no ápice da pirâmide normativa. Ademais, como o Decreto-Lei 200/1967 cinge-se à Administração Pública Federal, sua constitucionalização acabou lhe conferindo caráter nacional, possibilitando a aplicação dessa norma em todos os níveis federativos (desde que, por fim, seja regulamentada).

A partir da análise conjunta desses dispositivos do Decreto-Lei 200/67, percebe-se o começo da tentativa de vincular expressamente a atividade administrativa à ideia de eficiência.

Como veremos no próximo tópico, a Reforma Administrativa promovida pelo Decreto-Lei 200/67 é a primeira tentativa de evolução do modelo burocrático para o modelo gerencial. Almejava-se uma mudança do próprio foco da atividade administrativa, com a

²²⁰ Art. 100 — Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, **comprovadamente ineficiente** no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres (grifo nosso).

²²¹ Art. 41 — São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

III — mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa (incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998).

²²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores Públicos na Constituição Federal**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 165.

centralização dos esforços para a consecução dos resultados.

Essa guinada na própria concepção de atividade administrativa também influencia a delimitação da ideia de eficiência. A noção de eficiência no modelo burocrático não era a mesma do modelo gerencial, até porque o contexto era distinto: enquanto no primeiro o foco estava na procedimentalização racional-legal (meios), o segundo voltava-se ao controle dos resultados alcançados (fins).

É verdade que o princípio da eficiência sempre estabelece um mandamento de otimização da relação entre meios e fins. Porém, os próprios fins estatais são voláteis, variando conforme o ordenamento jurídico vigente. Ademais, como todo conceito jurídico indeterminado, a ideia de eficiência altera-se conforme as variações de espaço e tempo (atributo da mutabilidade)²²³: o que é eficiente hoje pode não ser amanhã, assim como o que é eficiente em um local pode não ser em outra região.

4.3.2 Texto original da Constituição de 1988

A despeito da inovação do Decreto-Lei 200/67, não houve qualquer previsão normativa da ideia de eficiência administrativa até a promulgação da Constituição de 1988. Interessa notar que a eficiência não estava prevista como princípio regente da Administração Pública no texto originário (art. 37 da CRFB). Todavia, isso não significa que o constituinte originário não fez referência a esse princípio.

A primeira menção ocorre no capítulo do Poder Legislativo, dentro da Seção IX, que trata do poder típico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Legislativo. O art. 74 da CRFB dispõe sobre a necessidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário manterem sistemas integrados de controle interno, estabelecendo em seus incisos as finalidades a que esses sistemas devem visar.

No que interessa a este trabalho, o inciso II estabelece como finalidade dos sistemas de controle interno “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

Percebe-se que o constituinte estabelece tanto a eficiência como a eficácia (abarcando toda a amplitude do conceito de eficiência *lato sensu*) como vetores que devem guiar o

²²³ DI PIETRO, 1991, p. 97.

desenvolvimento dos mecanismos de controle interno. A relevância desse dispositivo é incontestável, sendo o fundamento constitucional de todo sistema de controle interno dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Batista Júnior²²⁴ ainda cita o art. 70 da CRFB²²⁵, que dispõe sobre o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União — TCU (art. 71 da CRFB) e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O autor observa que esse dispositivo finca a economicidade como um dos parâmetros para controle externo (exercido pelo Legislativo) e controle interno da Administração Pública, lembrando que a economicidade é uma das facetas do princípio da eficiência. Assim sendo, o princípio da eficiência já teria sido constitucionalizado como parâmetro de controle da Administração Pública desde o texto original (pelo menos sob uma de suas facetas).

A outra ocasião na qual o constituinte originário dispõe expressamente sobre a ideia de eficiência ocorre no “Título V”, que trata da Defesa das Instituições Democráticas, em seu “Capítulo III”, que dispõe sobre a Segurança Pública. É certo que a Segurança Pública é atividade de caráter estatal que se desenvolve no seio da Administração Pública, geralmente mediante órgãos desconcentrados do Executivo.

Segundo o artigo 144, §7º, da CRFB²²⁶, a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública devem ocorrer de forma que se garanta a eficiência de suas atividades. Essa previsão esparsa — quase nunca citada pela doutrina — apenas reforça a nítida relação do princípio da eficiência com a regulação da atividade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, mormente na Constituição.

4.3.3 O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) surge logo em seguida à promulgação do texto constitucional, até por conta do comando previsto no art. 48 do ADCT

²²⁴ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 110.

²²⁵ Art. 70 — A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

²²⁶ Art. 144 — A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
§ 7º — A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de **maneira a garantir a eficiência de suas atividades** (grifo nosso).

c/c art. 5º, inciso XXXII, e art. 170, inciso V, da Constituição Federal. Nesse celebrado diploma normativo, a ideia de eficiência administrativa volta a surgir principalmente — mas não só — no âmbito da prestação dos serviços públicos.

Nesse sentido, há menção à criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços e à coibição eficiente de todos os abusos praticados no mercado de consumo como princípios da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, V e VI do CDC)²²⁷. Essas disposições trazem interessante previsão do princípio da eficiência dentro do exercício do poder de polícia nas relações de consumo, tanto preventivo (“incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços”) quanto repressivo (“coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo”).

Conforme lição de Bandeira de Mello, o poder de polícia trata-se da “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”²²⁸. Assim sendo, o sentido amplo de poder de polícia abrange tanto os atos legislativos quanto os atos executivos: é o complexo de atos do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e propriedade dos cidadãos²²⁹.

Ante o exposto, é certo que as disposições normativas elencadas acima inserem-se dentro do poder de polícia em seu sentido *lato*, uma vez que estabelecem normas que restringem a uma faceta do direito individual a liberdade dos cidadãos, não obstante essa restrição esteja completamente instrumentalizada à harmonização dos interesses individuais com os interesses da coletividade.

Porém, já no inciso VII, percebe-se uma relação implícita entre a ideia de eficiência e a execução dos serviços públicos. Ainda dentro dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, o legislador faz menção direta à “racionalização e melhoria dos serviços públicos”. Ora, apesar de não apresentar expressamente o termo “eficiência”, é indiscutível que a racionalização e melhoria de certo serviço público trata-se de um claro

²²⁷ Art. 4º — A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (redação dada pela Lei n.º 9.008, de 21.3.1995)

V — incentivo à criação pelos fornecedores de **meios eficientes** de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (grifo nosso);

VI — **coibição e repressão eficientes** de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores (grifo nosso);

VII — racionalização e melhoria dos serviços públicos.

²²⁸ MELLO, 2015, p. 846.

²²⁹ *Ibidem*.

mandamento de otimização da prestação desses serviços.

Ainda dentro do tema “serviços públicos”, o art. 22 do CDC²³⁰ exige que os serviços públicos prestados por meio dos regimes de concessão, permissão ou mesmo diretamente pelos órgãos públicos e suas empresas sejam, dentre outras características, eficientes. Além disso, o parágrafo único desse artigo prevê expressamente a possibilidade de reparação de danos por eventual descumprimento das obrigações instituídas no *caput*.

Interessante notar que o legislador ordinário optou por prever expressamente a possibilidade de vícios de ineficiência na prestação de serviços públicos ensejarem a responsabilidade civil das prestadoras desses serviços. Todavia, entendemos que a regra geral prevista no art. 927 do Código Civil²³¹ seria suficiente para configurar tal responsabilidade, uma vez que o vício de ineficiência caracteriza-se — no âmbito da Administração Pública — como uma ilegalidade *lato sensu* (por derivar de norma constitucional), o que por si só já lhe caracteriza como um ato ilícito.

Outro ponto a se destacar é que o legislador previu que esses mesmos serviços devem ser adequados, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Na verdade, concordando com Batista Júnior²³², todas essas características são facetas que se ligam à mesma ideia nuclear: a de eficiência na prestação dos serviços públicos.

O legislador não adota o melhor posicionamento ao restringir a característica de “continuidade” aos serviços públicos chamados de “essenciais”. Quando o CDC faz tal previsão, parece cingir a ideia de continuidade àqueles serviços públicos definidos como essenciais pelo art. 10º da Lei 7.783/89²³³ por conta da possibilidade de interrupção dos serviços não essenciais pelo exercício do direito de greve (art. 9º, *caput* e §1º da CRFB).

Não obstante, a continuidade é característica que deveria ser ínsita a todos os serviços públicos, e não só aos “essenciais”. A possibilidade excepcionalíssima de interrupção da continuidade dos serviços não essenciais por conta do exercício do direito de greve não exclui a imposição dessa ideia em sua prestação ordinária. A greve trata-se de causa temporária e

²³⁰ Art. 22 — Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços **adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos** (grifo nosso).

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

²³¹ Art. 927 — Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²³² BATISTA JÚNIOR, 2012, capítulo 5.

²³³ São considerados serviços ou atividades essenciais: I — tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II — assistência médica e hospitalar; III — distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV — funerários; V — transporte coletivo; VI — captação e tratamento de esgoto e lixo; VII — telecomunicações; VIII — guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX — processamento de dados ligados a serviços essenciais; X — controle de tráfego aéreo; XI — compensação bancária.

excepcional de interrupção da continuidade, suavizando momentaneamente a exigência de permanência da prestação dos serviços públicos por ser direito fundamental com previsão expressa no texto constitucional. Porém, esse direito fundamental não exclui essa característica nuclear de todo serviço público.

A propósito, é clássico o ensinamento de Hely Lopes Meirelles que estabelece a continuidade como um dos cinco princípios que devem reger a prestação de todos os serviços públicos, ao lado da eficiência, cortesia, modicidade e generalidade²³⁴. Nesse mesmo sentido apontam Carvalho Filho²³⁵ e Di Pietro²³⁶, estando amplamente consolidado o entendimento que estabelece a continuidade com um dos principais elementos caracterizadores da adequação na prestação de qualquer serviço público.

4.3.4 Lei de Concessões e Permissões (Lei 8.987/95)

Nessa mesma toada, o art. 6º da Lei 8.987/95 (“Lei de Concessões e Permissões”) estabelece a continuidade como um dos elementos necessários a caracterização de um serviço público como “adequado”²³⁷. Ademais, seguindo a linha estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, esse mesmo dispositivo também prevê a eficiência como uma das condições para se verificar a adequação de determinado serviço público.

4.3.5 Emenda Constitucional n.º 19/98

Poucos anos após a edição da Lei 8.987/95 surge a EC n.º 19/98, ato normativo que constitucionalizou a eficiência como princípio reitor de toda Administração Pública. Essa emenda constitucional decorreu diretamente do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), idealizado pela Câmara de Reforma do Estado, sob a liderança intelectual do ministro Luis Carlos Bresser Pereira. O contexto dessa constitucionalização e sua relação com a fase da Administração Pública gerencial serão analisados no próximo tópico, por conta de sua relevância para o objeto deste trabalho. Cita-se, aqui, apenas para não perder a linearidade dessa análise da evolução normativa do princípio da eficiência no ordenamento jurídico

²³⁴ MEIRELLES, 2010, p. 419.

²³⁵ CARVALHO FILHO, 2014, p. 339.

²³⁶ DI PIETRO, 2016, p. 144

²³⁷ Art. 6º — Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º — Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, **continuidade, eficiência**, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (grifo nosso).

brasileiro.

4.3.6 Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99)

Seguindo o raciocínio temporal, registramos que a celebrada Lei 9.784/99 surge poucos meses após a EC 19/98. Essa lei regulamentou o processo administrativo no âmbito da Administração Federal (lembrando-se da distinção entre lei federal, que abarca apenas a União, e lei nacional, que atinge todos os entes federativos), assumindo grande importância na esfera do Direito Administrativo. Por conta de sua relevância, é fato notório que esse diploma normativo vem servindo como parâmetro para a produção de leis que versem sobre o processo administrativo nos demais entes da Federação (estados, Distrito Federal e municípios).

O art. 2º da Lei 9.784/99 dispõe sobre os princípios que regem o processo administrativo e, seguindo o mandamento constitucional, reproduz novamente o princípio da eficiência²³⁸. Sobre a importância desse dispositivo, Fortini (et. al.) destacam²³⁹:

Com efeito, o art. 2º inovou ao positivizar princípios que até então vinham sendo tratados apenas pela doutrina e jurisprudência, ou por leis de aplicação limitada a determinados Estados e Municípios.

Por isso mesmo, o art. 2º tem especial importância, visto ser fundamental a presença dos princípios no processo pois, juntamente com as regras, servirão de norte para guiar os particulares e juízes nas tomadas da decisão, melhor dizendo, são a base estruturante do Direito.

4.3.7 Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

A ideia de eficiência volta a aparecer apenas no Código de Processo Civil de 2015. O art. 8º do Novo CPC (Lei 13.105/2015) estabelece que o juiz, quando for aplicar o ordenamento jurídico, deve atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Trata-se de importantíssima menção, estabelecendo a eficiência como um dos critérios que devem guiar a aplicação e integração do ordenamento jurídico nacional. A análise literal do texto esparso desse dispositivo poderia levar à errônea conclusão de que a referida norma

²³⁸ Art. 2º — A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

²³⁹ FORTINI; PEREIRA; CAMARÃO, 2008, p. 41.

estabelece a eficiência como vetor de aplicação do ordenamento jurídico em qualquer matéria da dogmática jurídica. Porém, não podemos nos guiar por uma interpretação literal desconectada do sistema lógico-normativo estabelecido pelo CPC, diploma afeto apenas à matéria processual civil.

Aliás, realizando uma simples análise da técnica legislativa empregada, observo que esse artigo se situa dentro do “Livro I” (Das normas processuais civis), “Título único” (Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais), “Capítulo 1” (Das normas fundamentais do Processo Civil). Indiscutível, pois, que o dispositivo normativo se restrinja à aplicação do ordenamento jurídico pelo juiz dentro de matéria processual civil.

Interessante notar que essa foi a primeira norma de certa relevância a prever a aplicação do princípio da eficiência fora do âmbito da Administração Pública, extravasando a moldura normativa estabelecida pelo art. 37 da CRFB. O novo CPC finca a eficiência como um dos princípios aos quais o juiz deve ater-se ao aplicar o ordenamento jurídico. Em outras palavras, alça-a à posição de princípio-guia de toda a atividade jurisdicional em matéria civil, ultrapassando em larga escala a órbita da relação entre eficiência e Administração Pública, à qual esse princípio restringia-se. Nas palavras de Didier Jr.²⁴⁰:

A dimensão do princípio da eficiência que ora nos interessa é a outra. O princípio da eficiência, aplicado ao processo jurisdicional, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional. O princípio, aqui, **dirige-se ao órgão do Poder Judiciário, não na condição de ente da administração, mas, sim, de órgão jurisdicional, responsável pela gestão de um processo (jurisdicional) específico.** Assim, é norma de direito processual (grifo nosso).

Apesar dessa previsão normativa extravasar o âmbito regime jurídico-administrativo, não se nega que pode influenciá-lo de forma indireta, até por conta de seu caráter processual. O art. 15 do CPC estabelece que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Assim, nada impede que a referida norma seja aplicada de forma supletiva ou mesmo subsidiária em matérias de processo administrativo.

Moreira destaca que, como o art. 15 do CPC valeu-se das expressões “aplicação supletiva” e “aplicação subsidiária”, acabou positivando a possibilidade de incidência das normas previstas no CPC a processos administrativos tanto nos casos em que há omissão legislativa (e/ou normativa em sentido estrito) como nos casos em que o dispositivo a ser

²⁴⁰ DIDIER, Fredie Jr. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil**, v. 52, 2013, p. 39.

aplicado possa ser valorizado/aprimorado no caso concreto por meio da incidência de norma processual civil²⁴¹. Desse modo, para o autor, as normas processuais cíveis passam a integrar o que ele vem a chamar de “microssistema normativo dos processos administrativos”.

4.3.8 Lei dos Usuários dos Serviços Públicos (Lei 13.460/2017)

Já nos anos mais recentes, finalmente houve a edição da Lei dos Usuários dos Serviços Públicos (Lei 13.460/2017), dando plena eficácia ao art. 37, §3º, I, da CRFB. Esse §1º e seus respectivos incisos também foram incluídos no texto constitucional pela EC n.º 19/98, guardando direta influência com a busca de maior eficiência na Administração Pública. Apesar de ser lamentável que uma lei de tamanha importância tenha demorado quase 20 anos para ser editada, sua publicação é um sopro de esperança para a ideia de real efetivação da eficiência nos serviços públicos. Afinal, como já dizia o ditado popular: “antes tarde do que nunca”.

A ideia de eficiência guia a própria gênese desse diploma. Com efeito, a Lei n.º 13.460/2017 possibilita uma maior participação dos usuários na própria prestação do serviço público, fixando seus direitos e estabelecendo os meios de controle que podem ser utilizados para assegurar que a prestação do serviço público seja, ao fim e ao cabo, verdadeiramente eficiente.

Busca, portanto, uma verdadeira otimização dos serviços públicos, principalmente a partir da positivação de instrumentos que visam a viabilizar uma efetiva participação do usuário no controle de qualidade desses serviços, tais como: a) possibilidade de manifestação dos usuários perante a Administração Pública acerca da prestação dos serviços públicos (capítulo II — art. 9º a 12º); b) criação de ouvidorias (capítulo III — art. 13º a 17º); c) criação dos conselhos dos usuários (capítulo IV — art. 18º a 22º); d) criação da avaliação continuada dos serviços públicos (capítulo V — art. 23º e 24º).

Por conta de sua relevância para este trabalho, essa lei será destrinchada em tópico próprio no último capítulo deste trabalho, sob a perspectiva da viabilização do controle judicial da eficiência administrativa nos serviços públicos, a partir de suas disposições normativas.

²⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **O impacto do CPC/2015 nos processos administrativos: uma nova Racionalidade.** Direito do Estado, Num. 104, 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-razionalidade. Acesso em 19/06/2018.

4.3.9 Lei 13.655/2018

Finalmente, é de suma importância fazer referência às mudanças introduzidas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB: Decreto-Lei n.º 4.657/1942). Esse diploma normativo inclui os artigos 20 a 30 na LINDB, estabelecendo normas que visam a garantir a segurança jurídica e a eficiência na criação e aplicação das normas de direito público.

Aliás, além de dispor expressamente sobre a ideia de eficiência em diversos dispositivos, trata-se de importante mudança legislativa que impacta diretamente a própria interpretação e aplicação desse princípio, tanto na via administrativa quanto na via judicial, positivando uma série de critérios que devem ser observados nessas esferas.

Desse modo, se for provada a viabilidade jurídica do controle judicial da eficiência administrativa tal como é levantado na hipótese central deste trabalho, as mudanças introduzidas pela Lei 13.655/2018 influenciarão diretamente a própria *forma* de manifestação dessa espécie de controle. O legislador acaba estabelecendo parâmetros que devem guiar toda a criação e aplicação das normas de direito público, tentando compatibilizar o princípio da segurança jurídica com a aplicação de valores jurídicos abstratos em sede de controle judicial, administrativo ou mesmo no próprio exercício da função administrativa.

Por todo o exposto, esse diploma normativo assume papel central nesta dissertação, uma vez que é a primeira lei que tenta estabelecer soluções para a eterna tensão existente entre o princípio da segurança jurídica e a aplicação de normas abstratas (como os princípios) em sede de controle judicial/administrativo. Em consequência, também será abordado em tópico apartado.

4.4 Reformas Administrativas e contexto da constitucionalização do princípio da eficiência pela EC n.º 19/98

4.4.1 Conceito de “Reforma Administrativa”

A Emenda Constitucional n.º 19/98 foi o principal diploma normativo do que veio a ser chamado de Reforma Administrativa. As propostas legislativas que deram gênese a essa “reforma” decorreram diretamente do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995).

Esse plano é considerado o marco da fase gerencial da Administração Pública, materializando uma tentativa de superação do viés burocrático que imperava no fim do século XX na Administração Pública nacional. Por esse motivo, Dias e outros autores nomeiam-na de Reforma Administrativa Gerencial, frisando a influência dessa “reforma” para consolidação da ideia de Administração Pública Gerencial no Brasil²⁴². Neste tópico, abordaremos o contexto de surgimento da EC n.º 19/98 e analisaremos criticamente a evolução das fases da Administração Pública que são usualmente noticiadas pela doutrina administrativista e até pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado²⁴³: fases patrimonialista, burocrática e gerencial.

Como lembra Dias, os doutrinadores vêm utilizando a expressão “reforma administrativa” de uma forma genérica e sem qualquer critério, ora significando qualquer alteração processada no âmbito da Administração Pública, ora se referindo à alteração de aspectos pontuais da Administração Pública, ou ainda como uma concepção de alteração global que atinge a Administração Pública como um todo, causando um grande impacto em toda atividade administrativa²⁴⁴.

Ainda segundo Dias, o último conceito tem prevalecido na doutrina. Também entendemos que seja a melhor concepção. A utilização do termo “reforma” sugere uma mudança mais ampla, conforme o próprio sentido etimológico da palavra. Quando fazemos algum conserto de pequena importância em nossa casa, ou mesmo quando alteramos algum móvel ou qualquer elemento isolado, não dizemos que foi feita uma “reforma”. A verdadeira “reforma” ocorre quando há uma larga mudança, com a perda de características antigas e substituição por uma nova roupagem.

O mesmo ocorre com a Administração Pública. Não há que se falar em reforma administrativa quando há uma pequena mudança ou ajuste normativo: não existe reforma quando há a manutenção do *status quo*. Assim, o conceito de reforma administrativa envolve uma alteração profunda, atingindo amplamente os pilares que estruturam a Administração Pública.

4.4.2 As principais Reformas Administrativas na história brasileira

²⁴² DIAS, 2003, p. 172.

²⁴³ Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, 1995, p. 15.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 171.

Dias²⁴⁵ destaca a existência (em tese) de três reformas administrativas na história brasileira: I — a Reforma Administrativa da Era de Vargas (1936-1945); II — a Reforma Administrativa do Decreto-Lei 200/1967; III — a Reforma Administrativa gerencial, teorizada pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e formalizada pelas Emendas Constitucionais n. 19 e 20 de 1998. Fala-se “em tese” pois nenhuma dessas reformas teve completo sucesso, consubstanciando-se mais em tentativas de reformas do que realmente reformas efetivas.

Por esse motivo, a autora defende que essas ditas “reformas” não podem ser vistas de forma estanque, pois apesar de sinalizarem uma tentativa de mudança global em toda Administração Pública, acabaram não tendo grande efetividade prática. Assim, seriam vistas como “fases” de um processo histórico contínuo, uma vez que em nenhum momento houve verdadeira ruptura com a forma estabelecida pelas fases anteriores²⁴⁶. Apesar das críticas, adotaremos neste trabalho o vocábulo “reforma” para nos referirmos a estas amplas tentativas de transformação da estrutura administrativa, pois se trata de termo amplamente difundido na doutrina e jurisprudência nacionais.

4.4.2.1 A Reforma Administrativa da Era de Getúlio Vargas (“Reforma do DASP”) e Administração Pública burocrática

A Reforma Administrativa da Era Getúlio Vargas (também chamada de “Reforma do DASP”) surge com o intuito de romper com a ideia de Administração Pública patrimonialista. O patrimonialismo é caracterizado pela confusão entre o patrimônio público e privado, típico de Estados Absolutistas, em que não há distinção entre os bens do rei e dos súditos. Trata-se de uma indesejada herança portuguesa que nos acompanha até os dias atuais. Conforme Luis Roberto Barroso²⁴⁷:

O patrimonialismo remete à nossa tradição ibérica, ao modo como se estabeleciam as relações políticas, econômicas e sociais entre o Imperador e a sociedade portuguesa, em geral, e com os colonizadores do Brasil, em particular. **Não havia separação entre a Fazenda do rei e a Fazenda do reino, entre bens particulares e bens do Estado.** Os deveres públicos e as obrigações privadas se sobrepunham. O rei tinha participação direta e pessoal nos tributos e nos frutos obtidos na colônia. **Vem desde aí a difícil**

²⁴⁵ DIAS, op. cit., p. 171.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 173.

²⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?**. Conjur, 8 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 01/05/2018, p. 3.

separação entre esfera pública e privada, que é a marca da formação nacional. É um traço tão forte que a Constituição brasileira precisou de um dispositivo expresso para vedar que os agentes públicos utilizassem dinheiro público para promoção pessoal. A aceitação resignada do inaceitável se manifesta na máxima “rouba, mas faz” (grifos nossos).

Existe uma estrita relação entre o patrimonialismo e o absolutismo, sendo o primeiro consequência do segundo. Aliás, destacamos que nosso colonizador foi um dos últimos países europeus a superar o regime monárquico absolutista, estabelecendo uma monarquia constitucional a partir da Constituição Portuguesa de 1822 (mesmo ano da Independência Brasileira). Essa ruptura teve grande influência da Revolução Liberal do Porto (1820), que foi um dos principais motivos que levaram à saída da Corte Portuguesa do Brasil em 1821.

A Implantação da República Portuguesa ocorreu apenas em 1910, mais de duas décadas após a Proclamação da República Brasileira em 1889. Com raízes absolutistas tão recentes, não é de se estranhar que ainda soframos com a pecha do patrimonialismo em nossa Administração Pública, que se apresentava de forma ainda mais acentuada na Era Vargas (1936-1945).

Essa tentativa de ruptura com a fase patrimonialista é materializada a partir da tentativa de separação segmentar entre o “público” e o “privado”. Guia-se, dessa forma, pela adoção de princípios básicos da teoria burocrática weberiana (racional-legal) à atividade administrativa. Max Weber desenvolveu sua Teoria da Burocracia a partir de uma ideia de racionalização dos meios sob uma ótica estruturalista, reforçando a neutralidade da atividade estatal a partir da exacerbação das ideias de legalidade, impessoalidade, especialização e padronização.

Valorizavam-se a racionalização e legalidade dos processos (meios) em detrimento dos resultados (fins) alcançados, uma vez que a principal preocupação do modelo burocrático era seccionar o público do privado, que acabavam confundindo-se na ótica patrimonialista. Para Nohara, no modelo burocrático, “a base do funcionamento técnico é a hierarquia do serviço, que deve ser realizado de forma impessoal, segundo regras racionais (...)”²⁴⁸.

A partir dessas ideias centrais, Chiavenato destaca as seguintes características da teoria burocrática weberiana²⁴⁹: I — caráter legal das normas e regulamentos; II — caráter formal das comunicações; III — caráter racional e divisão do trabalho; IV — impessoalidade; V — hierarquia; VI — rotinas e procedimentos standardizados; VII — competência técnica e

²⁴⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa burocrática: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28.

²⁴⁹ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da Administração**. 5ª ed. São Paulo: Makron Books, 1997, p. 419.

meritocracia; VIII — especialização da atividade administrativa; IX — profissionalização; X — previsibilidade do funcionamento.

A inserção desses princípios burocráticos dentro do contexto da Administração Pública consolidou o que veio a se chamar de “fase burocrática” da Administração Pública, em superação à fase patrimonialista. Conforme o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado²⁵⁰:

Administração Pública Burocrática — Surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre *a priori*. Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas (grifo do autor).

Dias aponta que há uma opinião quase unânime em reconhecer que a Reforma Administrativa promovida por Vargas consagrou uma espécie de Administração Pública nos moldes da burocracia clássica (racional-legal), de raízes nitidamente weberianas²⁵¹. O mesmo pode ser observado na definição apresentada pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado supramencionada, que destaca diversas características próprias do modelo burocrático weberiano. Por consequência lógica, não é exagero considerar a Reforma Administrativa de Getúlio como o marco inicial da fase burocrática na Administração Pública brasileira.

Porém, o reformismo brasileiro não se apresentava como um fenômeno isolado do contexto exógeno. A concepção de Estado de Bem-estar Social (Welfare State)²⁵² se consolidava na Europa após a crise de 1929, tendo forte influência da doutrina econômica keynesiana. No campo da Administração Pública, a tentativa de ruptura com a concepção patrimonialista intensificava-se cada vez mais²⁵³. Como destaca Coelho²⁵⁴, o emprego da teoria burocrática weberiana apenas ocorreu em larga escala no início da década de 1940, anos após o falecimento de Max Weber (1864-1920), inserindo-se nesse contexto de efervescência econômica e social.

²⁵⁰ BRASIL, 1995, p. 13.

²⁵¹ DIAS, 2003, p. 178.

²⁵² Também chamado de: Estado-providência, Estado de bem-estar, Estado assistencial, Estado social, Estado distribuidor, Estado empresário, Estado promocional, Estado protetor, dentre outras denominações.

²⁵³ DIAS, op. cit., p. 173.

²⁵⁴ COELHO, 2004, p. 122.

Há uma mudança radical da própria concepção de Estado: passa-se de um Estado Liberal — que ainda guardava fortes traços absolutistas e nítido viés patrimonialista — para um Estado-Providência, em que o patrimônio público está instrumentalizado a prover os direitos sociais e o bem-estar social. Essa alteração também gera mudanças na própria estrutura e nas atividades da Administração Pública, que acaba assumindo um novo formato.

As inúmeras funções assumidas pelo Estado no Welfare State são transportadas para o interior do aparato administrativo, ampliando-se as atividades exercidas pelos órgãos e entidades da Administração Pública. Para dar conta de todas essas atividades, a estrutura organizacional desmembra-se a partir de um forte processo de descentralização, com a criação de entes com personalidade jurídica própria e atividades especializadas: percebe-se a forte influência da burocracia racional-legal de Weber a partir da intensificação da divisão de trabalhos e da especialização das atividades.

Não obstante, essas características weberianas desenvolvem-se dentro de uma ideia de Administração Pública que não foi vivenciada pelo autor, em que as atividades administrativas passam a ser instrumentalizadas a um claro fim prestacional/social, sem abandonar os procedimentos formais e racionais da burocracia clássica. Como aponta Medauar, a burocracia guardiã é substituída pela burocracia prestacional²⁵⁵.

Como já destacado, não se nega o fato de que a Reforma Administrativa do DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público) introduziu diversos conceitos da teoria burocrática weberiana à Administração Pública brasileira. Todavia, a inserção de princípios da burocracia racional-legal não ocorreu de forma desconectada do contexto social e econômico que se apresentava no Brasil e nos demais países.

A Teoria Burocrática de Weber foi desenvolvida dentro de outro contexto organizacional, em que os papéis do Estado eram restritos e sua estrutura centralizada²⁵⁶. Mesmo assim, diversas características da burocracia clássica weberiana atendiam os objetivos do Estado-Providência, e por isso foram adotadas em larga escala a partir da década de 1940.

Em verdade, o sentimento de ruptura com o Estado Absoluto agravou-se verticalmente no Welfare State, de forma que a teoria burocrática caía como luva para materializar a separação entre o patrimônio público e privado. Da mesma forma, a exacerbação do direito positivado auxiliava na garantia — pelo menos no papel — dos direitos sociais, contribuindo para a impessoalização da atividade administrativa a partir da formalização legal dos

²⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 127.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 125.

procedimentos.

Com a ampliação das atividades estatais, também era necessário estabelecer uma divisão de trabalhos e maior especialização das entidades, sempre aliadas à maior profissionalização do serviço público, mas sem exacerbar o caráter hermético da Administração Pública weberiana, que se fechava em si mesma. Tudo o que foi apontado pode ser observado na própria Reforma de Vargas, como se depreende do seguinte trecho da Exposição de Motivos n.º 3.612/1942 do regimento interno do DASP²⁵⁷:

(...) saindo desse estado amorfo, indeciso, de 1938, adquiriu, em 1942, contornos precisos que, embora não definitivos — **pois que a administração vive num estado de reorganização contínua, em função do desenvolvimento sempre crescente das atividades do Estado** — podem, pelo menos, ser consideradas à altura das necessidades atuais e das de um futuro próximo (grifo nosso).

Portanto, percebe-se que a teoria burocrática weberiana, base teórica da “fase burocrática” da Administração Pública, também almejava um ganho de eficiência na Administração Pública. Como bem aponta Nohara, a racionalidade da burocracia “também relaciona-se com a adequação dos meios em busca do máximo de eficiência”²⁵⁸. Apesar de a ideia de eficiência ser usualmente relacionada com a “fase gerencial”²⁵⁹, é certo que a primeira não se restringe à segunda. Ainda segundo Nohara, ao contrário do que se defende, o projeto burocrático jamais deixou de ser orientado pela ideia de eficiência²⁶⁰. Aqui é necessário fazer uma divisão, como forma de clarificar o que se expõe.

Uma coisa é a eficiência como qualidade a ser buscada, como verdadeira característica de certa atividade ou transação. Nesse sentido, a eficiência restringe-se ao seu conteúdo econômico, como bem define Batista Júnior ao dispor sobre os elementos nucleares da ideia de eficiência²⁶¹. Outra coisa é a eficiência como norma-princípio, em que essa ideia econômica é transposta ao direito a partir da positivação do princípio da eficiência em diplomas normativos, tal como no art. 37 da Constituição de 1988.

A eficiência como norma-princípio, apesar de ainda guardar em seu elemento nuclear um nítido conteúdo econômico, também apresenta um conteúdo jurídico estranho à Economia. Esse conteúdo decorre da própria inserção da eficiência no regime jurídico-administrativo, em que a otimização da relação entre meios e fins ocorre a partir de novos

²⁵⁷ *Apud* DIAS, 2003, p. 178.

²⁵⁸ NOHARA, 2012, p. 28.

²⁵⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.

²⁶⁰ NOHARA, *op. cit.*, p. 33.

²⁶¹ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 93.

parâmetros: os fins visados pelo Estado extravasam o âmbito econômico, o que acaba influenciando diretamente na própria definição nuclear da ideia de eficiência como norma-princípio. Em termos mais simples: uma coisa é a eficiência de uma empresa, outra é a eficiência que deve ser buscada pela Administração Pública.

Nos estudos doutrinários das fases da Administração Pública brasileira, geralmente relaciona-se o princípio da eficiência à “fase gerencial”²⁶². Aqui, não há qualquer reparo, pois, como já vimos, a positivação da ideia de eficiência como vetor de toda Administração Pública apenas ocorreu no contexto da chamada “Reforma Administrativa Gerencial” (que desembocou nas Emendas Constitucionais n.º 19 e 20 de 1998), mesmo que já houvesse menções esparsas à ideia de eficiência no texto original da CRFB de 1988.

Contudo, isso não quer dizer que a chamada “fase burocrática” não objetivava gerar um ganho de eficiência (como qualidade) nas atividades administrativas: apenas não houve uma nítida preocupação em transpor essa ideia para o ordenamento jurídico. Mais uma vez: não se pode confundir a ideia de eficiência como *qualidade* com a eficiência como norma-princípio do regime jurídico administrativo.

Ainda nesse sentido, partindo do conteúdo econômico da ideia de eficiência (desvinculada de um possível sentido normativo-principiológico), observo que há duas hipóteses de análise da eficiência: I — absoluta; II — relativa. Tenho sérias dúvidas quanto à viabilidade da verificação da eficiência de forma absoluta, sem qualquer parâmetro de comparação. Se há um ganho de eficiência, ou seja, se há uma otimização da relação entre meios e fins, essa otimização é sempre relativa a um parâmetro prévio de comparação. Do contrário, excluir-se-ia o próprio significado de otimização: para aperfeiçoar algo, deve haver um *status quo*.

Essa questão será analisada quando dispormos sobre a viabilidade material do controle judicial da eficiência administrativa propriamente dito. O que cabe a este tópico é explicitar — partindo de uma análise relativa — o nítido ganho de eficiência quando analisamos a chamada “fase burocrática” da Administração Pública em comparação com a “fase patrimonial”.

Analisando as características da teoria burocrática racional-legal, observa-se que Weber preocupava-se especialmente com os meios da atividade administrativa, buscando racionalizá-la por meio da procedimentalização do seu funcionamento²⁶³. Ora, se há uma

²⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

²⁶³ CHIAVENATO, 1997, p. 419.

otimização dos meios de certa atividade, por consequência lógica também haverá ganho de eficiência (relação meios/fins). Gabardo, ao dissertar sobre o modelo legal-burocrático traçado por Max Weber, afirma que na visão da teoria burocrática “as definições típico-ideais de Estado e burocracia se fundam, então, na natureza dos meios”²⁶⁴.

Com efeito, destacamos a existência de duas diferenças básicas (além de outras específicas) entre a fase burocrática e a fase gerencial: I — ponto focal: enquanto a primeira foca na otimização dos meios, a segunda se concentra na otimização dos resultados a serem alcançados (fins); II — intensidade: enquanto a primeira concentrava-se na superação total (ruptura) de um parâmetro muito mais odioso (patrimonialismo), a segunda visava a aperfeiçoar os defeitos observados na fase burocrática, sem abandonar os pontos positivos que já haviam sido alcançados (superação parcial).

Assim, a questão efficientística não se mostra como o principal ponto de distinção entre as duas fases, uma vez que ambas visavam a uma otimização da relação entre meios e fins, frente ao parâmetro anterior em que a Administração Pública se desenvolvia. O que muda, no máximo, é a materialização da transposição da ideia econômica de eficiência para o direito, o que ocorreu principalmente no contexto da fase gerencial. Ainda nesse sentido, não concordamos com a usual afirmação da doutrina que geralmente destaca as fases burocrática e gerencial como polos opostos de eficiência: a primeira, ineficiente; a segunda, eficiente²⁶⁵.

Como já foi explanado, tenho sérias dúvidas quanto à viabilidade da análise da eficiência de forma absoluta. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado qualifica a administração pública burocrática como ineficiente, mas em comparação com o modelo evolutivo que buscava implantar, em uma verdadeira análise prospectiva de eficiência, mas ainda assim relativa. Nesse sentido²⁶⁶:

Considerando esta tendência, pretende-se reforçar a governança — a capacidade de governo do Estado — através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão.

Isso não significa que não houve um ganho de eficiência com a implementação do modelo burocrático pela Reforma do DASP e demais atos normativos que seguiram: tudo depende do parâmetro de comparação que se adota para a análise da eficiência, que, mais uma

²⁶⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 33.

²⁶⁵ DI PIETRO, 2015, p. 33.

²⁶⁶ BRASIL, 1995, p. 13.

vez, será sempre relativa. Como bem afirma Coelho, a teoria burocrática weberiana também está “atrelada à ideia de eficiência, que, para ser alcançada, impõe a previsão e a definição detalhada dos procedimentos e objetivos”²⁶⁷.

4.4.2.2 A Reforma Administrativa do Decreto-Lei 200/1967 e a tentativa de superação da fase burocrática

Superada essa análise, passamos à Reforma Administrativa promovida pelo Decreto-Lei 200/1967. Como destaca Dias, trata-se do segundo grande movimento da Reforma da Administração Pública no âmbito nacional, apesar da discordância de alguns autores, que não enxergam a existência de uma “Reforma Administrativa” propriamente dita no Decreto-Lei 200/1967²⁶⁸. Esses autores argumentam que o referido diploma apenas teria consolidado “alguns institutos que já existiam de forma esparsa no ordenamento jurídico brasileiro e uma tendência, já presente nas reformas anteriores, de criação de novos órgãos na administração direta e indireta”²⁶⁹.

Aliás, a própria ementa do Decreto-Lei 200/1967 destaca que o referido diploma normativo “dispõe sobre a organização da Administração Federal, *estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa* e dá outras providências” (grifo nosso). Como destacamos na análise da evolução normativa do princípio da eficiência, esse Decreto-Lei foi o primeiro ato normativo a positivar a ideia de eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, tratando em diversos de seus dispositivos sobre sua aplicação no exercício da atividade administrativa.

Dias destaca que a Reforma Administrativa promovida pelo Decreto-Lei 200/1967 possuía três pilares básicos²⁷⁰: I — organização administrativa, principalmente a partir da ideia de descentralização administrativa, com a criação de novos entes personalizados submetidos à supervisão ministerial; II — coordenação e controle, a partir da instituição de diferentes tipos de controle (controle programático, controle financeiro, controle administrativo e controle de resultados); III — planejamento e fiscalização financeira e orçamentária. Em sentido análogo, Nohara também destaca o incremento da descentralização administrativa por serviços no Decreto-Lei 200/67, especialmente no âmbito da Administração Indireta²⁷¹.

²⁶⁷ COELHO, 2004, p. 123.

²⁶⁸ DIAS, 2003, p. 183.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 185.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 189.

²⁷¹ NOHARA, 2012, p. 43.

Trata-se da primeira ampla tentativa de correção das falhas observadas no modelo da Administração Pública burocrática, em que o legislador procurou adequar a estrutura organizacional da Administração Pública ao grande aumento de atividades do Estado, além de instituir novas formas de controle da Administração Pública que não se resumiam ao controle *a priori* típico do modelo burocrático.

Por esses fatos, a reforma promovida pelo Decreto-Lei 200/1967 pode ser considerada como o primeiro sopro de uma tentativa de evolução da Administração Pública nacional para um modelo gerencial, como se depreende do trecho a seguir retirado do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado²⁷²:

A reforma operada em 1967 pelo Decreto-Lei 200, entretanto, constitui um marco na tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. Instituíram-se como princípios de racionalidade administrativa o planejamento e o orçamento, o descongestionamento das chefias executivas superiores (desconcentração/descentralização), a tentativa de reunir competência e informação no processo decisório, a sistematização, a coordenação e o controle.

O paradigma gerencial da época, compatível com o monopólio estatal na área produtiva de bens e serviços, **orientou a expansão da administração indireta, numa tentativa de “flexibilizar a administração” com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado** (grifos nossos).

Não obstante, destacamos que não há uma ruptura total com o modelo burocrático nessa Reforma Administrativa, muito menos uma plena adoção do modelo gerencial. O primeiro ponto é que os princípios da descentralização, profissionalização e racionalização aparecem desde a teoria burocrática weberiana²⁷³, não sendo uma inovação da teoria gerencial: há, no máximo, um aperfeiçoamento, a partir da ideia de flexibilização da hermética estrutura organizacional proposta por Weber. Em verdade, lembramos que a tendência de criação de novos órgãos e entidades na Administração Direta e Indireta já ocorria desde as reformas anteriores, em especial na Reforma Administrativa promovida por Getúlio Vargas²⁷⁴.

²⁷² BRASIL, 1995, pp. 19-20.

²⁷³ Cf. CHIAVENATO, 1997.

²⁷⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal: exegese do**

Quanto à suposta adoção dos princípios da teoria gerencial, essa intenção não se concretizou factualmente. Na verdade, além de não gerar a desejada flexibilização da rigidez burocrática, muito menos um efetivo controle de resultados da Administração Pública, em alguns casos acabaram até acentuando aspectos patrimonialistas.

Nesse sentido, Dias sintetiza as falhas dessa reforma nos seguintes termos²⁷⁵: I — ineficiência dos mecanismos de controle; II — ausência de uma efetiva supervisão dos atos e resultados das empresas públicas, autarquias e fundações; III — aumento do clientelismo com a contratação de empregados na Administração Indireta sem concurso público; IV — excessiva autonomia das empresas estatais; V — uso patrimonialista das autarquias e fundações públicas mediante a aliança política com o governo militar; VI — aumento dos poderes administrativos estatais. Nohara conclui²⁷⁶:

Conforme visto, o ideário do Decreto-Lei nº 200/67 de adoção regime privado para implantação de modelos de gestão mais avançados, serviu mais de pretexto para a expansão da Administração Indireta, do que de difusão de práticas organizacionais mais eficientes.

Por todo o exposto, a Reforma Administrativa do Decreto n.º 200/1967 não passou de uma mera tentativa de adoção do modelo gerencial, sem gerar os efetivos resultados que se espera do pragmatismo proposto pela racionalidade gerencial.

4.4.2.3 A Reforma Administrativa Gerencial

Essa tentativa seria renovada no final da década de 1990 pelo terceiro grande movimento de Reforma Administrativa no Brasil: a chamada Reforma Administrativa Gerencial, formulada pela Câmara de Reforma do Estado, sob a liderança intelectual de Luiz Carlos Bresser Pereira (ministro da Administração Federal e Reforma do Estado) a partir do já citado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, fundamentou as Emendas Constitucionais n.º 19 e 20 de 1998.

Para Nohara, as modificações sugeridas por essa reforma administrativa reabriram a discussão acerca da modificação do modelo de gestão burocrática para o modelo gerencial. Ainda segundo a autora, essas mesmas modificações foram inspiradas em um valor base: a

Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as modificações introduzidas pela legislação posterior.
2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 57.

²⁷⁵ DIAS, 2003, pp. 194-195.

²⁷⁶ NOHARA, 2012, p. 60.

ideia de eficiência²⁷⁷.

Aliás, como bem destacado por Dias, esse movimento de Reforma Administrativa Gerencial não se desvincula de todo o contexto externo em que também emergiam proposições de reformas administrativas gerenciais em diversos outros países, principalmente nos periféricos, sendo visto como “um dos efeitos da crise do paradigma do direito materializado do Estado Social”²⁷⁸.

Adentrando no estudo do modelo gerencial-pragmático, Gabardo aponta que há três correntes teóricas que se incluíam dentro da racionalidade gerencial, tendo nítida legitimação pragmática²⁷⁹: I — a Escola da Public Choice; II — a Teoria do Agente Principal; III — o gerencialismo propriamente dito.

Em apertada síntese, a Escola da Public Choice exacerbava o individualismo a partir da introdução de conceitos utilitaristas visando, ao fim, à maximização do bem comum. Partia-se do pressuposto que os agentes (públicos ou privados) agiriam aprioristicamente de forma egoísta, de modo que a satisfação geral seria obtida por meio dos jogos de maximização dos interesses, em que, a partir da inter-relação de egoísmos, chegar-se-ia ao resultado final desejado: a maximização do bem comum²⁸⁰.

A Teoria do Agente Principal busca dispor sobre o estabelecimento de uma relação mais estreita entre Estado e Sociedade, em que o governo (agente) coloca-se em uma situação de instrumentalização aos interesses do principal (mercado), principalmente a partir de um processo de desestatização e regulação econômica.

Por fim, o “gerencialismo propriamente dito” seria a inserção de mecanismos próprios da atividade empresária no exercício da atividade administrativa.

Gabardo sublinha que no Brasil houve o “destaque de um modelo mais próximo da visão gerencial, baseado na adoção de sistemas empresariais na Administração Pública”²⁸¹, apesar de admitir que o modelo gerencial adotado pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado também teve influência das teorizações propostas pela Escola da Public Choice e pela Teoria do Agente Principal.

Não vejo tamanha influência das Escolas da Public Choice e da Teoria do Agente Principal no movimento gerencial da Administração Pública nacional. Como aponta Coelho, a Reforma Administrativa gerencial brasileira caracteriza-se pela “adoção parcial dos princípios

²⁷⁷ NOHARA, 2012, p. 1.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 200 e ss.

²⁷⁹ GABARDO, 2002, p. 33.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 46.

²⁸¹ *Ibidem*.

da *new public management*, pois visa à melhoria do desempenho da Administração Pública, eliminando os excessos de padronização e a lentidão dos meios”²⁸². Ainda nesse sentido²⁸³:

A inoperância dos elementos caracterizados do sistema burocrático no seio das organizações públicas **acarretou a transposição de técnicas de gestão ocorridas no setor privado**, tais como, o *marketing*, a gestão social, o ordenamento da produção e os critérios de aproveitamento (grifo nosso).

(...)

A concepção puramente administrativa da gestão das estruturas públicas é substituída, progressivamente, pela mudança de tratamento nas relações com os usuários e pela abordagem mais aproximativa do universo concorrencial decorrente da econômica globalizada.

Trata-se, na verdade, da mesma ideia observada no “gerencialismo propriamente dito” citado por Gabardo, com a inserção de princípios da administração privada à atividade administrativa, no intuito de aumentar sua eficiência a partir de uma ideia de flexibilização das formas de gestão e deslocamento do ponto focal para a otimização dos fins (resultados) alcançados. Sinteticamente, a diferença estaria na “flexibilização de procedimentos e alteração quanto à forma de controle, que deixa de ser formal e passa a ser de resultados”²⁸⁴.

Deveras, no modelo gerencial, busca-se outorgar maior autonomia ao administrador a partir da flexibilização dos procedimentos herméticos estabelecidos pela burocracia clássica, de modo a instrumentalizar essa maior liberdade em prol da consecução de resultados mais sólidos e efetivos, sempre levando em conta o controle de metas (ou de resultados, realizado *a posteriori*). Para Nohara, a estratégia do modelo gerencial volta-se para²⁸⁵:

(1) A definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; (2) a garantia da autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição, na persecução dos objetivos contratados; e (3) o controle *a posteriori* dos resultados (grifos do autor).

Essas diretrizes gerenciais foram dispostas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que desembocou nas Emendas Constitucionais n.º 19 e 20 de 1998. Buscando dispor sobre o significado da expressão “Reforma do Estado”, Di Pietro destaca que sua abrangência envolve a ideia de ampla reforma do aparelho estatal, especialmente o aparelhamento administrativo, englobando todos os órgãos dos três poderes que exercem

²⁸² COELHO, 2004, p. 131.

²⁸³ *Ibidem*, p. 134-135.

²⁸⁴ DI PIETRO, 2015, p. 34.

²⁸⁵ NOHARA, 2012, p. 81.

função administrativa, bem como as entidades da Administração Indireta²⁸⁶.

Desse conceito podemos extrair dois sentidos da Reforma do Aparelho Estatal proposta: I — no sentido subjetivo, abarca todos os órgãos e entidades da Administração Pública nacional considerada em seu sentido amplo (*lato sensu*), tendo um nítido intuito *descentralizador*; II — já no sentido objetivo, visa a instituir princípios gerenciais de modo a reformar o próprio *modus operandi* da função administrativa, dando um novo sentido à atividade administrativa, antes guiada pelo procedimentalismo burocrático-racional.

No sentido objetivo, objetivava-se a superação das falhas observadas no modelo burocrático racional-legal, que acabaram enrijecendo as estruturas administrativas a partir de uma excessiva preocupação com a procedimentalização da atividade administrativa, a partir da transposição de elementos do gerencialismo propriamente dito, para conferir maior flexibilidade à atividade estatal, sempre instrumentalizada à consecução dos resultados almejados (fins).

Essa tentativa de superação — que, no fundo, é apenas parcial — é explicitada em cores marcantes na própria apresentação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal, juntamente a uma crítica expressa às reformas administrativas passadas que acabaram fracassando. Por sua relevância e pontualidade, destacamos o seguinte trecho²⁸⁷:

Este “Plano Diretor” procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. **Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica.** A situação agravou-se a partir do início desta década, **como resultado de reformas administrativas apressadas**, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a “memória administrativa”, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental.

É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado (grifos nossos).

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 35.

²⁸⁷ DIAS, 2003, p. 172.

²⁸⁷ BRASIL, 1995, pp. 6-7.

Todo esse contexto de tentativa de superação da fase burocrática, a partir da implantação do modelo gerencial propriamente dito, culminou na constitucionalização do princípio da eficiência como um dos cinco princípios reitores de toda a Administração Pública pela Emenda Constitucional n.º 19/98.

Porém, as mudanças propostas nesse novo modelo gerencial brasileiro não se restringiram à constitucionalização dessa norma-princípio. Destacamos os seguintes projetos básicos propostos pelo Plano Diretor²⁸⁸: I — avaliação estrutural preliminar, de modo a mapear o funcionamento da estrutura administrativa brasileira para possibilitar a criação das agências autônomas (executivas) e organizações sociais; II — criação das agências executivas (nomeadas como “autônomas” pelo Plano), como qualificação especial conferida a certas autarquia partir e contratos de gestão, buscando conferir maior autonomia e flexibilidade gerencial a essas entidades (art. 37, §8º da CRFB); III — programa de publicização, com a criação de organizações sociais (Lei 9.637/98) para prestação de serviços públicos não exclusivos em verdadeiro movimento de descentralização da prestação das atividades estatais, mas pela via transversa (sem a criação de entidades da Administração Indireta).

Ademais, dentro da nova tentativa de implantação da Administração Pública Gerencial, Coelho²⁸⁹ ainda realça a ampliação do termo “parceria”, com o reforço dos instrumentos de cooperação (consórcios públicos, convênios de cooperação etc.), o novo perfil do usuário de serviço público (aproximando-se do “clientelismo” privado) e as inovações no tratamento jurídico dispensado aos servidores públicos, tais como: I — o fim da adoção de um regime jurídico único para reger as relações com o Estado; II — flexibilização da estabilidade (art. 41, §1º, I a III da CRFB), com destaque para a constitucionalização da possibilidade de desligamento por desempenho insatisfatório; III — novos critérios de fixação de remuneração e introdução do termo subsídio (art. 37, X a XVI da CRFB).

A EC n.º 20/98 também se apresenta como resultado do movimento de reforma gerencial idealizado pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal, mas com um foco distinto da EC n.º 19: enquanto a primeira focaliza na reorganização da estrutura estatal e volta-se à inserção da eficiência na atividade administrativa, a EC n.º 20/1998 mira a reorganização previdenciária nacional, introduzindo mudanças significativas tanto no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) quanto no Regime Geral (RGPS).

Além disso, como já destacamos, não há uma superação total dos paradigmas racionais

²⁸⁸ BRASIL, 1995, p. 58.

²⁸⁹ COELHO, 2004, pp. 137-138.

burocráticos, uma vez que a fase gerencial também se guia pelas ideias de normatização, descentralização, profissionalização e especialização da atividade administrativa. Não são abandonados os procedimentos formais e legalmente estabelecidos teorizados pela burocracia weberiana, que ainda cumprem seu papel de ajudar na manutenção da impessoalidade e dar previsibilidade à atuação estatal.

Lima Júnior parece ir na mesma direção, apontando que as fases patrimonialista e burocrática na Administração Pública brasileira não foram superadas, até porque a fase gerencial não rompe completamente com os princípios da fase burocrática²⁹⁰. Ainda nesse sentido, Nohara destaca: “apesar de o discurso da Reforma Administrativa partir do pressuposto de um esgotamento do modelo burocrático, lamentavelmente os objetivos de imprimir impessoalidade e o sistema meritocrático no Brasil não se contemplaram”²⁹¹.

O que se almeja com o gerencialismo, na verdade, é atenuar o excessivo formalismo do modelo burocrático puro e sua fixação absoluta nos meios da atividade estatal, que muitas vezes acabava desconsiderando os resultados obtidos. Apesar de a fase gerencial focar nos resultados (fins), a partir de um controle *a posteriori*, é certo que também não deve abandonar os meios de onde esses resultados decorrem: a eficiência, como já explanado, é a otimização da relação entre meios e fins.

As duas pontas dessa relação bifocal devem ser equilibradas em uma evolução ótima de eficiência: não basta que se otimizem apenas os meios e perca-se a eficácia na consecução contínua dos resultados. Da mesma forma, não há ganho de eficiência jurídica na consecução dos resultados com a perda de impessoalidade dos meios e aumento da corrupção no *iter procedimental* administrativo.

A eficiência como norma-princípio deve ser vista do ponto de vista jurídico-constitucional, uma vez que os fins estabelecidos pelas normas constitucionais e legais também se inserem no campo de resultados presente no segundo nó da relação bifocal meio-fim. Nesse sentido, as facetas econômicas da eficiência apresentam-se apenas como um dos resultados que devem ser verificados na análise final do controle *a posteriori*, uma vez que sempre haverá um contrabalanceamento com os demais fins constitucionalmente estabelecidos, como a proteção dos direitos fundamentais.

A eficiência para o direito, apesar de ter carga econômica, não se restringe a esse âmbito. Com a inserção da ideia de eficiência dentro do regime jurídico-administrativo,

²⁹⁰ LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas do Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 2, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/364/370>; Acesso em: 13/08/2018.

²⁹¹ NOHARA, 2012, p. 33.

adiciona-se uma ideia econômica a um mosaico de fins constitucionais que devem ser interpretados sistematicamente a partir do princípio da concordância prática e, subsidiariamente, com a utilização da técnica de ponderação de interesses. Passamos a investigar esse conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa.

PARTE II — CONTROLE JUDICIAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: VIABILIDADE JURÍDICA

5. CONTEÚDO JURÍDICO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

5.1 A volatilidade do significado de eficiência administrativa

Fez-se uma breve digressão histórica acerca da inserção normativa da ideia econômica de eficiência no ordenamento jurídico nacional, estabelecendo uma diferença básica que deve ser sempre recordada: a eficiência jurídica caracteriza-se como norma-princípio, cujo núcleo duro tem nítida influência do conceito econômico de eficiência, mas que com ele não se confunde. Há uma transposição de um conceito econômico para o direito, conceito que, ao adentrar no ordenamento jurídico, assume nova roupagem, compatibilizando-se sistematicamente com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico nacional. Esse “fenômeno” decorre da aplicação direta dos princípios da concordância prática e da unidade constitucional²⁹², que estabelecem a necessidade de interpretação sistemática do ordenamento jurídico desde o seu ápice normativo.

Em síntese: uma coisa é a eficiência jurídica (norma-princípio); outra coisa é a eficiência econômica (qualidade de certa transação ou atividade). Certa transação comercial pode ser vista como eficiente do ponto de vista econômico e, ao mesmo tempo, ineficiente do ponto de vista jurídico, por desrespeitar outros fins estabelecidos pelas normas constitucionais e legais (como, por exemplo, os direitos fundamentais do cidadão frente o Estado). Ainda nesse sentido²⁹³:

A eficiência contempla uma relação entre meio (recurso empregado) e fim (resultado obtido), que, no caso do gerencialismo puro, apontava para o custo/benefício. **Contudo, o benefício obtido pode ser preenchido com múltiplos conteúdos, não apenas com conceitos puramente econômicos.**

(...)

Portanto, a pergunta que deve esta pressuposta, quando se questiona a eficiência ou ineficiência de uma medida estatal: **eficiente relativamente a qual objetivo?** Trata-se pois, de um conceito instrumental, que se relaciona com o alcance de finalidades distintas a depender do contexto em que é analisado (grifos nossos).

O que nos interessa, especialmente neste capítulo, é o estudo da eficiência jurídica,

²⁹² Cf.: CANOTILHO, 1993, p. 228.

²⁹³ NOHARA, 2012, pp. 193-194.

que se apresenta como norma-princípio.

Partindo dessa perspectiva, entendemos que um dos principais entraves à efetivação do controle judicial a partir do princípio da eficiência é a volatilidade do significado que vem sendo atribuído a essa norma-princípio, o que acaba dificultando a extração dos efeitos esperados desse princípio. Para que o Judiciário possa exercer efetivamente o controle jurisdicional a partir de um princípio, é necessário que esteja bem definido que efeitos se esperam dele, de forma que seu núcleo básico possa ser garantido coativamente. No mesmo sentido²⁹⁴:

Se uma das particularidades dos princípios pode ser a indeterminação de seus efeitos, a partir de um núcleo básico, antes de saber como “garantir coativamente”, é preciso saber “o que” será garantido. **Ou seja: é preciso saber que efeitos o princípio pretende produzir para, na sequência, apurar o que se pode exigir diante do Poder Judiciário de modo a garantir a realização desses efeitos** (grifo nosso).

Essa volatilidade é observada tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Sobre esse aspecto polissêmico da ideia de eficiência, Gabardo destaca que “há concordância entre os autores que se debruçaram sobre o tema quanto à ausência de um conceito unívoco e concreto para a expressão”. Em sentido análogo, Batista Júnior destaca a falta de estudos sobre o tema. Afirma, ainda, que só muito recentemente a questão efficientística começou a ser realmente abordada pela doutrina brasileira, o que vem suscitando dúvidas e debates acerca do tema²⁹⁵.

Di Pietro, por exemplo, relaciona o sentido de eficiência com a busca por resultados na prestação dos serviços públicos ou mesmo no modo de atuação dos agentes públicos²⁹⁶. Outra ala da doutrina busca traçar uma intrínseca relação entre as ideias de eficiência e moralidade, apontando que o princípio da eficiência estabelece o dever de se buscar meios legais e morais para consecução das finalidades públicas²⁹⁷.

Dentro dessa ala, Moreira Neto afirma que: “atender de forma grosseira, canhestra, desastrada, numa palavra ineficiente, o interesse público, caracteriza a modalidade mais disseminada de imoralidade administrativa”²⁹⁸. Com efeito, esse autor acaba atribuindo uma dimensão ética à ideia de eficiência. Para Moreira Neto, a ideia de eficiência apresenta-se

²⁹⁴ BARCELLOS, 2011, p. 70.

²⁹⁵ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 118.

²⁹⁶ DI PIETRO, 2016, p. 114.

²⁹⁷ MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 30; FRANCO SOBRINHO, 1983, pp. 91-92.

²⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa — Do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, 1992, p. 14.

tanto como um atributo técnico da administração quanto como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados²⁹⁹.

Ainda na seara doutrinária, também há quem defenda que a eficiência insere-se como uma faceta do princípio da boa administração. Com ampla aceitação na doutrina italiana³⁰⁰, o princípio da boa administração é considerado como o direito fundamental à obtenção de uma administração pública “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”³⁰¹. Ainda nesse prisma, Freitas qualifica as ideias de economicidade e eficiência como parâmetros de controle dos atos administrativos, mesmo que as inclua dentro do princípio da boa administração³⁰².

Havia ainda quem negasse a própria existência do princípio da eficiência. Como lembra Nohara, após a inserção do princípio da eficiência pela EC n.º 19/98, a primeira reação observada foi de certo estranhamento da doutrina administrativista, havendo até reações mais combativas³⁰³.

Em edições mais antigas do seu manual, Bandeira de Mello afirmava peremptoriamente que esse princípio seria “juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto seria um simples adorno ao art. 37 (...)”³⁰⁴. Nada obstante, o autor parece ter revisto seu posicionamento nas versões mais recentes, limitando-se a apontar a eficiência como uma faceta do princípio da boa administração, indo no mesmo sentido de Juarez Freitas³⁰⁵.

Concordamos que a ideia de eficiência insere-se como uma faceta do princípio da boa administração, assim como os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade, proporcionalidade, legalidade etc. Porém, essa afirmação apenas ajuda a delinear o sentido material da ideia de boa administração, em nada contribuindo para a extração do núcleo material do princípio da eficiência.

²⁹⁹ MOREIRA NETO, 2014, p. 474.

³⁰⁰ Cf.: FALZONE, Guido. **Il Doveri di buona amministrazione**. Milão: Giuffrè, 1953; GIUFFRIDA, Armando. **Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità**. Torino: G. Giappichelli, 2012; SALVIA, Filippo. **La buona amministrazione e suoi miti**. Diritto e Società, n.º 1. Pádua: CEDAM, 2004.

³⁰¹ FREITAS, Juarez. **Discrecionarietà amministrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

³⁰² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 113.

³⁰³ NOHARA, 2012, pp. 145-146.

³⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 123.

³⁰⁵ MELLO, 2015, p. 127.

Por outro lado, ainda há uma corrente doutrinária que relaciona o sentido da ideia de eficiência com conceitos extraídos das Ciências Econômicas e Administrativas, mesmo que reconheçam as facetas jurídico-positivas dessa norma-princípio³⁰⁶. Nesse sentido, Batista Júnior afirma que, “para forjar o conteúdo do princípio jurídico da eficiência administrativa (ente jurídico), deve-se pesquisar seus aspectos elementares à luz do próprio ordenamento jurídico estudado, ou seja, em especial, a partir da constitucionalização do referido princípio”³⁰⁷. Gabardo leciona³⁰⁸:

O princípio da eficiência é setorial, pois refere-se exclusivamente à Administração Pública, mas está diretamente ligado ao princípio da eficiência do Estado como vetor geral (de caráter ético) do sistema constitucional. Dessa forma, **tão importante quanto a relação com os demais princípios da Administração Pública, que não é só externa, mas intrínseca, é a submissão do princípio da eficiência aos elementos estruturantes (ou fundamentais) do sistema constitucional**, entre os quais se destaca o Princípio do Estado Social e Democrático de Direito (grifo nosso).

Modesto também identifica o caráter multifacetado da eficiência administrativa, apontando-a como uma exigência jurídica de que a Administração Pública atue de forma idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe foram confiadas³⁰⁹. Concordamos com essa última corrente. Como bem aponta Batista Júnior, o princípio da eficiência “pressupõe uma visão holística de seus aspectos, de suas várias facetas, não permitindo que se ponham de lado variáveis intervenientes fundamentais”³¹⁰. Em sentido análogo, Nohara destaca³¹¹:

Note-se que a ideia de eficiência administrativa não deve se pautar apenas no aproveitamento de meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos; deve também abranger a relação dos meios utilizados e dos resultados obtidos em face das necessidades públicas existentes. Ocorre que a eficiência presente na administração privada não pode ser transplantada simplesmente para a administração pública, pois enquanto aquela objetiva lucro e, para tanto, as empresas devem esmerar na permanente tarefa de adequação às exigências cambiantes do mercado, esta

³⁰⁶ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 174-176; SILVA, 2005, p. 671; BACELLAR FILHO, Romeu. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 194; GABARDO, 2002, p. 86 e ss.

³⁰⁷ BATISTA JÚNIOR, op. cit, p. 174.

³⁰⁸ GABARDO, op. cit. pp. 89-90.

³⁰⁹ MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**, V. 51, n. 2, pp. 105-120, Brasília, abr-jun 2000. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>, 2000, p. 114. Acesso em: 10/08/2018.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 176.

³¹¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 90-91.

se preocupada, no mais das vezes, com a consecução dos interesses públicos e também com a permanente prestação de serviços públicos.

Gabardo destaca que seria um duplo equívoco considerar a eficiência como um conceito estritamente econômico: primeiro porque sua etimologia é independente de qualquer conotação estritamente econômica; segundo porque, ainda que fosse um conceito intrínseco, exclusivamente e inafastavelmente econômico, perderia sua significação originária ao ser absorvido e condicionado pela ordem jurídica³¹².

Porém, mesmo que não seja um conceito estritamente econômico, ainda preserva certa carga valorativa desses campos. A sua sistematização pelas Ciências Econômicas e Administrativas faz com que se importe certo conteúdo econômico quando de sua positivação como norma-princípio, até porque foi naqueles campos que a ideia de eficiência ganhou corpo e aplicação.

Porém, também se adicionam aspectos estritamente jurídicos, decorrentes de sua inserção no sistema constitucional positivo, devendo ser interpretados de maneira harmônica com as demais regras e princípios constitucionais, homenageando-se os princípios de interpretação constitucional: princípio da unidade da Constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da “justeza” ou conformidade funcional, princípio da concordância prática ou da harmonização e princípio da força normativa da Constituição³¹³.

Em síntese: defende-se que a ideia nuclear do princípio da eficiência é multifacetada, possuindo facetas econômicas (decorrentes de suas raízes não jurídicas) e facetas jurídicas (decorrentes de sua inserção no ordenamento jurídico como norma cogente).

Essa multiplicidade de significados observada na doutrina nacional foi identificada por Silva na jurisprudência do STF³¹⁴. Silva realizou ampla pesquisa dos precedentes do STF, abrangendo todos os julgados deste Tribunal que mencionassem, de forma relevante ou não, a ideia de eficiência. Segundo o autor³¹⁵:

A indistinção entre eficiência, economicidade e os outros termos mencionados é bem mais forte na jurisprudência do STF que na literatura

³¹² GABARDO, 2002, p. 90.

³¹³ CANOTILHO, 1993, pp. 226-229.

³¹⁴ SILVA, Gabriel Cozendey Pereira. **O dever constitucional de eficiência administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, O dever constitucional de eficiência administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) — Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Rio), p. 109 e ss.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 115.

analisada. Além de também se referir a sentidos vagos, a jurisprudência do STF, conforme demonstrado acima, identifica ou sobrepõe diversos termos, referidos indistintamente quando o sentido do dever constitucional de eficiência é tratado.

Para Silva, essa profusão de sentidos desfavorece a previsibilidade das decisões relacionadas à eficiência administrativa, tanto porque dificulta a utilização dessa norma pelos tribunais como argumento decisivo (*in casu*, o STF) quanto pela possibilidade de decisões conflitantes sobre a mesma matéria³¹⁶.

Passamos a destrinchar a ideia nuclear de eficiência administrativa, começando pela diferenciação em relação a conceitos diversos ou intercambiantes que geralmente são utilizados analogamente à ideia de eficiência.

5.2 Eficiência, eficácia e efetividade

5.2.1 Eficiência *versus* eficácia: distinção

A confusão quanto ao sentido material de eficiência inicia-se com a utilização de conceitos diversos para se referir à mesma ideia: eficiência, eficácia e efetividade não são expressões sinônimas, mesmo que utilizadas indiscriminadamente em contextos análogos. Na verdade, há dissonância mesmo entre aqueles autores que se propõem a distinguir o significado das referidas concepções.

Quanto à distinção entre eficiência e eficácia, alguns dicionários atribuem o mesmo sentido aos dois termos, tratando-os terminologicamente como expressões sinônimas³¹⁷. Porém, o mesmo não pode ser dito quando a questão é abordada pela doutrina. Apesar da doutrina amplamente majoritária defender a distinção entre os dois conceitos, a questão não é clara mesmo nas obras específicas sobre o dever de eficiência.

No geral, observamos três posições principais: I — a primeira defende que a eficácia se volta para os fins, significando atingir esses resultados ou fins de forma ótima, enquanto a eficiência se direcionaria à otimização dos meios; II — a segunda sustenta que a eficácia localiza-se nos meios e instrumentos empregados (aspecto objetivo), enquanto a eficiência situar-se-ia na própria conduta dos agentes (aspecto subjetivo), mesmo que ambas se voltem à ideia de otimização dos meios; III — por fim, a última corrente sustenta que a eficácia diz

³¹⁶ SILVA, 2016, p. 112.

³¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**. 7ª ed. Curitiba: Positivo, 2008, p. 334.

respeito à possibilidade de concreção dos fins (à semelhança de um juízo de adequação), enquanto a eficiência seria um degrau a mais, gerando a necessidade que esses fins sejam atingidos da melhor forma possível.

Situando-se na primeira corrente, Batista Júnior recorre aos dicionários para apresentar sua construção teórica acerca do significado etimológico do termo “eficiência”, partindo da bifurcação entre eficiência e eficácia para começar a apresentar o que seria o seu conceito de eficiência *lato sensu*. Conforme as lições desse autor, eficiência vem do vocábulo latino *efficientia*, significando “ação, força, virtude de produzir um efeito”³¹⁸.

Por outro lado, a eficácia (do latim *efficacia*) quer dizer qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado, de dar bom resultado. Assim, o autor afirma que a “eficiência privilegia a virtude de produzir um resultado, um efeito”, enquanto eficácia “centra-se na própria qualidade do resultado”³¹⁹.

Em sentido análogo, Freitas afirma que o dever de eficiência refere-se à realização da atividade por meios apropriados e pertinentes: diz respeito aos meios (modo) como a atividade é realizada. No âmbito da Administração Pública, determina que esta “cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes”³²⁰. A eficácia, por outro lado, demandaria a realização dos fins (resultados) da atividade em harmonia com os objetivos, prioridades e metas constitucionais: ou seja, de forma ótima.

Esse entendimento também é esboçado pelo espanhol Parejo Afonso. Para o autor, a eficiência estaria ligada à melhor utilização possível dos meios disponíveis, enquanto a eficácia compreenderia a produção dos resultados (fins) de forma ótima³²¹.

Por outro lado, há uma segunda corrente que defende a distinção entre os dois conceitos a partir de um critério objetivo/subjetivo. Essa é a posição de Carvalho Filho³²² e Becho³²³. Este autor afirma que a eficácia estaria mais para os atos e fatos do mundo concreto (aspecto objetivo), enquanto a eficiência volta-se às pessoas físicas ou jurídicas (aspecto subjetivo), mesmo que em ambas ainda haja a ideia de obtenção dos fins almejados. Para Carvalho Filho³²⁴:

³¹⁸ BATISTA JÚNIOR, 2012, pp. 91-92.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 92.

³²⁰ FREITAS, 2013, p. 112.

³²¹ AFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y Administración – Tres estudios**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1995, p. 93 *apud* GABARDO, 2002, p. 24.

³²² CARVALHO FILHO, 2014, p. 33.

³²³ BECHO, Renato Lopes. **Princípio da eficiência da Administração Pública**. São Paulo: NJD, 1999, p. 439.

³²⁴ CARVALHO FILHO, *op. cit.*

A eficiência transmite sentido relacionado ao *modo* pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os *meios e instrumentos* empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental (grifos do autor).

Há ainda uma terceira posição, que nos parece a mais acertada. Para essa corrente, a ideia de eficácia se revelaria como um juízo de adequação entre os meios utilizados e os fins almejados: portanto, o conceito de eficácia administrativa diz respeito “à potencialidade de concreção dos fins preestabelecidos em lei”³²⁵. Seguindo essa mesma linha, Moreira Neto destaca que o conceito clássico de eficácia remonta à aptidão dos atos para “produzir os resultados juridicamente dele esperados”. A eficiência, por outro lado, demandaria um *plus* à ideia de eficácia, exigindo que esses mesmos atos “fossem praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, de modo a possibilitarem o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei”³²⁶. Torres sintetiza³²⁷:

A eficácia é a concreção dos objetivos desejados por determinada ação do Estado, não sendo levados em consideração os meios e os mecanismos utilizados para tanto. Assim, o Estado pode ser eficaz em resolver o problema do analfabetismo no Brasil, mas pode estar fazendo isso com mais recursos do que necessitaria. Na eficiência, por sua vez, há clara preocupação com os mecanismos que foram usados para a obtenção do êxito na atividade do Estado. Assim, procura-se buscar os meios mais econômicos e viáveis, para maximizar os resultados e minimizar os custos. Em síntese: é atingir o objetivo com o menor custo e os melhores resultados possíveis.

Modesto também segue essa linha, destacando que a obrigação de atuação eficiente impõe uma ação idônea à produção do fim (eficaz), econômica (otimizada) e satisfatória (dotada de qualidade)³²⁸. Aliás, como se verifica no próprio dicionário inglês³²⁹ citado por Batista Júnior, *efficient* quer dizer “capaz, apto a produzir os fins de forma ótima”³³⁰, assim como *efficacious* significa “capacidade de produzir o resultado pretendido”³³¹.

Dessa forma, entendemos que a concepção de eficiência volta-se mais para a

³²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As Leis de Processo Administrativo — Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 330.

³²⁶ MOREIRA NETO, 2014, p. 473.

³²⁷ TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p. 175.

³²⁸ MODESTO, 2000, p. 114.

³²⁹ HORNBY, Albert Sidney. **Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 281.

³³⁰ Tradução livre de “capable, able to perform duties well”.

³³¹ Tradução livre de “producing the desired result”.

intensidade da produção dos resultados (fins) frente os recursos (meios) utilizados, enquanto a eficácia foca apenas na própria produção do resultado, semelhante a uma análise de adequação entre o meio escolhido e o fim pretendido.

Esse parece ser o entendimento mais correto, dando sistematicidade aos conceitos e fixando a eficiência como um degrau a mais na busca pela otimização da relação entre meios e fins.

5.2.2 Efetividade

Em relação à definição de efetividade, apesar de ainda haver certas variações de autor para autor, é possível extrair uma linha em comum para delimitação de seu conteúdo significativo. Segundo o Dicionário Aurélio, efetivo é aquilo que produz um efeito real, positivo, permanente, fixo³³². Para Carvalho Filho, a efetividade sobreleva o aspecto da objetividade na consecução dos resultados pretendidos³³³. Batista Júnior afirma que a ideia de efetividade se refere à “qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que merece confiança”³³⁴.

Do breve exposto extrai-se que a efetividade diz respeito tanto à concreta produção dos resultados (fim) quanto à perenidade dessa realização (continuidade). Ela denota um sentido de concretização de que os resultados sejam efetivamente alcançados, não bastando sua realização no plano abstrato ou teórico. Aqui não se discute a otimização da relação entre meios e fins (melhor resultado com menor dispêndio de recursos: eficiência *stricto sensu*), mas sim a consecução do resultado de forma positiva e segura. Em sentido análogo, Nohara afirma que a efetividade representa “o impacto, isto é, os efeitos de seus programas no ambiente (...)”³³⁵.

Assim, assentamos que a efetividade se relaciona diretamente com o conceito de eficácia, significando sua transposição para o mundo dos fatos: *um meio será eficaz quando apto à produção do resultado pretendido, e efetivo quando realmente produzir esses resultados concretamente, de forma real e permanente. Enquanto a eficácia é abstrata, a efetividade é concreta.*

³³² FERREIRA, 2008, p. 334.

³³³ CARVALHO FILHO, 2014, p. 33.

³³⁴ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 92.

³³⁵ NOHARA, 2012, p. 195.

5.3 Estabelecimento do núcleo duro do princípio da eficiência administrativa

5.3.1 Conceito: definição do comando nuclear

Como já foi amplamente debatido no terceiro capítulo deste trabalho, adotamos a formulação proposta por Alexy para definir as normas-princípios como verdadeiros mandamentos de otimização. O ponto central da teoria dos princípios Alexy é o fato de essas espécies normativas mostrarem-se como normas *que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*³³⁶.

Para o autor, os princípios seriam verdadeiros “mandamentos de otimização”, podendo ser satisfeitos em diferentes graus. Não custa repetir que sua satisfação concreta depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, que se apresentariam conforme os princípios e/ou regras colidentes no caso concreto.

No caso do princípio da eficiência, se configurado como uma norma-princípio, a existência de um mandamento de otimização está implícita à sua própria qualidade principiológica. Resta saber o que se visa a otimizar a partir desse mandamento.

Batista Júnior lembra que, embora a eficiência administrativa seja um conceito jurídico indeterminado, o mandamento de eficiência é plenamente determinável. Essa determinação jurídica presta-se a possibilitar a extração dos efeitos esperados dessa norma, auxiliando a sua concretização no mundo dos fatos: “para que possa proclamar sua relevância jurídica, é preciso traçar seus contornos, assinalar os aspectos que o caracterizam e que informam seu conteúdo básico, isto é, deve-se traduzir para o mundo do direito sua ideia nuclear”³³⁷.

Ainda segundo esse autor, essa característica multiforme do princípio da eficiência impõe à Administração Pública a prossecução do bem comum, atendendo todas as nuances e aspectos que traduzem uma atividade verdadeiramente eficiente: “sua ideia central, portanto, mostra nuances e aspectos que traduzem toda a sua carga multiforme, sua característica multifacetada e pluricompreensiva”³³⁸.

Partindo dessa perspectiva multifacetada, Batista Júnior propõe seu conceito de eficiência³³⁹:

³³⁶ ALEXY, 2008, p. 90.

³³⁷ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 174.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ *Ibidem*, p. 176

A eficiência expressa o mandamento constitucional de se maximizar a persecução do bem comum e, para tanto, exige, pelo seu caráter pluricompreensivo, a síntese equilibrada dos interesses públicos a otimização da relação meio/fim, em observância aos vários aspectos da ideia nuclear de eficiência.

Em sentido análogo, Modesto afirma que a ideia de atuação eficiente refere-se a duas dimensões indissociáveis: I — a dimensão da racionalidade e otimização do uso dos meios; II — a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública. O autor ressalta mais uma vez essa ideia ao afirmar que, para o jurista, o princípio da eficiência diz respeito tanto a otimização dos meios quanto à qualidade do agir final³⁴⁰.

Para Ávila, o dever de eficiência “estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue”³⁴¹. Ainda nesse sentido, Silva sintetiza o conteúdo dessa norma nos seguintes termos: “o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados”³⁴².

A ideia de persecução do bem comum inclui-se nos próprios fins que devem ser otimizados a partir do mandamento de eficiência, sendo uma das facetas jurídicas geradas pela integração dessa ideia ao ordenamento jurídico constitucional. Como destacamos, a relação entre meios e fins que deve ser otimizada não diz respeito apenas às facetas econômicas da ideia de eficiência, abrangendo todo o espectro de finalidades jurídico-constitucionais (facetas jurídicas). Vejamos³⁴³:

Quando se entende que a eficiência deve abranger a análise dos meios e dos resultados, não significa que somente devem ser considerados a celeridade, a prestabilidade, a racionalidade e economicidade, ou quaisquer dos critérios metajurídicos propostos pela doutrina especializada. A sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido à possibilidade de anulação do mesmo.

Pelo exposto, conclui-se que o comando nuclear do princípio da eficiência refere-se ao mandamento otimização da relação entre meios e fins na atividade administrativa. Para que essa otimização seja possível, é necessário que haja uma relação de adequação entre os meios escolhidos e os fins colimados. Por esses motivos, a eficácia entra como pressuposto da

³⁴⁰ MODESTO, 2000, pp. 112-113.

³⁴¹ ÁVILA, 2003, p. 19.

³⁴² SILVA, 2005, p. 671.

³⁴³ GABARDO, 2002, p. 97.

eficiência *stricto sensu*, compondo o conceito de eficiência *lato sensu*.

Dentro da eficiência *stricto sensu* e partindo desse núcleo conceitual, é possível extrair certas facetas do princípio da eficiência, que podem ser divididas em econômicas e jurídicas, de acordo com a origem dessas ideias.

Essas facetas na verdade, mostram-se como os desdobramentos usualmente observados da extração dos efeitos do comando nuclear desse princípio, sendo delineadas para facilitar a visualização da aplicação prática do conceito de valor expresso pela eficiência. Por isso, apresentam-se como um rol exemplificativo (*numerus apertus*): não há qualquer óbice à extração de novas facetas da ideia de eficiência administrativa, desde que cumpram o comando nuclear de otimização da relação entre meios e fins e as finalidades visadas encontrem albergue na Constituição Federal. Independentemente da natureza econômica ou jurídica, todas partem do mesmo ponto troncal: otimização da relação entre meios e fins.

Na análise das facetas econômicas, a eficiência expressa-se como uma ideia aprioristicamente tecnocrata: as finalidades a serem otimizadas têm relevante carga econômica, no sentido de maximização da utilidade pretendida com o menor dispêndio de recursos. Parte-se do propósito básico do utilitarismo de maximizar o bem comum³⁴⁴. Nesse caso, os próprios fins tutelados pelo princípio da eficiência preservam certa dimensão utilitarista, no sentido de aumentar o tamanho da “torta”³⁴⁵. Sob essa perspectiva³⁴⁶:

Efficiency is highly controversial when viewed as the only value a society's public institutions should pursue, but much less controversial when viewed as just one value. And effective redistributive policies require taxing and spending powers that judges lack. As they cannot do much as Common Law judges to alter the slices of the pie that the various groups in society receive, they might as well concentrate on increasing its size³⁴⁷.

É claro que todas facetas econômicas derivam de uma norma jurídica, seja diretamente

³⁴⁴ Cf.: MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000; BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1973; WARKE, Tom. A Reconstruction of classical utilitarianism. **Journal of Bentham Studies**, Londres, n. 3, UCL Bentham Project, 2000. Disponível em: http://discovery.ucl.ac.uk/667/1/003__2000__T.Warke_2000.pdf. Acesso em: 27/08/2018.

³⁴⁵ Termo utilizado por Posner em sua obra *Economic Analysis of law* (1992) ao comparar a economia (como um todo) com uma “pie” (torta).

³⁴⁶ POSNER, 1992, p. 255.

³⁴⁷ Tradução livre: eficiência é bastante controversa quando observada como o único valor que as instituições públicas deveriam perseguir, mas ainda menos controversa quando observada apenas como um valor. Ademais, políticas efetivas de redistribuição demandam poderes, referentes à tributação e planejamento, que o juiz não tem. Como eles não podem fazer muito como juízes da Common Law para alterar a distribuição dos “pedaços da torta” que vários grupos da sociedade recebem, eles devem, dessa forma, concentrar-se no objetivo de aumentar seu tamanho geral.

(no caso de previsões expressas) ou implicitamente (por derivação do princípio da eficiência). Se não fosse assim, seriam irrelevantes para o direito. Igualmente, também se inserem no ordenamento jurídico de forma sistemática e harmônica com as demais normas, tendo o sentido eminentemente econômico transfigurado pelas características decorrentes de sua inserção como norma jurídica.

Nesse sentido, Batista Júnior arremata: “O Direito, ao recepcionar em seu mundo princípio, conceito ou instituto de outra ciência pré-jurídica, deforma e transfigura aquele princípio, que passa a ter um conteúdo jurídico, distinto daquele conteúdo original e peculiar que possuía”³⁴⁸. Com efeito, o que buscamos realçar nessas facetas é a sua origem das Ciências Econômicas e da Administração, partindo da ideia nuclear de se produzir mais com menos, ou produzir da melhor forma.

As facetas jurídicas, por outro lado, decorrem da integração sistemática do princípio da eficiência no sistema constitucional, relacionando-se com a promoção da máxima efetivação das normas constitucionais a partir da consecução dos fins que delas decorrem. Nessas, o elemento nuclear é essencialmente jurídico, decorrendo originariamente da deformação teleológica³⁴⁹ sofrida pelo princípio da eficiência ao ser inserido como norma constitucional. Vejamos³⁵⁰

Em síntese, a partir da constitucionalização do princípio da eficiência, deve ser excluída sua visão como efeito da atividade administrativa ligado puramente a valores extrajurídicos, pois o princípio da eficiência constitui um vínculo jurídico teleológico das normas que disciplinam a organização e a atividade pública.

5.3.2 Facetas econômicas

5.3.2.1 Economicidade

A faceta da economicidade demanda uma otimização dos meios econômicos (recursos) para atingimento dos resultados objetivados. Nesse sentido, a economicidade “tem a ver estritamente com os meios e diz respeito apenas ao conteúdo econômico da eficiência *stricto sensu*”³⁵¹. Moreira Neto também sublinha a economicidade como corolário da

³⁴⁸ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 97.

³⁴⁹ Termo utilizado pelo autor Batista Júnior para ilustrar a instrumentalização do mandamento de eficiência às finalidades constitucionais

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 98.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 174.

eficiência, voltando-se à observância de uma relação especificamente financeira, mensurável a partir dos insumos (custos) e produtos (resultados): demanda, assim, uma otimização da aplicação dos meios disponíveis³⁵².

Tem previsão constitucional direta e indireta. A primeira ocorre no art. 70 da CRFB, sendo um dos parâmetros que devem ser observados na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. A última refere-se à sua inserção como uma faceta do princípio da eficiência, constitucionalizado no art. 37 da CRFB.

Em termos mais simples, impõe-se o dever de produzir o resultado prático almejado com menores custos. Inserida como um aspecto da eficiência administrativa, é claro que a economicidade não incide de forma desvinculada das demais normas constitucionais. Como destaca Bugarin, o “princípio da economicidade” deve ser compatibilizado com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, eliminando os excessos estatais e demandando um dever de ponderação racional e prudente dos meios utilizados³⁵³.

Percebe-se que a economicidade apresenta-se apenas como uma dentre as várias facetas da ideia de eficiência. Pensemos, por exemplo, na compra de bens e serviços em procedimentos licitatórios, ou mesmo no oferecimento de serviços públicos aos administrados. Os produtos de menor custo não serão, necessariamente, os mais eficientes, principalmente se tomarmos a eficiência como um princípio jurídico, em que incidem diversas facetas jurídico-constitucionais.

A própria Lei 8.666/93 estabelece como “tipos” de licitação, além do “menor preço”, a de “melhor técnica” e a de “técnica e preço” (art. 45, §1º, I, II e III). Igualmente, a ideia de modicidade das tarifas é apenas um dos vetores que definem certo serviço público como satisfatório (art. 6º, §1º da Lei 8.987/1995).

Pelo exposto, a noção de economicidade é apenas um dos fatores que devem ser levados em conta na ponderação dos bens jurídicos conflitantes em certa análise de eficiência, sempre a partir do estabelecimento da relação de causalidade entre meios e fins.

5.3.2.2 Produtividade

Partindo da otimização da relação entre meios e fins a partir de um viés econômico, a

³⁵² MOREIRA NETO, 2014, p. 476.

³⁵³ BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 114 e ss.

produtividade situa-se na última ponta desta relação: enquanto a economicidade volta-se à otimização exclusiva dos meios, a produtividade direciona-se aos resultados (produtos) auferidos com os meios despendidos. Trata-se de uma análise eminentemente quantitativa (quantidade de produtos), mesmo que a qualidade dos produtos gerados influencie em sua delimitação.

Nessa questão, abrimos discordância quanto à concepção defendida por Batista Júnior, que insere a ideia de economicidade dentro do próprio conceito de produtividade³⁵⁴. Para esse autor, a produtividade pode ocorrer a partir da maximização dos resultados ou da minimização do emprego dos recursos, com a economicidade mostrando-se como uma nuance da produtividade³⁵⁵.

Concordamos que para a análise da produtividade ainda se mostra necessário levar em conta os meios utilizados, de forma a estabelecer a proporção entre os resultados auferidos e os insumos aplicados. Porém, o ponto focal dessa faceta são os produtos, como a própria análise terminológica indica. Se há uma otimização dos meios com a obtenção de, no mínimo, o mesmo resultado, houve ganho de economicidade. Se há uma otimização dos resultados com o emprego de, no mínimo, os mesmos meios, houve ganho de produtividade.

Por fim, se há uma otimização tanto dos meios (custos) quanto dos fins (resultados), houve ganho tanto de produtividade quanto de economicidade. Em qualquer dos casos otimiza-se a relação entre meios e fins, havendo uma intrínseca relação entre essas duas facetas: *o que muda é o ponto focal da análise*.

5.3.2.3 Qualidade

A análise da faceta “qualidade” também se situa no último ponto da relação entre meios e fins, voltando-se ao exame qualitativo dos resultados auferidos. Não basta que haja uma grande produtividade se esse quantitativo não for produzido com qualidade: objetiva-se a otimização dos resultados, sob um ângulo qualitativo.

Balizando essa ideia com as facetas jurídicas da eficiência administrativa, potencializa-se a necessidade de “otimização dos resultados sob o ângulo da pessoa humana, potencial usuária do serviço público, que pede por melhores produtos, melhores serviços públicos, pelo atendimento igualitário de suas necessidades”³⁵⁶. O princípio da eficiência, a

³⁵⁴ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 186.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 184.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 194.

partir do vetor referencial da qualidade, demanda uma melhora qualitativa na prestação de todas as atividades administrativas, em especial da prestação dos serviços públicos *stricto sensu* (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material³⁵⁷).

Aliás, a faceta da qualidade, quando afeta ao âmbito da prestação dos serviços público, tem previsão constitucional expressa (art. 175, parágrafo único, II e IV c/c art. 37, §3º, I, ambos da CRFB).

5.3.2.4 Continuidade

A faceta da continuidade diz respeito à obtenção dos resultados de forma constante, ininterrupta: “não basta um resultado isolado e esporádico; a eficiência exige que o bem comum seja buscado de forma permanente e contínua”³⁵⁸. No jargão utilitarista, a utilidade pretendida não pode ser alcançada esporadicamente: a maximização do bem comum demanda a produção dos resultados almejados de forma constante.

Relaciona-se diretamente com o aspecto da produtividade: sem continuidade, a produtividade obviamente fica prejudicada. Porém, a análise de continuidade demanda uma visão temporalmente dilatada do aspecto da produtividade, abarcando um exame dinâmico da relação estabelecida entre meios e fins. Extravasa, assim, uma análise meramente estática da quantidade e qualidade dos resultados auferidos.

Quando essa ideia é transposta para o regime jurídico-administrativo, reverbera na obrigação de prestação contínua e ininterrupta dos serviços públicos. A doutrina administrativista (tanto nacional quanto estrangeira) é praticamente unânime ao dispor sobre o princípio da continuidade dos serviços públicos como inerente ao próprio regime jurídico que regula a prestação desses serviços³⁵⁹.

É claro que essa ideia de continuidade não é absoluta, podendo ser harmonizada com outros princípios e direitos fundamentais, tal como o direito de greve (art. 9º e art. 37, VII, ambos da CRFB): nesse caso, conforme o texto constitucional, a lei estabelecerá os serviços ou atividades essenciais que não podem ser completamente interrompidos, conforme as necessidades inadiáveis da sociedade³⁶⁰. Em conclusão³⁶¹:

³⁵⁷ Cf.: MELLO, 2017, p. 71.

³⁵⁸ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 199.

³⁵⁹ Cf.: RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981, p. 501 e ss; CARVALHO FILHO, 2014, p. 339 e ss; MOREIRA NETO, 2014, p. 459 e ss.

³⁶⁰ MEIRELLES, 2010, pp. 360-361.

³⁶¹ BATISTA JÚNIOR, op. cit.

Se a atuação administrativa é um dever/poder legal imposto pelo ordenamento jurídico, é de imaginar que ela não pode ser interrompida sem ofender o ordenamento que a estabeleceu e determinou. Se isso é verdade, a AP deve tomar todas as medidas necessárias para afastar os óbices e obstáculos ao regular exercício das atividades postas sob sua competência; a descontinuidade, assim, é uma quebra do dever de atuar, de perseguir o bem comum.

5.3.2.5 Celeridade e desburocratização

A celeridade e a desburocratização referem-se à otimização dos meios da atividade administrativa, introduzindo o dever de satisfação das finalidades legais de forma célere e desburocratizada: parte, assim de uma perspectiva temporal (que não deixa de ser um “custo”).

No âmbito contencioso administrativo e judicial, essa faceta decorre de previsão constitucional expressa, podendo ser considerada como um direito fundamental dos indivíduos (art. 5º, LXXVIII da CRFB, incluído pela EC n.º 45/04): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. No mesmo sentido, Nohara destaca que a “razoável duração do processo é corolário da eficiência, sob o aspecto da celeridade”³⁶².

Moraes afirma que as previsões de razoável duração do processo e celeridade processual já estavam contempladas pelo texto constitucional, seja no princípio do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, *caput*)³⁶³. De qualquer forma, a inclusão topográfica dessa disposição no art. 5º demonstra a preocupação do constituinte derivado reformador em positivar expressamente as ideias de celeridade e desburocratização como direito fundamental do indivíduo frente o Estado.

Batista Júnior lembra que é quase intuitivo que se relacione a ideia de eficiência na atuação da Administração Pública com a celeridade e a presteza na prestação dos serviços públicos: “é evidente que para a persecução do bem comum não basta que a solução seja funcionalmente otimizada, mas, antes de qualquer coisa, deve ser atingida rapidamente para ser a melhor; o interesse público não pode esperar”³⁶⁴.

Ainda segundo esse autor, a ideia de eficiência impõe uma exigência de otimização da relação tempo *versus* custo-benefício na atuação administrativa. A ideia de celeridade

³⁶² NOHARA, 2012, p. 175.

³⁶³ MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 187.

³⁶⁴ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 197.

relaciona-se diretamente com o conceito de desburocratização, que impõe “o abandono a procedimentos demasiadamente longos e lentos, que não possibilitam a obtenção de decisões céleres”, concentrando a “força-matriz administrativa nas atividades-fim, voltadas para o atendimento das necessidades públicas”³⁶⁵.

É claro que não se defende um abandono completo dos procedimentos formais e burocráticos, que tem sua razão de ser como enuncia a teoria burocrática racional-legalista de Weber. Gabardo é preciso ao destacar que é necessário que se busque um equilíbrio entre a ideia de eficiência e a garantia para fins do procedimento (que decorre indiretamente do próprio princípio da legalidade), mesmo que reconheça que se trata de um dilema de alta problematidade³⁶⁶. O autor conclui³⁶⁷:

Não é uma utopia, portanto, a exigência de harmonização entre a ideia de eficiência e garantismo, desde que a interpretação jurídica realizada tenha origem no sistema constitucional do Estado Social. **A eficiência não está no enfraquecimento da lei ou do procedimento, mas no seu aprimoramento e valorização** (grifo nosso).

As concepções de celeridade e desburocratização inserem-se nessa esteira, sendo uma otimização do próprio procedimento administrativo, e não um abandono da legalidade. Há de levar-se em conta as ideias de ponderação e concordância prática entre essas duas concepções tão caras ao Estado democrático de direito, de forma a não engessar a máquina pública e, igualmente, preservar a garantia que o particular possui de submeter-se a um procedimental legal e parametrizado.

5.3.3 Facetas jurídicas

5.3.3.1 Maximização da força normativa das normas constitucionais afetas ao regime jurídico-administrativo

A eficiência, quando inserida no sistema jurídico constitucional de forma “concentrada” no art. 37, passa a instrumentalizar o regime jurídico-administrativo a partir da ideia de otimização dos próprios fins constitucionalmente estabelecidos: “É a Constituição, através de seus valores e princípios, notadamente os impostos ao regime administrativo, que

³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 200-201.

³⁶⁶ GABARDO, 2002, pp. 121-122.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 126.

subsidiarão a concreta avaliação jurídica da eficiência”³⁶⁸.

Essa interpretação sistemática do princípio da eficiência deriva tanto da natureza do mandamento de otimização previsto no seu núcleo (otimização da relação entre meios e fins) quando de sua posição formal no ápice da pirâmide normativa de onde o regime jurídico-administrativo deriva. Aliás, como já destacamos, Hesse afirmava peremptoriamente que o objetivo último do Direito Constitucional deve ser a maximização da força normativa das regras e princípios constitucionais: o princípio da eficiência administrativa, ao ser inserido no texto constitucional, acaba auxiliando na concretização desse comando.

Com a inserção desse princípio no *caput* do art. 37 da CRFB, há um nítido mandamento teleológico: os fins que devem ser otimizados não serão apenas os legais, mas também os que derivam das regras e princípios constitucionais, desde que afetos ao regime jurídico-administrativo. Na lição de Batista Júnior³⁶⁹:

Trata-se, afinal, de **um mandamento de otimização dos desígnios fulcrais da Constituição**, para que se possa evitar o aprisionamento do administrador aos meandros da complexa legislação administrativa; é um **mandamento de otimização da missão primeira da Administração Pública, à luz dos valores maiores que iluminam o sistema** (grifos nossos).

Dessa perspectiva sistemática extrai-se a primeira faceta jurídica do princípio da eficiência: a maximização da força normativa da Constituição Federal, a partir do mandamento de otimização dos fins nela estabelecidos que se relacionem com o regime jurídico-administrativo. Com efeito, para Canotilho, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais pode ser “designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva”, sendo formulado nos seguintes termos: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”³⁷⁰.

Não chegamos a tanto. A ideia de máxima efetividade das normas constitucionais, quando interpretada a partir do prisma da eficiência administrativa, surge como uma *faceta*: apesar de aquele princípio hermenêutico constitucional não cingir-se à interpretação dessa norma-princípio, acaba sendo privilegiado pela normatização deste. Trata-se da interpretação da eficiência administrativa à luz da obra de Hesse, que foi acertadamente proposta por Gabardo³⁷¹.

O administrador público não deve limitar-se ao cumprimento estéril da legislação

³⁶⁸ GABARDO, 2002, p. 99.

³⁶⁹ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 538.

³⁷⁰ CANOTILHO, 1993, p. 227.

³⁷¹ GABARDO, 2002, p. 86.

estritamente formal: a otimização dos fins constitucionalmente estabelecidos é alçada como um dever expresso, decorrente da eficiência administrativa. Supera-se o dogma da estrita legalidade formal do Direito Administrativo para adentrar-se na noção de instrumentalidade da atuação administrativa³⁷². Gabardo conclui: “para ser eficiente nesta tarefa de concretização conformadora da Constituição, de acordo com os objetivos hermenêuticos traçados, é preciso que se destaque a ideia da interpretação constitucional”³⁷³.

5.3.3.2 Concretização e proteção dos direitos fundamentais

Binenbojm afirma que há uma relação de interdependência ou reciprocidade entre os direitos fundamentais e o conceito de democracia. A concepção de Estado democrático de direito surge como um produto da soma desses dois elementos, sendo erigido sob o fundamento e com a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana³⁷⁴.

Na lição de Sarmento, a ideia de dignidade da pessoa humana situa-se como o epicentro axiológico do sistema jurídico-normativo, de onde deriva todo o conjunto de direitos fundamentais que dão sustentáculo material à Constituição Federal³⁷⁵. Para Rawls, os direitos e liberdades fundamentais apresentam-se como espécies de elementos constitucionais essenciais, tendo caráter inalienável e uma prevalência frente às demais escolhas políticas inseridas no texto constitucional³⁷⁶. Igualmente, Habermas também situa o princípio democrático como o núcleo do sistema de direitos fundamentais³⁷⁷.

A Constituição, como lembra Binenbojm, deve ser o instrumento jurídico pelo qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado³⁷⁸. Com a incorporação desses valores fundamentais no texto constitucional, pode-se falar “numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição, relacionada aos fatos de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente aqueles acolhidos pela sua Lei Maior”³⁷⁹.

A interpenetração dos direitos fundamentais no sistema constitucional também

³⁷² DALLARI, Adilson Abreu. **Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas**. Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 83.

³⁷³ GABARDO, op. cit.

³⁷⁴ BINENBOJM, 2005, pp. 50-51.

³⁷⁵ SARMENTO, 2003, pp. 59-60.

³⁷⁶ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 277.

³⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 159.

³⁷⁸ BINENBOJM, 2005, p. 61.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 64.

reverbera na definição das finalidades que devem ser cumpridas pela Administração Pública. Justen Filho afirma que a atividade de administração pública se vincula à realização dos direitos fundamentais, que são definidos especialmente a partir do princípio da dignidade humana: “o direito administrativo tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos”³⁸⁰.

Nesse sentido, o autor define o conceito de Direito Administrativo nos seguintes termos: “conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam a atividade administrativa pública necessária à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”³⁸¹. Binenbojm subscreve o entendimento exarado por Justen Filho, destacando que a vinculação primeira e mais importante da Administração Pública diz respeito aos direitos fundamentais³⁸².

Interpretando o princípio da eficiência administrativa a partir desse prisma, a concretização dos direitos fundamentais surge como uma das *facetas jurídicas* que decorrem da interpretação constitucional do seu comando nuclear. Como já explanamos, a ideia de efetividade diz respeito à produção dos resultados visados de forma concreta, real e permanente. Nesse panorama, a concretização dos direitos fundamentais insere-se como fim ínsito à ordem constitucional e, conseqüentemente, à própria atividade administrativa.

O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais demanda uma atuação positiva da Administração Pública na direção de sua concretização. Para Sarlet, deriva diretamente do art. 5º, §1º da CRFB e dos princípios hermenêuticos que estabelecem a força normativa da Constituição e a máxima eficácia e efetividade de suas normas³⁸³. Esse autor aponta que o referido dispositivo constitucional apresenta-se como mandamento de otimização em direção à “máxima eficácia possível, bem como a presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos direitos fundamentais”³⁸⁴. Ainda segundo o autor³⁸⁵:

(...) podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior

³⁸⁰ JUSTEN FILHO, 2012, p. 93.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 91.

³⁸² BINENBOJM, op. cit., p. 72.

³⁸³ Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 225 e 367-374.

³⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 245.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 248.

eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que aplique as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade.

Pensar em uma concepção de eficiência administrativa desvinculada da ideia de máxima efetividade dos direitos fundamentais seria negar sistematicidade e até vigência ao próprio texto constitucional. A faceta da concretização e proteção dos direitos fundamentais pode ser considerada como uma das principais conseqüências da “deformação teleológica” sofrida pelo cânone da eficiência ao ser constitucionalizado como uma norma-princípio, passando a assimilar valores de justiça social do Estado democrático de direito³⁸⁶.

Não custa recordar que o princípio da dignidade da pessoa humana insere-se como epicentro axiológico do sistema constitucional, dele decorrendo todo o espectro de direitos fundamentais positivamente garantidos³⁸⁷. Dessa forma, as finalidades constitucionais que devem ser otimizadas a partir do mandamento de eficiência administrativa sempre serão interpretadas partindo do prisma jurídico-axiológico de concretização dos direitos fundamentais e preservação da dignidade da pessoa humana.

5.3.3.3 Instrumentalidade com os princípios da Administração Pública

Nas palavras de Modesto, nenhum princípio de Direito Administrativo tem valor substancial autossuficiente. O princípio da eficiência, como não podia ser diferente, integra-se aos demais princípios da Administração Pública a partir das ideias de ponderação, concordância prática, aplicação tópica e complementação: trata-se do aspecto da instrumentalidade³⁸⁸.

Na verdade, observamos que essa instrumentalização não se cinge ao aspecto meramente hermenêutico de harmonização normativa. Como já explanado, os princípios previstos no art. 37 da CRFB são os elementos que dão sustentação interna ao regime jurídico-administrativo, inserindo-se no próprio núcleo da ideia de interesse público. A imoralidade, ineficiência, ilegalidade, pessoalidade e o desrespeito à publicidade (fora dos casos em que o sigilo é imprescindível) são condutas que nunca coadunarão com a concepção de interesse público: e isso ocorre pela própria constitucionalização desses princípios.

³⁸⁶ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 98.

³⁸⁷ SARMENTO, 2003, pp. 59-60; SARMENTO, 2004, p. 111.

³⁸⁸ MODESTO, 2000, p. 112.

A eficiência administrativa, como mandamento de otimização da relação entre meios e fins da atividade administrativa, também estabelece o dever de otimizar a interpretação e aplicação dos demais princípios da Administração Pública. Com isso, a instrumentalidade decorrente do princípio da eficiência *ultrapassa o âmbito hermenêutico e abrange uma verdadeira dimensão positiva*. Essa instrumentalidade positiva entre os princípios significa a reafirmação do dever de otimização dos fins que a Administração Pública deve visar: publicidade, impessoalidade, legalidade, moralidade, proporcionalidade, razoabilidade e segurança jurídica.

Essa afirmação pode parecer óbvia, mas tem seu valor metodológico. O ponto central não é destacar o mandamento de otimização desses valores, uma vez que este já decorre das próprias normas-princípios que lhes positivam. A questão que se coloca é a amplitude dos fins que o mandamento de otimização da eficiência abarca, ultrapassando aspectos meramente tecnocratas ou econômicos para abranger todos os valores, regras e princípios constitucionais, principalmente os afetos à Administração Pública (art. 37 da CRFB), reforçando a ideia de sistematicidade do ordenamento jurídico. França segue a mesma linha, destacando que os princípios da legalidade, eficiência, moralidade, publicidade e impessoalidade devem ser conjugados a partir de uma interpretação sistemática para o melhor entendimento do regime jurídico-administrativo³⁸⁹.

Assim, *a instrumentalidade entre os princípios constitucionais da Administração Pública acaba integrando o próprio núcleo duro do princípio da eficiência*. Em termos mais simples: atos imorais, ilegais, pessoais e indevidamente sigilosos, além de infringirem o respectivo princípio de regência, também vulneram indiretamente o próprio princípio da eficiência, por esses valores integrarem o núcleo da ideia de interesse público que deve ser otimizada pelo mandamento de eficiência administrativa. França exemplifica: “Somente há obediência ao dever da boa e eficiente administração quando há o respeito à moral administrativa”³⁹⁰.

O raciocínio *retro* exposto é semelhante ao usualmente desenvolvido quanto ao princípio da legalidade *lato sensu* (juridicidade). Um ato imoral, impessoal, ineficiente e indevidamente sigiloso, além de violar os princípios que lhes positivam, também macula indiretamente o princípio da legalidade em seu espectro amplo.

A mesma ideia instrumental pode ser estendida aos princípios implícitos da

³⁸⁹ FRANÇA, Vladimir. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 165-177, abr. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532/45218>. Acesso em: 19/08/2018, p. 171.

³⁹⁰ *Ibidem*.

Administração Pública que indiscutivelmente pulsam do texto constitucional, tais como os princípios da segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade. Não há ato ou atividade eficiente se não forem respeitados esses preceitos, que também se integram como elementos nucleares da concepção de interesse público. A otimização dos princípios da segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade também é albergada pela ideia de eficiência jurídica.

Em sentido análogo, Gabardo ressalta que a possibilidade de controle da Administração Pública torna-se mais clara e real “quando é analisada a íntima ligação entre o princípio da eficiência e os demais princípios constitucionais da Administração Pública”³⁹¹. Essa instrumentalidade hermenêutica e positiva entre os princípios da Administração Pública mostra-se como uma das facetas jurídicas da eficiência administrativa, definindo parte de seu conteúdo material.

5.3.3.4 Promoção do interesse público e das finalidades típicas de cada ato: a íntima relação entre o princípio da eficiência e o da finalidade pública

Já afirmamos que qualquer ato administrativo deve visar à satisfação do interesse público, sendo decorrência da própria submissão da Administração Pública à legalidade jurídica. Trata-se do princípio da finalidade pública³⁹²:

O conteúdo jurídico do princípio da finalidade não possui grande controvérsia na doutrina. Em uma acepção ampla, a finalidade se refere à exigência de um resultado de acordo com o interesse público genericamente considerado; em uma conotação restrita, reporta-se ao resultado exigido explícita ou implicitamente pela lei específica que rege o caso concreto. De todo modo, apresenta-se insofismável que a atuação do administrador, em todos os atos de gestão, sejam de caráter político ou propriamente administrativo, deve respaldar-se por uma finalidade pública condicionada pela lei.

A conclusão é lógica: todo ato administrativo deve ter finalidade pública³⁹³. Como se extrai do trecho acima, essa finalidade pode ser próxima (ou restrita), referente à finalidade típica determinada pela lei a cada ato administrativo ou mesmo distante (ampla), resultando da exigência geral e irrestrita de satisfação do interesse público.

O princípio da eficiência, ao estabelecer o mandamento de otimização das relações

³⁹¹ GABARDO, 2002, p. 130.

³⁹² *Ibidem*, p. 130-131.

³⁹³ DI PIETRO, 2016, p. 252.

entre meios e fins da atividade administrativa, vincula-se de forma umbilical ao princípio da finalidade pública. Essa imbricação entre esses princípios é o que estabelece o liame instrumental entre a ideia de eficiência e os demais princípios da Administração Pública, como exposto no tópico *retro*³⁹⁴.

Na lição de França, não há confusão entre o conteúdo material do princípio da eficiência administrativa e o da finalidade pública. Enquanto o primeiro determina que toda ação da Administração Pública deve atingir efetivamente e de forma lícita a finalidade legal, o segundo esclarece que os atos administrativos só podem ter uma finalidade pública, conforme as disposições legais que regem a matéria³⁹⁵.

Pelo exposto, a eficiência administrativa estabelece um mandamento de otimização das próprias finalidades públicas, no contexto do exercício da atividade administrativa. Deve-se buscar a solução ótima à satisfação do interesse público, finalidade distante de todo ato administrativo. Seguindo essa linha, Harger conclui que o princípio da eficiência³⁹⁶:

Traduz o dever de administrar, não só de modo razoável e conforme a moral, mas utilizando as melhores opções disponíveis. **É o dever de alcançar a solução que seja ótima ao atendimento das finalidades públicas. Não basta que seja uma solução possível.** Deve. Isto sim, ser a melhor solução. Há um dever jurídico de boa administração para o atendimento da finalidade legal (grifo nosso).

5.4 Eficiência e proporcionalidade

5.4.1 Origem e fundamentos: distinção

O princípio da eficiência administrativa (como já dissertamos no segundo capítulo deste trabalho), tem sua origem associada à importação de conceitos econômicos ao direito, a partir de um viés eminentemente gerencial e desburocratizador. Sua consolidação normativa no ordenamento jurídico nacional ocorreu no contexto da chamada Reforma Administrativa Gerencial, a partir dos fundamentos expostos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, tendo sido formalizada pelas Emendas Constitucionais n.º 19 e 20 de 1998. Nesse caso, o direito tomou³⁹⁷:

³⁹⁴ GABARDO, op. cit., p. 130.

³⁹⁵ FRANÇA, 2000, p. 171.

³⁹⁶ HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, pp. 151-161, jul. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47421/45313>. Acesso em: 09/07/2018, p. 159.

³⁹⁷ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 98.

(...) como cânone jurídico um cânone administrativo; trouxe um princípio da eficiência da Ciência da Administração e, após submetê-lo a uma **deformação teleológica** para que este pudesse assimilar os valores da justiça social do Estado Democrático de Direito, incorporou-o ao mundo do Direito (grifo nosso).

Em sentido diametralmente oposto, o princípio da proporcionalidade tem raízes na doutrina e jurisprudências germânicas, tendo-se estendido posteriormente ao direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus, sendo adotado até mesmo por Tribunais Supranacionais, como o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia³⁹⁸.

A ideia de proporcionalidade surge para coibir os excessos estatais, contendo “atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado”³⁹⁹. Portanto, configura-se como uma limitação positiva do *ius imperii* do Estado em benefício da garantia dos direitos fundamentais dos que lhe estão sub-rogados⁴⁰⁰. Para Stumm, a exigência de proporcionalidade abrange toda atuação estatal e configura-se como um imperativo substancial do Estado de direito, impondo o exercício moderado do poder estatal⁴⁰¹.

Bonavides lembra que foi na Alemanha que o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, fazendo interessante construção histórica acerca do nascimento da ideia de proporcionalidade na dogmática jurídica alemã⁴⁰². O autor recorda que a teoria da proporcionalidade surge vinculada ao Direito de Polícia e à jurisdição administrativa (Direito Administrativo), ascendendo para o Direito Constitucional no pós-Segunda Guerra a partir da perspectiva de vedação dos excessos e proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. Stumm também destaca o fortalecimento do dever de proporcionalidade após a Segunda Guerra Mundial⁴⁰³.

Barros segue a mesma linha, recordando que o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade na Europa Continental ligava-se, originalmente, ao campo do Direito Administrativo. Na França, desenvolveu-se no âmbito da jurisdição administrativa, decorrendo da evolução da teoria do *détournement du pouvoir*, que, por sua vez, é deduzida

³⁹⁸ CARVALHO FILHO, 2014, p. 43; BONAVIDES, 2004, p. 396.

³⁹⁹ CARVALHO FILHO, op. cit.

⁴⁰⁰ AVOLIO, Luiz Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

⁴⁰¹ STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 120.

⁴⁰² BONAVIDES, 2004, p. 407 e ss.

⁴⁰³ STUMM, op. cit.

do princípio da legalidade em seu mais amplo sentido. Na Alemanha, notadamente, o referido princípio começou a ganhar terreno no âmbito do poder de polícia. No Direito Administrativo espanhol, durante o regime franquista, como limitação à intervenção administrativa sobre as esferas jurídico-privadas⁴⁰⁴.

Com a transposição para o Direito Constitucional das teorias de limitação do poder de polícia desenvolvidas no Direito Administrativo francês e recepcionadas na Alemanha, houve um “salto qualitativo” no controle judicial das leis na Europa Continental⁴⁰⁵: a vinculação entre o princípio da proporcionalidade e o Direito Constitucional passa a ocorrer por via dos direitos fundamentais, o que se explica pelo contexto em que ocorre essa virada dogmática. A partir desse ponto, o princípio da proporcionalidade consolida-se no intuito de limitar o poder legítimo, reafirmando-se como uma “regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de um novo Estado de direito”⁴⁰⁶. Vejamos⁴⁰⁷:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Barros também realça a vinculação entre o surgimento da ideia de proporcionalidade e a proteção do indivíduo frente os abusos estatais. Para a autora, o germe do princípio de proporcionalidade “foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração”. Lembra, ainda, que essa concepção decorre diretamente das teorias jusnaturalistas que floresceram na Inglaterra durante séculos XVII e XVIII⁴⁰⁸.

Carvalho ainda destaca uma dupla funcionalidade do princípio da proporcionalidade: I — proteger os cidadãos contra os abusos do poder estatal; II — método interpretativo de apoio para resolução de problemas de compatibilidade e conformidade na tarefa de densificação ou concretização das normas constitucionais⁴⁰⁹. Bonavides também sublinha esse viés interpretativo do princípio da proporcionalidade. Para o autor, a proporcionalidade apresenta-se como importante instrumento de interpretação na busca por uma solução conciliatória em situações em que ocorra um antagonismo de direitos fundamentais. Aliás,

⁴⁰⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 42-44 e 51.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, pp. 395-396.

⁴⁰⁷ MENDES, 2001, p. 475.

⁴⁰⁸ BARROS, 2000, p. 35.

⁴⁰⁹ CARVALHO, 1997, p. 74.

esse entendimento já foi referendado pelas cortes constitucionais europeias, que fazem uso frequente desse princípio para diminuir ou eliminar a suposta antinomia entre esses direitos⁴¹⁰.

Essa característica do princípio da proporcionalidade é realçada na formulação de Ávila, que classifica o referido princípio como um “postulado normativo aplicativo” por impor uma condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas. Para Ávila, o dever de proporcionalidade nunca será definido sem a complementação material de outras normas: “o dever de agir proporcionalmente depende da determinação do meio e do fim, sobre os quais dizem outras normas jurídicas (princípios e regras)”⁴¹¹.

Pelo exposto, verifica-se que os princípios da eficiência têm origens e contextos que não se tocam em nenhum ponto, não havendo qualquer ligação histórica ou filosófica entre as duas concepções. Porém, isso não significa que esses princípios não se instrumentalizam a partir da relação fixada entre os meios e fins. Passamos a discorrer sobre essa afinidade estrutural entre os princípios da proporcionalidade e eficiência.

5.4.2 Relação entre meios e fins: instrumentalidade entre os princípios da proporcionalidade e da eficiência

5.4.2.1 A análise de proporcionalidade

A doutrina vem dividindo o princípio da proporcionalidade a partir de uma dimensão ampla e outra restrita. Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade seria o princípio de proibição do excesso⁴¹². Mesmo discordando dessa classificação, Ávila lembra que o postulado da proibição de excesso já foi repetidamente denominado como uma das facetas do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, significa a proibição à restrição excessiva de qualquer direito fundamental, não pressupondo, necessariamente, uma relação de causalidade entre um meio e um fim⁴¹³.

Em um sentido mais restrito, o princípio da proporcionalidade “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios que são levados a cabo”⁴¹⁴. Tal princípio pretende instituir uma relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de determinada intervenção com os efeitos gerados, para

⁴¹⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 425.

⁴¹¹ ÁVILA, 1999, p. 170.

⁴¹² STUMM, 1995, pp. 78-79.

⁴¹³ ÁVILA, 2015, p. 188.

⁴¹⁴ MÜLLER, Pierre. *Le principe de la proportionnalité*, 1978, p. 531 *apud* BONAVIDES, 2004, p. 393.

que possa ocorrer um possível controle de excessos⁴¹⁵. Esse é o sentido que vem sendo adotado pela doutrina, que desenvolveu um verdadeiro método para análise da proporcionalidade ao dividi-la em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁴¹⁶.

Ávila lembra que o estudo do “proporcional” permeia toda a Teoria Geral do Direito. Nada obstante, o que chama de “postulado da proporcionalidade” não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas fontes. Para o autor, o postulado da proporcionalidade *apenas se aplica quando há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis: um meio e um fim*.

A partir desta relação de causalidade pode-se proceder aos três exames fundamentais que materializam este postulado: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre todos os meios adequados, é o que menos restringe os direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens provocadas pelo meio escolhido?)⁴¹⁷.

Para este autor, não há que se falar no postulado da proibição do excesso como sinônimo de proporcionalidade. Ávila destaca que aquele postulado incide quando houver qualquer excesso na restrição de certo direito fundamental, enquanto o postulado da proporcionalidade pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Uma coisa não se confunde com a outra, até porque os métodos de controle são diversos, inclusive em sua aplicabilidade: é plausível que se imaginem medidas que são consideradas desproporcionais sem ser excessivas, no sentido de restringir o núcleo material dos direitos fundamentais⁴¹⁸. Estamos plenamente de acordo com o autor, não havendo que se falar em proporcionalidade em sentido amplo e restrito: há, na verdade, dois princípios distintos, que não se confundem terminologicamente.

O primeiro subprincípio (ou degrau) de proporcionalidade é a análise de adequação. Sob essa perspectiva, pouco importa se o meio escolhido é o melhor ou o menos gravoso para o cidadão: basta que o meio seja apto para atingir o fim colimado⁴¹⁹. Nas palavras de Stumm⁴²⁰:

⁴¹⁵ BONAVIDES, 2004, p. 393.

⁴¹⁶ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Florianópolis: UFSC, 1997. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas — Especialidade Direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Catarina (UFSC), p. 131.

⁴¹⁷ ÁVILA, 2015, p. 205.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 188-191.

⁴¹⁹ BARROS, 2000, p. 76.

⁴²⁰ STUMM, 1995, p. 79.

A medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender à “relação de adequação medida-fim”, pressupõe a investigação e prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que motivaram sua adoção.

Apenas no subprincípio da necessidade (ou exigibilidade) que se começa a valorar o meio escolhido a partir dos seus efeitos gerados e dos resultados produzidos. Assim, uma medida será necessária “se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos”⁴²¹.

O último degrau de análise da proporcionalidade é o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Como aponta Buechele, almeja-se analisar o custo-benefício da ação de determinada medida (meio) frente os fins perseguidos pelas normas constitucionais: em síntese, verifica-se se as vantagens superam as desvantagens para os cidadãos afetados pela medida⁴²². Em sentido análogo, Barroso destaca que se trata de uma análise do “custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”⁴²³.

Exemplificando hipoteticamente, pensemos em um caso usual de intervenção do Estado na propriedade. Há a necessidade de passagem de tubulações de gás por alguns quilômetros, atravessando diversas propriedades privadas (fim). Se o Estado opta por desapropriar (meio) todas as propriedades, o fim será satisfeito: portanto, há um juízo de adequação entre o meio escolhido e o fim pretendido.

Porém, não se trata do meio que menos restringe o direito fundamental à propriedade dos cidadãos afetados (art. 5º, *caput* da CRFB), violando o subprincípio da *necessidade*. O Poder Público poderia estabelecer uma servidão administrativa nessas mesmas propriedades, estabelecendo um direito real de uso sobre a propriedade alheia apenas no trecho necessário à passagem da tubulação, garantindo a execução do serviço público em questão. Para Meirelles, a servidão administrativa pode ser conceituada como o “ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário”⁴²⁴.

Nesse caso, além do menor custo incidente, a servidão administrativa apresenta-se como meio adequado (apto a atingir o fim), necessário (que menos restringe os direitos

⁴²¹ ÁVILA, 1999, p. 172.

⁴²² BUECHELE, 1997, p. 139.

⁴²³ BARROSO, 1996, p. 208.

⁴²⁴ MEIRELLES, 2010, pp. 656-657.

fundamentais colidentes) e proporcional em sentido estrito (ocorrendo um saldo positivo no balanceamento das vantagens e desvantagens).

Em sentido contínuo, a análise de proporcionalidade a partir dos seus subprincípios incide como forma de controle de constitucionalidade tanto de atos legislativos quanto de atos administrativos: “Não preenchendo a norma qualquer desses três elementos ou não se conformando com eles o ato administrativo ou judicial produzido pela respectiva autoridade, deverão ser considerados inconstitucionais, por violação ao princípio da proporcionalidade”⁴²⁵.

Percebe-se que o elemento essencial para a análise de proporcionalidade é a existência de uma relação de causalidade entre meio e fins, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável ou incompleto⁴²⁶. Para Ávila, esse aspecto estrutural-formal da proporcionalidade afasta qualquer indagação sobre o surgimento do dever de proporcionalidade ou mesmo sob sua aplicação neste ou naquele ramo do direito: “onde houver proteção a bens jurídicos que concretamente se correlacionam a uma relação meio-fim objetivamente demonstrada, haverá campo aplicativo para o dever de proporcionalidade”⁴²⁷. Ainda segundo o autor, isso não quer dizer que sua aplicação seja idêntica em qualquer ramo do direito: “sendo uma estrutura formal de relação de meios e fins, sua utilização *depende da importância e do poder estruturador da finalidade* para determinar o conteúdo normativo de uma relação jurídica” (grifo do autor)⁴²⁸.

À primeira vista, pode parecer que Ávila expanda a usual aplicação da proporcionalidade, ultrapassando os limites dos direitos fundamentais para abranger todos os bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Porém, o autor apenas interpreta a ideia de proporcionalidade de acordo com sua própria origem, que não se cingia à vinculação com o Direito Constitucional e a Teoria dos Direitos Fundamentais.

Como já foi destacado, o princípio da proporcionalidade tinha aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo, ganhando importância no domínio do Direito Constitucional apenas no fim do século XX, no contexto do pós-Segunda Guerra⁴²⁹. O fato de o princípio da proporcionalidade vincular-se no âmbito do Direito Constitucional à proteção dos direitos fundamentais não mutila sua ampla abrangência, podendo ser aplicado a outros ramos do Direito desde que haja uma relação de causalidade entre meio e fim, e, ainda, um

⁴²⁵ BUCHELE, op. cit., p. 6.

⁴²⁶ ÁVILA, 1999, p. 172.

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ BONAVIDES, 2004, p. 398; BARROS, 2000, p. 42 e ss.

estado desejado de coisas (fim) constitucionalmente garantido.

Ávila vai ainda além, chegando a destacar que a ideia de proporção é afeta à Teoria Geral do Direito como um todo, tal como uma “concepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção”⁴³⁰. Aliás, na Espanha, esse princípio já foi elevado como princípio geral do Direito⁴³¹. Em conclusão, para o autor, a proporcionalidade surge como um postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente imbricam-se em torno de uma relação de causalidade estabelecida entre meio e fim, possuindo elementos próprios que autorizam sua incidência, mas não lhe restringem a um ramo do direito⁴³².

Não se nega aqui o importante papel do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle dos excessos estatais, no sentido de proteção núcleo duro dos direitos fundamentais de defesa, tal como usualmente realçado pela doutrina constitucionalista que se debruçou sobre o tema⁴³³. Historicamente, é evidente que foi nesse ramo que a ideia de proporcionalidade estruturou-se e ganhou aplicabilidade, principalmente a partir dos trabalhos do Tribunal Constitucional Alemão e da sistematização levada à cabo pela doutrina desse mesmo país.

O que defendemos, sem desconsiderar essas questões, é que a aplicabilidade desse princípio não se limita à proteção desses direitos fundamentais, abrangendo todos os bens jurídicos constitucionalmente garantidos, tal como sustentado por Ávila. A aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito dos direitos fundamentais configura-se como seu “principal campo de atuação”⁴³⁴, mas não o único. Os fins tutelados por esse princípio (ou postulado) não se vinculam necessariamente à proteção e concretização dos direitos fundamentais de defesa. Tal entendimento conduziria a uma indevida vinculação teleológica desse importante instrumento de controle dos atos estatais, mutilando sua aplicação concreta e criando uma inexistente hierarquia entre os fins constitucionalmente garantidos. Ademais, negaria sua própria origem e desvirtuaria sua estrutura formal.

5.4.2.2 Semelhança estrutural entre a análise de eficiência e de proporcionalidade: estabelecendo a relação de instrumentalidade

⁴³⁰ ÁVILA, 2015, p. 204.

⁴³¹ BONAVIDES, 2004, p. 418.

⁴³² ÁVILA, op. cit., p. 205.

⁴³³ Sobre a distinção entre direitos de defesa e direitos de prestações, cf.: CANOTILHO, 1993, p. 541.

⁴³⁴ BARROS, 2000, p. 129.

Eficiência e proporcionalidade não se confundem. Há uma distinção tanto de origem e fundamentos quanto do próprio mandamento nuclear de otimização estabelecido no conteúdo dessas normas-princípios⁴³⁵. A proporcionalidade estabelece um mandamento de otimização da proporcionalidade existente entre os meios utilizados e os fins colimados, sempre partindo de uma perspectiva constitucional, consolidando-se no direito germânico a partir da ideia de proibição de excesso e proteção dos direitos fundamentais. O princípio da eficiência estabelece um mandamento de otimização da própria relação entre meios e fins, visando à satisfação do interesse público da melhor forma possível a partir do princípio da finalidade pública, consolidando-se dentro do contexto da Reforma Administrativa Gerencial e com raízes majoritariamente econômicas.

Porém, apesar das diferenças, é possível observar uma relação entre as estruturas formais dos dois princípios. Ambos partem do estabelecimento de uma relação de causalidade entre meios e fins, mesmo que com diferentes mandamentos de otimização. Para o princípio da proporcionalidade, basta que haja uma relação de proporção entre os meios escolhidos e os fins colimados, cuja análise se verifica a partir dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já no caso do princípio da eficiência, há um mandamento de otimização da própria relação estabelecida entre os meios e fins, que devem ser levados a um estado ótimo, da melhor forma possível.

Como vimos no tópico *retro*, a proporcionalidade pode ser interpretada teleologicamente a partir de dois vieses: I — a relação de causalidade entre meios e fins está vinculada à proteção dos direitos fundamentais de defesa e à proibição do excesso; II — a relação de causalidade entre meios e fins pode ser guiada teleologicamente a partir de qualquer fim constitucionalmente estabelecido.

Em qualquer caso, haverá uma instrumentalidade com o princípio da eficiência: o que vai mudar é a intensidade dessa relação, conforme a posição adotada. Se o intérprete guiar-se pela primeira, a relação será menos intensa; se adotar a segunda, haverá uma instrumentalidade mais intensa.

É claro que a eficiência se instrumentaliza com todos os princípios da Administração Pública⁴³⁶, o que decorre tanto de suas características formais quanto de sua inserção no sistema constitucional, como já assentamos. Porém, essa relação de instrumentalidade é bem

⁴³⁵ Não entraremos mais uma vez na polêmica terminológica entre princípios e postulados, de forma que estamos nos referindo aos termos como ideias sinônimas. Todavia, utilizaremos preferencialmente o termo “princípios”, seja pelos argumentos expostos no terceiro capítulo ou mesmo pela ampla aceitação na doutrina e jurisprudência. Não se nega, porém, a grande valia dos estudos de Ávila e a sistematicidade interna de sua formulação.

⁴³⁶ Cf.: GABARDO, 2002, p. 130; MODESTO, 2000, p. 112; FRANÇA, 2000, p. 171.

mais acentuada com o princípio da proporcionalidade, o que se explica pela semelhança estrutural existente entre as duas normas. Há um nítido ponto nodal que conecta os dois princípios: a relação de causalidade entre meios e fins. Explicamos.

Partindo do primeiro viés, enquanto o princípio da proporcionalidade analisa a relação entre meios e fins sob uma perspectiva de proteção dos direitos fundamentais, a eficiência visa à otimização dessa mesma relação partindo de um espectro mais amplo, abrangendo todas as finalidades públicas que compõem o núcleo do conceito de interesse público, incluindo a concretização ou proteção dos direitos fundamentais.

Apoiando-se nas facetas jurídicas do princípio da eficiência⁴³⁷, é claro que todo ato que viole o dever de proporcionalidade também será ineficiente. Isso decorre da incidência de qualquer das facetas delineadas, principalmente, nesse caso, da concretização e proteção dos direitos fundamentais.

Aqui, a análise de proporcionalidade pode ser utilizada como uma ferramenta auxiliar à análise de eficiência *stricto sensu*: se o meio é inadequado, desnecessário ou desproporcional em sentido estrito para tutelar os direitos fundamentais que incidem no caso concreto, esse mesmo meio nunca será eficiente, pois a proteção aos direitos fundamentais inserem-se no próprio núcleo das finalidades públicas que devem ser garantidas pelos atos estatais. Pouco importa se essa violação é direta ou reflexa: o ponto relevante é que houve ofensa tanto ao princípio da proporcionalidade quanto ao da eficiência.

Todavia, essa não é a melhor interpretação do princípio da proporcionalidade. Para incidência do princípio da proporcionalidade, basta que haja uma relação de causalidade entre um meio e um fim, sendo esse fim determinado pela correlação de bens jurídicos tutelados pelo direito (leia-se “Constituição”): “Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico”⁴³⁸. É claro que esses fins serão determinados por outras normas jurídicas (princípios e regras constitucionais): por esse motivo, Ávila afirma que o princípio da proporcionalidade seria um “postulado normativo aplicativo”, impondo uma condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas.

Ora, mas esses elementos formais que se imbricam a partir de uma relação de causalidade e essa estrutura normativa aplicativa também são observados no princípio da eficiência, apesar de decorrerem de um diferente mandamento nuclear. Não há dúvidas que o

⁴³⁷ I — Maximização da força normativa das normas constitucionais afetas ao regime jurídico-administrativo; II — Concretização e proteção dos direitos fundamentais; III — Instrumentalidade dos princípios da Administração Pública; IV — Promoção do interesse público e das finalidades típicas de cada ato.

⁴³⁸ ÁVILA, 2015, p. 205.

princípio da eficiência exige que se estabeleça uma relação de causalidade entre meios e fins⁴³⁹. Igualmente, também não se questiona que os fins que devem ser otimizados pelo princípio da eficiência decorrem dos bens jurídicos tutelados por outras normas constitucionais, o que delinea sua estrutura normativa aplicativa: inclusive, Ávila também classifica o princípio da eficiência como um “postulado normativo aplicativo”⁴⁴⁰.

A despeito dessa semelhança formal, os princípios delineados nunca se confundem: nem todo ato ineficiente será necessariamente desproporcional. Materialmente, a eficiência exige um degrau a mais, visando à satisfação do interesse público da melhor forma possível (ótima). A origem e os fundamentos também divergem, não havendo pontos de toque entre as construções históricas dessas duas normas. Há uma semelhança meramente estrutural, pois os dois princípios normatizam mandamentos a partir da relação estabelecida entre meios e fins; possuem, também, uma função normativa aplicativa, mesmo que o núcleo material desses princípios seja distinto.

Essas semelhanças estruturais têm sua validade prática. Podemos nos valer do *iter procedimental* já consolidado para a análise de proporcionalidade para desenhar o começo da materialização da ideia de eficiência. Grande parte dos atos ou atividades que incorram em vício de ineficiência já serão obstados pela própria análise de adequação (ou eficácia), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que facilita a aplicação do controle judicial da Administração Pública. Em sentido análogo⁴⁴¹:

A eficiência administrativa tem bastante relevância no controle de proporcionalidade dos atos administrativos. Apesar da precariedade do controle judicial de eficiência, este elemento é muito importante para a aferição da presença dos requisitos de necessidade, adequação e razoabilidade na formação do ato administrativo.

Assim, a discussão mais problemática acerca da configuração vício de ineficiência *stricto sensu* cingir-se-á apenas à análise de atos igualmente proporcionais, mas potencialmente ineficientes.

Voltemos ao exemplo da servidão administrativa. Pensemos, inicialmente, em uma servidão que estabeleça o direito real de uso sobre certa metragem de cada propriedade, uma vez que a tubulação será instalada na superfície. Em regra, trata-se de um meio que passa no exame de proporcionalidade, sendo adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

⁴³⁹ Cf.: ÁVILA, 2003, p. 19; MODESTO, 2000, pp. 112-113; SILVA, 2005, p. 671; GABARDO, 2002, p. 97; BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 176.

⁴⁴⁰ ÁVILA, 2003, p. 8.

⁴⁴¹ FRANÇA, 2000, p. 171.

Não obstante, pode existir um método de passagem dessa mesma tubulação no subsolo, ainda dentro da área útil dos imóveis, mas sem comprometer sua superfície⁴⁴². Esse método poderia evitar ou diminuir as inúmeras indenizações devidas pelo Poder Público, compensando os custos de sua instalação e evitando uma maior restrição ao direito fundamental de propriedade da coisa serviente. A servidão administrativa (meio) continua sendo necessária à consecução das finalidades públicas: o que muda é a *forma* de realizá-la. Nesse caso, o mandamento de eficiência estabelece que o dever de opção pela forma de instalação da servidão (meio) que melhor otimize os fins colimados (dentre os quais se inclui a máxima proteção aos direitos fundamentais), apresentando o maior grau de vantagens (“utilidade” gerada) frente às desvantagens suportadas.

Assim, a análise de eficiência demanda um *plus*, estabelecendo a obrigação de se escolher o meio que melhor otimize os fins almejados, dentro do contexto de espaço e tempo em que os fatos se apresentam e das possibilidades e limitações existentes, sempre considerando o condicionamento pela ideia de razoabilidade. Ainda dentro do exemplo apresentado, é claro que eventual meio que falhe nos juízos de proporcionalidade nunca será eficiente. A análise de eficiência apresenta-se como um degrau a mais, sem abandonar as análises prévias de proporcionalidade.

Sob esse viés, a instrumentalidade entre os princípios da eficiência e da proporcionalidade ocorre de forma intensa. A análise de proporcionalidade funcionaria como uma pré-análise de eficiência: se os meios forem adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, passa-se à análise de eficiência *stricto sensu*. Aqui, analisa-se se a otimização da relação de meios e fins foi satisfatória frente a um padrão ótimo de realização das finalidades públicas, incidindo o princípio da razoabilidade como condicionante da própria interpretação do conceito de eficiência⁴⁴³.

Nesse ponto, *refutamos uma das principais hipóteses iniciais deste trabalho*. Pensávamos, inicialmente, que havia uma confusão parcial entre as ideias de proporcionalidade e eficiência, com a primeira estando inserta na segunda. Assim, à primeira vista, parecia que a constitucionalização do princípio da eficiência administrativa também positivava, de forma reflexa, o princípio da proporcionalidade.

A verdade é que *não há essa confusão parcial ou mesmo inclusão de um no outro*. São normas-princípios com núcleos, comandos e fundamentos distintos. Ademais, sua construção

⁴⁴² Se esse método possibilitasse que a tubulação fosse passada em uma profundidade que não atingisse a área útil dos imóveis, o estabelecimento de qualquer servidão administrativa passaria a ser um meio desproporcional, pois, partindo da inteligência do artigo 1.229 do Código Civil, aquela sequer seria necessária.

⁴⁴³ GABARDO, 2002, p. 135.

histórica também refuta qualquer aproximação teleológica. Nada obstante, essa distinção material não afasta a semelhança formal/estrutural entre as duas normas, que se instrumentalizam a partir do estabelecimento da relação de causalidade entre meios e fins. Apesar de o princípio da eficiência e o princípio da proporcionalidade não se confundirem, *a análise de eficiência pode se valer da metodologia empregada para análise da proporcionalidade de forma meramente instrumental, imbricando a duas ideias a partir da semelhança formal existente entre os dois princípios.*

5.4.2.3 Análise de eficiência administrativa: definindo o *iter procedimental*

Pelo exposto, podemos dividir a análise de eficiência em *lato sensu* e *stricto sensu*. A análise de eficiência *lato sensu*, além da análise de eficiência *stricto sensu*, abrange a própria análise de proporcionalidade, que se apresenta de forma preliminar e como uma espécie de análise de pré-eficiência.

Unindo as fases da análise de proporcionalidade com a análise de eficiência *stricto sensu*, podemos chegar ao seguinte *iter procedimental* unificado para análise da eficiência a partir de seu mais amplo espectro: I — adequação (ou eficácia); II — necessidade (exigibilidade); III — proporcionalidade em sentido estrito; IV — eficiência *stricto sensu*.

Quanto à análise de proporcionalidade e os subprincípios que dela derivam, não há muito que acrescentar. O único ponto que cumpre destacar é que a análise do subprincípio da adequação traduz-se como uma verdadeira análise de eficácia (no sentido que adotamos neste trabalho). Em verdade, verifica-se se determinado meio é apto (leia-se “eficaz”) para produzir o fim almejado.

Desse modo, conclui-se que a análise de adequação já abarca a faceta da eficácia, que compõe o conceito amplo (*lato sensu*) de eficiência administrativa⁴⁴⁴. Ademais, se qualquer desses exames de proporcionalidade falhar, haverá tanto vício de proporcionalidade quanto vício de ineficiência, pelos motivos que já expusemos.

Se um meio é eficaz, necessário e proporcional em sentido estrito para satisfazer os bens jurídicos que incidem no caso concreto, introduz-se a análise de eficiência *stricto sensu*. Aqui, o mandamento nuclear é o de otimização da relação entre meios e fins, visando à satisfação das finalidades públicas da melhor forma possível.

É claro que podem existir conflitos de normas (regras e princípios) quanto à definição

⁴⁴⁴ Sobre a divisão entre eficiência *lato sensu* e *stricto sensu*, conferir: BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 173 e ss.

dos fins constitucionais (bens jurídicos) que devem ser garantidos pelo mandamento de eficiência. Essas antinomias concretas, que são apenas aparentes, devem ser resolvidas a partir das técnicas hermenêuticas tradicionais, aplicando-se os princípios da concordância prática e de proibição do excesso, ou, não sendo possível a harmonização das normas em conflito, com a utilização das regras de conflito, mormente a técnica de ponderação⁴⁴⁵. Aliás, o próprio exame de proporcionalidade presta-se à conciliação desses bens jurídicos conflitantes, eliminando as medidas inadequadas, excessivamente restritivas ou desproporcionais a quaisquer dos direitos que estejam em jogo⁴⁴⁶.

Seguindo, na análise de ganho de eficiência (estática), a visualização da eficiência de certo ato é mais simples, apenas dependendo de uma comparação contrastante entre os dois parâmetros comparativos. Porém, isso não atesta a eficiência *stricto sensu* (global) de determinado ato ou atividade: na definição da eficiência *stricto sensu*, a otimização deve ser satisfatória frente às condições de tempo e espaço existentes, não se cingindo a um único parâmetro.

Aqui está o ponto mais sensível da análise de eficiência *stricto sensu*. *É claro que não se pode exigir a melhor ou a mais eficiente conduta*. Essa deve ser a intenção do agente público (elemento subjetivo), não o resultado objetivo. Nessa linha, mesmo com tal intenção, é certo que, muitas vezes, a conduta almejada não será a melhor ou mais eficiente, até porque essa definição depende de critérios interpretativos que variam de administrador para administrador.

Assim, para definição da eficiência *stricto sensu* e de um possível vício de ineficiência, incide a lógica do razoável de Siches⁴⁴⁷: a realidade social concreta e as circunstâncias histórico-particulares, orientadas pelas lições extraídas da experiência da vida, definirão o que se considera como “satisfação ótima das finalidades públicas” e, conseqüentemente, eficiência *stricto sensu*. Zancaner afirma que a incidência da razoabilidade, para análise de qualquer medida, sempre demandará a existência de um suporte empírico existente⁴⁴⁸. Dizemos o mesmo sobre a eficiência.

Exemplificando, pensemos no controle de ponto dos servidores públicos. Discute-se a definição de um meio para satisfação de um fim legalmente determinado (controle da jornada

⁴⁴⁵ ALEXY, 2008, p. 91 e ss.; ÁVILA, 2015, p. 185 e ss.

⁴⁴⁶ Sobre essa função conciliadora do princípio da proporcionalidade, conferir mais uma vez: BONAVIDES, 2004, p. 425; ÁVILA, 1999, p. 172.

⁴⁴⁷ SICHES, Luiz Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12ª ed. México: Porrúa, 1997, p. 254 e ss.

⁴⁴⁸ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, 2001, p. 4.

legal dos servidores públicos). Partimos da premissa que essa jornada tem que ser efetivamente controlada (como no caso dos servidores da saúde), o que, certamente, não se aplica a todos os cargos públicos: muitos têm uma jornada temporalmente flexível ou mesmo que pode ser desenvolvida fora do ambiente de trabalho, como nos casos de teletrabalho. Reforçamos: a análise de eficiência sempre será contextual, nunca havendo um meio absolutamente eficiente.

Analisando a questão que se coloca, o controle de ponto manual foi, por muito tempo, um meio relativamente eficiente de controle de jornada. Apesar das diversas falhas que apresentava, aparentemente não existiam outros meios igualmente proporcionais que alcançassem a finalidade visada de maneira mais eficiente, principalmente levando em conta os custos incidentes.

Com o avanço tecnológico, desenvolveu-se o controle biométrico de frequência dos servidores. Comparando o controle manual frente ao controle biométrico, é certo que ambos são meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, tendo mais vantagens que desvantagens. Porém, é indiscutível que o controle biométrico é mais eficiente em comparação ao controle manual, sendo menos suscetível a fraudes e controlando a jornada de trabalho com maior precisão. Ademais, se levarmos em conta o valor perdido com fraudes na jornada de trabalho e com a prestação deficiente dos serviços públicos, os custos de instalação dos relógios de ponto são ínfimos, principalmente em órgãos de maior porte⁴⁴⁹. Tudo isso subsidiaria a análise do ganho de eficiência (estática) de um meio em comparação ao outro.

Além disso, trata-se de meio que atinge satisfatoriamente as finalidades visadas, não havendo, em uma análise *prima facie* (generalizada) e dentro do mesmo contexto, outros meios que otimizem de forma ainda mais acentuada a relação de causalidade estabelecida (eficiência *stricto sensu*). Essa eficiência *stricto sensu* é meramente circunstancial: as condições de tempo e lugar podem modular sua definição, como ocorre, por exemplo, quando há desenvolvimento tecnológico ou mesmo uma mudança de parâmetros comparativos.

O que queremos destacar é que não se pode exigir o meio “mais eficiente possível”, até porque essa pretensa perfeição não existe: a eficiência deve ser aferida de acordo com o contexto em que a relação de causalidade se apresenta. O princípio da razoabilidade, assim, incide como uma verdadeira *condicionante interpretativa* do sentido de eficiência, como foi

⁴⁴⁹ Destacamos que o MPF ingressou com ações civis públicas em todo o Brasil objetivando o estabelecimento da obrigação de fazer de implantação do controle biométrico de frequência no âmbito dos servidores da saúde em diversas unidades federativas. Conferir: PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. *MPF promove ação nacional para cobrar uso de ponto eletrônico por médicos e profissionais do SUS*. Brasília, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgt/noticias-pgr/mpf-promove-acao-nacional-para-cobrar-uso-de-ponto-eletronico-por-medicos-e-profissionais-do-sus>.

precisamente identificado por Gabardo⁴⁵⁰, modulando a própria definição material da exigência de eficiência *stricto sensu*.

Por esses motivos, reafirmamos: não há análise absoluta de eficiência, uma vez que sempre incidirão parâmetros relativos de comparação que são definidos pelas próprias condições de espaço e tempo em que se insere a atividade administrativa contrastada judicialmente.

Refutamos, ainda, o posicionamento que defende uma fungibilidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade⁴⁵¹. Na lição de Ávila, o princípio da razoabilidade não pressupõe uma relação de causalidade entre meios e fins, como ocorre com o princípio da proporcionalidade. O autor afirma que a ideia de razoabilidade pode ser interpretada como um dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade), como uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (dever de equivalência) ou mesmo como dever de harmonização do direito com suas condições externas de aplicação (dever de congruência), em que se exige um suporte empírico para determinar a razoabilidade de certa medida⁴⁵².

Em qualquer dos sentidos de razoabilidade, não há necessidade de estabelecimento de uma relação de causalidade entre um meio e fim. Ademais, como o próprio Oliveira admite, o princípio da razoabilidade tem sua origem no direito anglo-saxão (Common Law), enquanto o princípio da proporcionalidade se desenvolveu no sistema romano-germânico (Civil Law). Por isso, também não se relacionam do ponto de vista histórico⁴⁵³. Assim, são princípios materialmente distintos, que não se confundem nem mesmo quanto ao método de aplicação.

Em conclusão: *a eficiência stricto sensu assume a posição de último degrau da análise da relação de causalidade estabelecida entre meio e fim, sem abandonar os demais degraus que se inferem da análise de proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito).*

Trata-se de interpretação que privilegia a ideia de instrumentalidade entre os princípios da Administração Pública e a máxima efetividade das normas constitucionais, integrando plenamente o princípio da eficiência no regime jurídico-administrativo. O resultado prático é a facilitação da aplicação do princípio da eficiência a partir de um *iter procedimental* já consolidado na doutrina e na jurisprudência, auxiliando, inclusive, na

⁴⁵⁰ GABARDO, 2002, p. 135.

⁴⁵¹ Cf.: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo, Malheiros: 2006, p. 192; DI PIETRO, 2016, pp. 111-112.

⁴⁵² ÁVILA, 2015, p. 194 e ss.

⁴⁵³ OLIVEIRA, op. cit.

conciliação dos bens jurídicos que podem eventualmente conflitar na definição concreta das finalidades públicas a serem garantidas pelo mandamento de eficiência.

Assim, eliminar-se-ia grande parte das discussões quanto à eficiência de certo ato ou atividade. Ademais, também compatibiliza a aplicabilidade dessa norma-princípios com o princípio da segurança jurídica, conferindo um método minimamente parametrizado para que a análise de eficiência desenvolva-se, contrastável pelo próprio particular ou mesmo nas instâncias superiores de controle jurisdicional.

6. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

6.1 Natureza da discricionariedade administrativa

6.1.1 Noção tradicional: “poder discricionário” ou “ato administrativo discricionário”

O estudo das balizas que sustentam os conceitos de discricionariedade e vinculação administrativa acompanha a construção da dogmática jurídica do Direito Administrativo desde os primórdios de sua sistematização pela doutrina e jurisprudência francesas. Partindo da premissa que haveria um “campo de discricionariedade” em que o administrador público orientar-se-ia livremente quanto à escolha, oportunidade e conveniência dos seus atos, prevalecia o entendimento de que o controle jurisdicional não poderia adentrar nos aspectos de conveniência e oportunidade do atendimento do interesse público por se matéria típica da Administração Pública: restringia-se, assim, aos aspectos legais da atividade administrativa⁴⁵⁴.

Essa “liberdade” dos órgãos administrativos aparece de forma ainda mais acentuada no modelo de jurisdição *dual* francês, em que há uma estanque divisão das funções estatais a partir de uma interpretação quase literal do princípio da separação dos poderes. Exemplificando essa divisão, o Poder Executivo na organização constitucional francesa detém competência para edição de regulamentos autônomos em matérias afetas à Administração Pública, desde que não adentrem na “reserva de lei” (liberdade e propriedade). Esses regulamentos nascem a partir do enfraquecimento das monarquias europeias, em que a competência para legislar sobre matérias afetas aos direitos de propriedade e liberdade começa a ser retirada do poder centralizado e passa a ser transferida ao Parlamento.

Assim, assuntos que não eram “matéria de lei” continuavam na esfera do Poder Executivo, que detinha competência plena para regular amplamente qualquer matéria que se inserisse nessa esfera residual: consolidavam-se os chamados “regulamentos autônomos”, caracterizados pela possibilidade de inovar (no sentido de gerar direitos e obrigações) na ordem jurídica e por possuírem existência autônoma, independentemente de previsão legal para sua edição⁴⁵⁵.

Os regulamentos autônomos surgiram inicialmente como expressão de um “poder

⁴⁵⁴ MEDAUAR, 2004, p. 194.

⁴⁵⁵ MELLO, 2015, p. 349.

natural” do Executivo, mas passaram a ter fundamento constitucional a partir do século XX. Na França, o art. 34 da Constituição de 1954 menciona as questões que são “matéria de lei” e o art. 37 diz que tudo que não estiver incluído nessa reserva legal é matéria de regulamento.

Como as matérias legais cingiam-se a um pequeno rol isolado, por conta da natureza da matéria normativa (liberdade e propriedade), somado à divisão *dual* da jurisdição francesa em que as controvérsias em matéria administrativa eram resolvidas com definitividade dentro do próprio âmbito do Poder Executivo (jurisdição administrativa), acabava conferindo grande amplitude à ideia inicial de discricionariedade no Estado francês. Na prática, essa amplitude gerava uma quase insindicabilidade absoluta dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, surge na França o conceito de “ato discricionário” ou de “pura administração” como a espécie de ato administrativo insuscetível de apreciação pelo juiz, contra o qual só cabia recurso administrativo, noção que imperou até o início do século XX⁴⁵⁶. Por óbvio, essa classificação hermética biforme dos atos administrativos acabava dando uma grande amplitude ao campo de discricionariedade da Administração Pública: o resultado era a impossibilidade de incidência do controle jurisdicional em uma vasta parcela da atividade administrativa.

A doutrina francesa — para combater essa quase insindicabilidade absoluta dos atos administrativos — começa a desenvolver a ideia de “poder discricionário” com o intuito de possibilitar a apreciação judicial dos aspectos vinculados presentes nos atos administrativos: surge certa “repulsa” à ideia de “atos completamente discricionários”⁴⁵⁷. Para substituir essa noção, começa-se a formular uma teoria que materializava a discricionariedade como espécie de poder da Administração (“poder discricionário”), principalmente a partir da formulação proposta por Maurice Hauriou⁴⁵⁸.

Para Hauriou, a discricionariedade manifestar-se-ia na prerrogativa de a Administração praticar seus atos de acordo com a conveniência e oportunidade para atingir o interesse público. Rodó lembra que, na visão de Hauriou, “a Administração é essencialmente autônoma”, não podendo ser “animada por uma vontade interna legal, e sim por uma vontade executiva livre”⁴⁵⁹.

Com efeito, a discricionariedade situar-se-ia no âmbito dos “poderes” da própria Administração Pública, e não no ato administrativo concreto: “a partir de então, deixou-se de

⁴⁵⁶ MEDAUAR, op. cit.

⁴⁵⁷ DI PIETRO, 1991, p. 96.

⁴⁵⁸ HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**. Paris: Recueil Sirey, 1926.

⁴⁵⁹ RODÓ, Laureano Lopes. O poder discricionário da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 35, 1954, p. 43.

falar em ato discricionário e começou-se a falar em um poder discricionário da Administração, presente em praticamente todos os atos administrativos (...)”⁴⁶⁰.

Percebe-se a ocorrência de uma virada quanto ao próprio plano de manifestação da discricionariedade: passa-se de uma incidência meramente objetiva (no próprio ato administrativo) para a defesa de uma existência *a priori* subjetiva, como prerrogativa ínsita ao próprio exercício da função administrativa pelos agentes públicos. O efeito prático foi possibilitar a apreciação de elementos vinculados de atos antes classificados como “discricionários”, mesmo que ainda carregasse grande influência da ideia absolutista de um “poder” natural do Executivo. Outros autores franceses também compartilhavam dessa doutrina, tal como: Duguit, Michoud, Bonnard, Jèze, Walline⁴⁶¹.

Em meados do século XX, a doutrina nacional — que bebia diretamente na fonte francesa — começa a importar tais concepções de discricionariedade administrativa (e, conseqüentemente, de vinculação) para o direito brasileiro. Cretella Júnior defende fervorosamente a adoção da divisão estanque entre atos discricionários e vinculados, considerando-a como “tradicional, feliz, precisa, técnica e indispensável”, afirmando que a proposição de Hauriou se apresenta como um mero jogo de palavras, sem correspondência com a prática administrativa⁴⁶².

No mesmo sentido, Seabra Fagundes afirmava que jamais existiria um verdadeiro “poder” discricionário no âmbito da Administração Pública, pois a atividade do administrador público (seja vinculada ou discricionária) estaria sempre vinculada à consecução da finalidade legal. Assim, concorda com a distinção dos atos administrativos em vinculados e discricionários: essa nomenclatura seria uma mera “imagem de síntese” necessária à sistematização jurídica⁴⁶³.

Fixadas essas premissas, concordamos com Araújo quando afirma que as lições de Cretella Júnior são uma boa síntese acerca das noções tradicionais de vinculação e discricionariedade administrativa, em que a doutrina apresentava esses aspectos como qualidades do ato administrativo⁴⁶⁴. Por esses motivos, também fazemos referência ao texto

⁴⁶⁰ DI PIETRO, 1991, p. 90.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 91.

⁴⁶² CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 246-247.

⁴⁶³ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 65.

⁴⁶⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101.

expresso dos conceitos propostos pelo autor⁴⁶⁵:

Vinculado, regrado ou predeterminado é o ato administrativo que se concretiza pela vontade condicionada ou cativa da Administração, obrigada a manifestar-se positivamente, desde que o interessado preencha, no caso, determinados requisitos fixados *a priori* pela lei. (...)

O ato discricionário, que tem existência inequívoca no âmbito do direito e que definimos como manifestação concreta e unilateral da vontade da Administração que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculado de qualquer lei que lhe dite previamente a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, insuscetível de revisão judiciária (grifo do autor).

Meirelles, por outro lado, filia-se à posição Hauriou, no sentido de que o mais correto seria falar em “poder discricionário” da Administração Pública. Para Meirelles, poder discricionário “é o que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”⁴⁶⁶.

Segundo Meirelles, a discricionariedade não se manifesta no ato administrativo em si, mas sim “no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público”⁴⁶⁷. Diante disso, destaca que apenas por tolerância poder-se-ia aceitar a expressão “ato discricionário” pois, apesar de ser inadequada para expressar a manifestação da discricionariedade, trata-se de expressão consagrada na doutrina e jurisprudência nacionais.

Deveras, a despeito dessa suposta polêmica acerca da *natureza* da discricionariedade (como “poder” da Administração Pública ou “qualidade” do ato administrativo), a doutrina costuma admitir a existência tanto do poder discricionário, como do ato administrativo discricionário, como se o último fosse decorrência do primeiro.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, por exemplo, afirma que a partir do poder discricionário “o administrador pode apreciar a conveniência ou oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de modo a proceder desta ou daquela maneira”⁴⁶⁸. Igualmente, também aceita a distinção entre atos vinculados e atos discricionários.

Carvalho Filho conceitua o “poder discricionário” como “a prerrogativa concedida aos

⁴⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, 2000, pp. 246-247.

⁴⁶⁶ MEIRELLES, 2010, p. 121.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 172.

⁴⁶⁸ MELLO, 1979, p. 471.

agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”, estabelecendo os conceitos de “conveniência e oportunidade” como os elementos nucleares do conceito de discricionariedade⁴⁶⁹. Ainda segundo esse autor, os atos vinculados seriam aqueles “que o agente pratica reproduzindo os elementos que a lei previamente estabelece”, enquanto nos atos discricionários “a lei autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato”⁴⁷⁰.

Di Pietro confirma esse fato, afirmando peremptoriamente que a maioria dos autores brasileiros já reconhece a existência tanto de um poder discricionário como dos atos discricionários. Essa distinção tinha sua razão de ser na França, pois a formulação da ideia de poder discricionário surge como um repúdio à existência do ato inteiramente discricionário, que acabava obstando o controle judicial por completo. A partir do momento em que deixou de se reconhecer essa ideia de “ato inteiramente discricionário”, afasta-se a razão do repúdio à existência do ato administrativo discricionário. Em síntese⁴⁷¹:

E realmente não há razão para negar-se a existência do ato discricionário e também de poder discricionário. Este existe *in potentia*, aquele existe *in actu*. Mesmo antes de ser editado, existe a discricionariedade como poder da Administração Pública conferido pela lei para ser exercido no caso concreto. **Quando o poder é discricionário, o ato pelo qual esse poder se manifesta também é discricionário dentro dos limites definidos na lei** (grifo nosso).

Alguns autores ainda defendem a existência de um “Poder Vinculado”, como forma de abranger as atividades que a Administração desenvolve em estrita vinculação legal, que, por óbvio, não se incluem no âmbito do que chamam de “Poder Discricionário”⁴⁷².

Todavia, a própria ideia de “Poder Vinculado” contém um paradoxo intrínseco: enquanto o conceito de “poder” refere-se a uma prerrogativa da Administração Pública, a noção de vinculação dirige-se no sentido diametralmente oposto, impondo uma obrigação ao administrador de atuar rigorosamente conforme os parâmetros legais. Assim, o denominado poder vinculado, antes de ser um poder, tem o sentido de “verdadeira imposição de conduta, sendo muito mais uma restrição do que um poder”⁴⁷³.

⁴⁶⁹ CARVALHO FILHO, 2014, p. 51.

⁴⁷⁰ *Ibidem*.

⁴⁷¹ DI PIETRO, 1991, p. 97.

⁴⁷² MEIRELLES, 2010, p. 121; MEDAUAR, 2004, p. 27 e ss.

⁴⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. *In*: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 17.

6.1.2 Fixação da natureza da discricionariedade administrativa

Na verdade, não concordamos com nenhuma das formulações apresentadas: a discricionariedade não pode ser qualificada nem como um poder nem como uma qualidade de certa espécie de atos administrativos. Começo analisando a ideia de “poder discricionário”, em que a doutrina situa a discricionariedade como espécie dos ditos “Poderes da Administração Pública”.

Existem dois argumentos principais que desconstroem a qualificação da discricionariedade como uma espécie de “poder” ou “prerrogativa”: um de natureza lógico-filosófico e outro de natureza jurídica.

Quanto ao primeiro, é entendimento corrente e moente que o Poder é *uno* e indivisível, sendo apenas manifestado por meio das diversas funções estatais, tal como a função administrativa⁴⁷⁴. Assim, esse poder único e indivisível é exercitado pelo administrador conforme determinação legal e, apenas essa, “é que poderá qualificar como vinculada ou discricionária a apreciação deste ou daquele aspecto do ato administrativo”⁴⁷⁵.

Do ponto de vista jurídico, a caracterização da discricionariedade como um “poder” ou “prerrogativa” não é compatível com o papel que a Administração Pública deve assumir em um Estado democrático de direito, em que há uma estrita instrumentalidade entre os “poderes” (leia-se “deveres”) legalmente conferidos e os fins normativamente estabelecidos. A discricionariedade, nesse sentido, será sempre *infralegal* ou *infraconstitucional*: “o exercício da discricionariedade não pode ultrapassar o cometimento outorgado, só tendo cabimento, o seu exercício, dentro dos limites da lei, razão pela qual não deve ser confundida com a arbitrariedade, que consiste no agir fora da lei ou contra ela”⁴⁷⁶.

Pelo exposto, concordamos com o raciocínio desenvolvido por Bandeira de Mello. Esse autor parte da premissa que toda função pressupõe necessariamente um dever, uma finalidade. Para o autor, quando alguém está investido em determinada função para atingir os interesses de outrem (*in casu*, a coletividade), há uma delegação de poderes para que haja o cumprimento do dever por meio desta função: os “poderes” seriam sempre instrumentais àquela finalidade⁴⁷⁷.

Assim, os sujeitos competentes legalmente para exercício da função administrativa (atividade) estariam adstritos à finalidade legal próxima (“tipicidade do ato

⁴⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 340.

⁴⁷⁵ ARAÚJO, 2005, p. 59.

⁴⁷⁶ MOREIRA NETO, 2014, p. 441.

⁴⁷⁷ MELLO, 2015, pp. 146-147.

administrativo”⁴⁷⁸) e distante (interesse público). Em outras palavras⁴⁷⁹:

Então, posto que as competências lhe são outorgadas única e exclusivamente para atender à *finalidade* em vista da qual foram instituídas, ou seja, para cumprir o interesse público que preside sua instituição resulta que se lhes propõe uma situação de *dever*: o de prover àquele interesse
Destarte, **ditos poderes têm meramente caráter *instrumental*; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se o dever de cumprir o interesse público**, que é, a final, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos.(grifo nosso).

Em conclusão, Bandeira de Mello defende que as prerrogativas da Administração não podem ser vistas como “poderes”, nem mesmo “poderes-deveres”: são, na verdade, verdadeiros “deveres-poderes”, pois o poder só existe por conta do dever a que está estritamente vinculado. Essa construção expurga qualquer fundamento do que se chama de “poder discricionário”, seja do ponto de vista lógico-filosófico ou mesmo da perspectiva estritamente jurídico-estrutural.

Igualmente, a enunciação da discricionariedade (ou mesmo da vinculação) como uma qualidade de certa espécie de ato administrativo é imprecisa e atécnica, sendo uma infeliz “imagem sintética” que acabou por gerar mais confusões do que a dinamicidade que se espera da taxinomia jurídica. Mesmo com a consolidação do entendimento de que os chamados “atos discricionários” nunca serão inteiramente discricionários⁴⁸⁰, ainda é comum na praxe forense que se tente obstar o controle judicial de atos administrativos sob o argumento de que se trata de “atos inteiramente discricionários”, o que implicaria a extinção do processo sem resolução do mérito por conta da “impossibilidade jurídica do pedido”⁴⁸¹.

Trata-se de verdadeiro *nonsense* jurídico. Primeiro, porque todo ato administrativo sempre terá aspectos vinculados, decorrência direta da submissão da Administração Pública à ideia de legalidade *lato sensu*. Segundo porque a discricionariedade não pode ser aferida *in abstracto*, sempre demandando a análise concreta das circunstâncias fáticas que, segundo Bandeira de Mello, podem reduzir ou até excluir a discricionariedade abstratamente prevista na hipótese, no mandamento ou mesmo na finalidade da norma jurídica⁴⁸².

Para que se estabeleça qual é a natureza da discricionariedade, primeiro é necessário

⁴⁷⁸ DI PIETRO, 2016, p. 245.

⁴⁷⁹ MELLO, 2015, p. 147.

⁴⁸⁰ CARVALHO FILHO, 2014, p. 54.

⁴⁸¹ Conferir: STJ. Recurso Especial n.º 879.188/RS; STJ. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em Recurso Especial n.º 679.845/RS.

⁴⁸² MELLO, op. cit., p. 996.

distinguir os planos (ou “dimensões”) em que esta se apresenta. Seu fundamento ocorre no plano abstrato (dimensão normativa), em que se estabelecem os seus contornos e limitações, adstringindo a liberdade normativamente concedida à finalidade próxima e distante da disposição legal.

Nessa dimensão abstrata (plano preliminar de análise abstrata das normas ou plano *prima facie* de significação⁴⁸³) a discricionariedade existe apenas em tese: a sua materialização depende, além da disposição normativa (fundamento legal) abstrata, da verificação no plano concreto (plano conclusivo de análise concreta das normas ou nível *all things considered* de significação⁴⁸⁴), de acordo com a especificidade de cada caso.

Discordamos do posicionamento *retro* exposto que, a princípio, situa a discricionariedade administrativa no plano abstrato-normativo (hipótese, mandamento ou finalidade da norma legal). Preferimos estabelecer que o que sempre ocorre no plano abstrato é o fundamento legal da discricionariedade administrativa, e não a discricionariedade propriamente dita.

Essa premissa é essencial para que se entenda que, na verdade, o que acontece no plano concreto não é uma redução ou exclusão da discricionariedade: esta sequer chegou a existir no plano abstrato, no qual apenas encontra seu fundamento.

A discricionariedade só se manifestará abstratamente em uma hipótese específica de discricionariedade (que nomearemos, mais à frente, de *discricionariedade típica*): quando o legislador deixar deliberadamente certa liberdade para que o administrado decida agir ou não agir, ou agir de “n” formas, de acordo com seus próprios critérios subjetivos. Nesse caso, apesar de encontrar tanto seu fundamento quanto sua existência *prima facie* no plano abstrato-normativo (plano preliminar ou *prima facie* de significação), ainda não pode obstar *de per se* o controle jurisdicional de certo ato administrativo: mesmo que exista em tese na dimensão normativa, ainda há a adstrição do administrador aos aspectos vinculados da atividade administrativa, inclusive a satisfação das finalidades legais.

Ademais, a discricionariedade existe na forma de uma liberdade relativa concedida ao administrador público para a prática de certo ato administrativo. Por esses motivos, mesmo que exista *prima facie* no plano normativo, ainda depende do sujeito competente (dimensão subjetiva) e da prática do ato concretizador (dimensão objetiva) para que realmente se materialize no mundo dos fatos: do contrário, não passa de um dever ser.

Em conclusão, a discricionariedade *nunca* se reduz ou exclui. Ou ela encontra seu

⁴⁸³ ÁVILA, 2015, p. 89.

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

fundamento no plano abstrato e se materializa concretamente ou já surge, *prima facie*, no plano abstrato de forma irretratável: em qualquer caso, a caracterização da discricionariedade é única e irreduzível.

Se as circunstâncias do caso concreto demonstrarem que uma solução é unívoca para atender o interesse público da melhor forma, há vinculação concreta e a discricionariedade nunca ocorreu. Se a discricionariedade surge tipicamente como determinação expressa na própria norma, essa se materializa de *pleno iure* já no plano abstrato-normativo, só cabendo controle da atividade administrativa quanto aos aspectos vinculados. Dentre esses, na nossa concepção, inclui-se a própria vinculação à busca pela solução ótima para satisfazer o interesse público. Revisitaremos novamente essa questão ao abordarmos a discussão acerca da discricionariedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Com efeito, sua real manifestação é observada na dimensão concreta (subjéctiva ou objectiva): aqui é possível verificar sua natureza formal. Quando analisada a partir da dimensão subjéctiva, ou seja, situando-se nos agentes, órgãos ou entidades que compõem a Administração Pública Direta/Indireta, a discricionariedade assume a característica de uma competência infralegal ou até mesmo infraconstitucional. Essa competência, obviamente, está adstrita à finalidade para qual foi criada, só existindo dentro da moldura normativa previamente estabelecida. A diferença para a vinculação, em verdade, seria apenas o maior espaço deixado para escolha da decisão que melhor se conforma ao interesse público.

A materialização objectiva dessa competência ocorre a partir de atos administrativos. Nos atos administrativos (dimensão concreta objectiva), a discricionariedade e a vinculação se manifestam em *traços ou “aspectos” do ato administrativo*, como uma qualidade. Neste ponto, partindo do conceito de “aspectos de vinculação” apresentado por Araújo⁴⁸⁵, concluímos que a discricionariedade, assim como a vinculação, também pode se manifestar em “aspectos” do ato administrativo, como no momento da prática do ato ou mesmo nos diferentes elementos (ou pressupostos) do ato administrativo⁴⁸⁶. Nada obstante, ao apresentar suas conclusões em artigo específico que compõe obra diversa da enunciada anteriormente, o próprio autor acaba afirmando que a discricionariedade pode se manifestar em “aspectos” do ato administrativo⁴⁸⁷. É essa a ideia que condensamos nessa dimensão concreta objectiva.

Por outro lado, Carvalho Filho refere-se a esses “aspectos” como “elementos

⁴⁸⁵ ARAÚJO, 2005, p. 59.

⁴⁸⁶ DI PIETRO, 1991, p. 79.

⁴⁸⁷ ARAÚJO, 2006, p. 123.

vinculados” do ato discricionário⁴⁸⁸. Preferimos “aspectos ou traços” pois, quando se fala em elementos de certo ato administrativo, faz-se referência às partes que compõem a própria estrutura do ato administrativo, sem os quais não haveria a existência do próprio ato⁴⁸⁹.

Se há a manifestação da discricionariedade em determinado ato administrativo, é certo que esse ato terá aspectos vinculados (regrados) e aspectos discricionários. São nesses aspectos discricionários que a lei deixa certo espaço para que o administrador decida de acordo com os critérios subjetivos, mesmo que continue vinculado à satisfação ótima das finalidades legais.

Pelo exposto, delineamos apenas a natureza formal da discricionariedade administrativa: ou seja, a forma como esse conceito apresenta-se no plano abstrato (previsão) e concreto (materialização). Essa formulação, por óbvio, não explicita o conceito material de discricionariedade: para tal fim, é necessário que, primeiro, se defina quais são suas hipóteses ensejadoras para, após, delimitar sua amplitude (contornos) e, enfim, fixar seu sentido jurídico.

6.2 Origem da discricionariedade administrativa: fundamentos e hipóteses ensejadoras de discricionariedade

6.2.1 Fundamentos da discricionariedade administrativa

A doutrina costuma apontar a existência de diversos fundamentos que justificariam a existência da discricionariedade administrativa. Em apertada síntese, esses fundamentos podem ser de ordem material, lógica e jurídica⁴⁹⁰. Analogamente, Di Pietro afirma que a discricionariedade é usualmente fundamentada em critérios práticos e jurídicos, sendo que os primeiros abarcam as razões de ordem material e lógica⁴⁹¹.

O fundamento material decorre da impossibilidade fática de o legislador prever todas as situações possíveis em um comando normativo, de onde surge a necessidade de recorrer “a fórmulas de regulação mais flexíveis, capazes, bem por isso, de abarcar amplamente os acontecimentos sociais, dimanando daí a zona de liberdade que assiste ao administrador”⁴⁹².

⁴⁸⁸ CARVALHO FILHO, 2014, p. 54.

⁴⁸⁹ MELLO, 2015, p. 400.

⁴⁹⁰ TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 100.

⁴⁹¹ DI PIETRO, 1991, p. 97.

⁴⁹² MELLO, op. cit., p. 993.

Com efeito, o administrador situar-se-ia em uma posição mais favorável para apreciar os elementos concretos e determinar sua decisão de acordo com as peculiaridades que se apresentam caso a caso, sempre em direção à melhor satisfação do interesse público.

Por outro lado, o fundamento jurídico da discricionariedade deriva diretamente da tripartição das funções estatais, a partir do princípio da separação dos poderes. Conforme Queiró, a supressão da discricionariedade levaria à violação frontal da tripartição dos “poderes” estatais, pois o legislador teria que se despir da qualidade de abstração própria da função legislativa para adentrar no campo de individualização das normas jurídicas, o que, conforme o autor, situa-se na área afeta à função administrativa⁴⁹³. Assim, a individualização integral das disposições imperativas via função legislativa é obstada tanto pela impossibilidade material quanto pela impossibilidade jurídica, o que dá azo ao surgimento da discricionariedade administrativa.

Segundo Tourinho, os que defendem a possibilidade de a discricionariedade administrativa decorrer de conceitos jurídicos indeterminados também destacam a existência de um fundamento lógico que embasaria a sua existência⁴⁹⁴. Esse fundamento parte da divisão *dual* entre as espécies de conceitos: I — conceitos jurídicos determinados (ou teóricos, precisos, unissignificativos); II — conceitos jurídicos indeterminados (ou vagos, imprecisos, fluídos, plurissignificativos).

Para Bandeira de Mello, os conceitos determinados possuem apenas um significado deduzível, sendo “determináveis no plano das ciências”⁴⁹⁵. Queiró destaca que se fundamentam na ideia de “verdade”, pressupondo um “princípio causalista, as categorias de espaço e tempo, ou o conceito de número (quantidade)”⁴⁹⁶. Ainda segundo o mesmo autor, sobre eles verificar-se-ia uma identidade universal de pareceres ou, ao menos, a suscetibilidade dessa identidade. No entanto, o alemão Karl Engisch lembra que os conceitos absolutamente determinados são muito raros no direito, restringindo-se aos conceitos numéricos (como de medida, valoração, monetários etc.)⁴⁹⁷.

Os conceitos jurídicos indeterminados, de outro lado, são atinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade, ressentindo-se de certa fluidez e alguma incerteza⁴⁹⁸. São os conceitos jurídicos “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”⁴⁹⁹. Podem,

⁴⁹³ QUEIRÓ, 1947, p. 57.

⁴⁹⁴ TOURINHO, 2005, p. 100.

⁴⁹⁵ MELLO, 2015, p. 994.

⁴⁹⁶ QUEIRÓ, op. cit., p. 60.

⁴⁹⁷ ENGISCH, 2001, p. 208.

⁴⁹⁸ MELLO, op. cit., p. 994.

⁴⁹⁹ ENGISCH, op. cit.

ainda, mudar de sentido conforme as variações de tempo e espaço (mutabilidade), o que decorre diretamente de sua natureza fluida. A expressão “conceito jurídico indeterminado”, apesar de todos os questionamentos que pode suscitar, acabou se consolidando na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Brasil⁵⁰⁰.

Como exemplos dessa espécie de conceitos, podemos citar: boa-fé, urgência, moralidade, eficiência, interesse público, dentre muitos outros. Nessa toada, quando o legislador utiliza conceitos teóricos, acaba gerando uma vinculação estrita da atividade administrativa. Em sentido oposto, grande parte da doutrina afirma que quando o legislador vale-se dos conceitos jurídicos, ter-se-ia verdadeira discricionariedade administrativa⁵⁰¹.

Pelo raciocínio dos que defendem o fundamento “lógico” da discricionariedade, seria impossível à norma legal furtar-se do uso dos conceitos jurídicos indeterminados, de forma que a discricionariedade também resultaria de um “imperativo lógico, em função do que sempre remanesceria em prol da Administração o poder e encargo de firmar-se em um dentre os conceitos possíveis”⁵⁰². Daí deriva o fundamento lógico da discricionariedade administrativa. A partir desses fundamentos, é possível compreender a discussão que surge acerca das hipóteses ensejadoras de discricionariedade.

6.2.2 Hipóteses ensejadoras de discricionariedade

Nas palavras de Araújo, a doutrina costuma apontar a existência de duas feições (ou hipóteses) que podem ensejar discricionariedade administrativa, sempre decorrentes de um comando legal ou constitucional⁵⁰³: I — quando o legislador deixa deliberadamente uma “margem de liberdade” para a atuação administrativa, atribuindo faculdade de agir ou não agir, ou o poder de agir de “n” formas; II — a previsão de conceitos jurídicos indeterminados.

Na primeira hipótese ensejadora, a discricionariedade configura-se com maior nitidez, não havendo discussão quanto à sua existência quando decorre dessa feição⁵⁰⁴. Nesse caso, o próprio legislador valora igualmente quaisquer das escolhas pelas quais o administrador possa optar, desde que atendidos os aspectos vinculados estabelecidos pela própria norma que enseja a discricionariedade. Não custa recordar que a discricionariedade é sempre infralegal, manifestando-se dentro de uma moldura normativa pré-estabelecida: a juridicidade da

⁵⁰⁰ DI PIETRO, 1991, p. 97.

⁵⁰¹ MELLO, 2015, p. 995.

⁵⁰² *Ibidem*.

⁵⁰³ ARAÚJO, 2006, p. 102.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 104.

discricionarietà depende diretamente da compatibilidade com os aspectos vinculados do ato administrativo.

Com efeito, uma vez atendidos tais requisitos legais, quaisquer das escolhas administrativas são valoradas pelo ordenamento jurídico como verdadeiros *indiferentes jurídicos*: “A discricionarietà é essencialmente uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, ou, se preferir, entre *indiferentes jurídicos*, porque a decisão geralmente se fundamenta em critérios extrajurídicos (...)”⁵⁰⁵.

O mesmo não pode ser dito quando o legislador utiliza conceitos jurídicos indeterminados na hipótese, mandamento ou mesmo na finalidade legal: aqui reside a maior dissonância doutrinária quanto à origem da discricionarietà.

Nesse ponto, a doutrina divide-se em duas correntes opostas: I — os que defendem que a previsão de conceitos jurídicos indeterminados gera discricionarietà, configurando a impossibilidade de apreciação judicial; II — os que sustentam que não há discricionarietà decorrente de conceitos jurídicos indeterminados.

Trata-se, na verdade, do embate entre as teorias da multivalência e da univocidade desenvolvidas a partir das obras dos austríacos Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner no século XIX. Enquanto Bernatzik defendia que os conceitos jurídicos indeterminados gerariam uma multiplicidade de significados, todos igualmente válidos e afetos ao campo de discricionarietà administrativa, Tezner sustentava que os conceitos jurídicos indeterminados diferenciam-se dos determinados apenas pelo grau de segurança do termo, não gerando discricionarietà⁵⁰⁶.

Dentro da corrente que defende a existência de discricionarietà a partir da previsão de conceitos jurídicos indeterminados, ainda há um posicionamento mais brando: parte da doutrina contemporânea, apesar de admitir que os conceitos jurídicos indeterminados realmente ensejam a discricionarietà administrativa abstratamente, apontam que esta se restringiria ao plano normativo, podendo ser reduzida ou até excluída de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Defendem, assim, um meio-termo entre a teoria da multivalência e a teoria da univocidade.

A delimitação dessa questão é um dos pontos centrais da demonstração da viabilidade jurídica do controle judicial da eficiência administrativa. A eficiência, como não podia deixar de ser, apresenta-se como conceito jurídico indeterminado. Admitir que a previsão dos

⁵⁰⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2014, p. 467.

⁵⁰⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 72.

conceitos jurídicos indeterminados na norma legal sempre geraria discricionariedade acabaria por impossibilitar (juridicamente) o controle judicial da eficiência administrativa, seja de forma preliminar ou mesmo como questão de fundo. Por esses motivos, há a necessidade de visitar a discussão que circunda a atribuição dos conceitos jurídicos indeterminados como hipótese ensejadora de discricionariedade administrativa.

6.2.3 Discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados

6.2.3.1 Posição tradicional: os conceitos jurídicos indeterminados *sempre* geram discricionariedade

Alguns autores identificam a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados de forma integral e sem restrições. Encabeçando esse posicionamento mais tradicional, Queiró afirma que o conceito de poder discricionário se resume “na faculdade de escolher uma entre várias significações em um conceito normativo prático, relativo às condições-de-fato do agir administrativo — escolha feita sempre dentro dos limites da lei”⁵⁰⁷. Ainda segundo esse autor: “a discricionariedade surge, assim, circunscrita aos conceitos de valor utilizados pela norma jurídica, aos conceitos práticos (não teóricos)”⁵⁰⁸.

Em sentido análogo, Forsthoff também parte da distinção entre conceitos empíricos (exigem uma simples operação lógica para extração dos seus efeitos) e conceitos de valor (exigem um ato de escolha) para afirmar que esses últimos se confundiriam com os conceitos discricionários⁵⁰⁹. Esse autor, conforme Moraes, incorporava a teoria da multivalência de Bernatizik: a interpretação e a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados levariam a uma multiplicidade de significados, todos válidos e insertos dentro do campo de discricionariedade administrativa⁵¹⁰.

Nada obstante, esta concepção defendida por Queiró e Forsthoff já se mostra ultrapassada na doutrina majoritária nacional, que, apesar de admitir que os conceitos jurídicos indeterminados realmente possam gerar discricionariedade, não identifica essa afinidade absoluta entre as duas concepções.

⁵⁰⁷ QUEIRÓ, 1947, pp. 77-78.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 60-61.

⁵⁰⁹ Cf. DI PIETRO, 1991, p. 97; TOURINHO, 2005, p. 100.

⁵¹⁰ MORAES, 2004, pp. 71-72.

6.2.3.2 Posição majoritária: os conceitos jurídicos indeterminados *podem* gerar discricionariedade

O posicionamento que acabou consolidando-se majoritariamente no Brasil parte da mesma premissa, admitindo a distinção entre os conceitos teóricos e os conceitos indeterminados, sendo que a discricionariedade manifestar-se-ia apenas nesses últimos.

Todavia, enquanto Queiró defendia uma simbiose total entre a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados — a previsão desses sempre geraria discricionariedade —, essa corrente mais atual afirma que a discricionariedade administrativa pode surgir desses conceitos, não havendo uma identidade absoluta entre as duas ideias. É a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵¹¹, José dos Santos Carvalho Filho⁵¹², Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵¹³, Régis Fernandes de Oliveira⁵¹⁴, Germana de Oliveira Moraes⁵¹⁵, dentre outros.

Muitos deles partem da distinção entre as “zonas” conceituais para firmar sua posição. Nesse sentido, conforme as lições de Engisch, a estrutura analítica dos conceitos jurídicos indeterminados pode ser segmentada em dois blocos: a) núcleo conceitual; b) *halo* conceitual. O núcleo conceitual ocorre quando há uma noção clara do conteúdo da extensão do conceito, enquanto o *halo* do conceito se configura quando surgem as dúvidas⁵¹⁶. No núcleo conceitual situam-se o que se chama de *zona de certeza positiva e negativa*: aqui há certeza acerca da subsunção ou não de certa situação ao significado conceitual, não havendo dúvidas quanto à sua aplicação, “seja para a afirmação, seja para a negação da incidência do conceito”⁵¹⁷. Já no *halo* conceitual observa-se o que se chama de *zona cinzenta* ou de *incerteza*, que pode ter grande ou pequena amplitude.

Partindo dessa ideia, Bandeira de Mello afirma que a discricionariedade pode decorrer dos conceitos jurídicos indeterminados quando dispostos na hipótese, mandamento ou finalidade legal (plano abstrato)⁵¹⁸. Essa discricionariedade decorre da própria indeterminação que é ínsita a esses conceitos, pois, mesmo com toda atividade interpretativa, sempre haverá “um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente

⁵¹¹ MELLO, 2015, p. 996 e ss.

⁵¹² CARVALHO FILHO, 2005, pp. 31-33; CARVALHO FILHO, 2014, pp. 55-57.

⁵¹³ DI PIETRO, 2016, pp. 262-264.

⁵¹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 69-72.

⁵¹⁵ MORAES, 2004, pp. 71-72.

⁵¹⁶ ENGISCH, 2001, p. 209.

⁵¹⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins. **A Discricionariedade e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 66.

⁵¹⁸ MELLO, op. cit., p. 996.

demarcado para os conceitos práticos”⁵¹⁹.

Nada obstante, esse mesmo autor entende que a discricionariedade prevista abstratamente na norma pode ser reduzida ou até excluída de acordo com as circunstâncias do caso concreto, se a solução ótima mostrar-se unívoca para a situação vertente: “a discricionariedade fica, então acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal é ineliminável”⁵²⁰.

Di Pietro leciona no mesmo sentido, ao afirmar que nem sempre o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados gera discricionariedade: esta pode deixar de existir “se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito”⁵²¹. Essa concepção é o que vem se chamando de “redução da discricionariedade”⁵²². Para sintetizar essa questão, fazemos referência à seguinte lição⁵²³:

A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e, nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tonará evidente que uma única medida seria pata a cumprir-lhe a finalidade. Em suma, **a discricionariedade suposta na regra é condição necessária mas não suficiente para que exista a discricionariedade no caso concreto**, vale dizer, na lei instaura a possibilidade de discricionariedade, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra (grifo nosso).

Em termos processuais, defende-se que a análise de discricionariedade deve ocorrer no mérito, e não como questão preliminar. Na verdade, como já afirmamos, nesse caso não há discricionariedade propriamente dita no plano abstrato-normativo. Trata-se de um equívoco disseminado em grande parte da doutrina, inclusive entre aqueles que defendem a inexistência de discricionariedade decorrente de conceitos jurídicos administrativos⁵²⁴.

Com efeito, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a discricionariedade só materializ-se de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso, no plano concreto objetivo. A amplitude interpretativa deixada pela norma não gera, necessariamente, a possibilidade de escolha do administrador pública entre “n” hipóteses valoradas igualmente pelo ordenamento jurídico (os “indiferentes jurídicos”): a caracterização desses indiferentes

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 999.

⁵²⁰ MELLO, 2015, p. 1003.

⁵²¹ DI PIETRO, 2016, p. 263.

⁵²² ARAÚJO, 2006, p. 105.

⁵²³ *Ibidem*, p. 991.

⁵²⁴ JUSTEN FILHO, 2012, p. 252.

só pode ocorrer *in concreto*.

Nesse caso, o que se observa no plano abstrato é o próprio fundamento normativo da discricionariedade, e não esta propriamente dita. *A discricionariedade administrativa não é “reduzida” ou “excluída” de acordo com conjuntura factual: ou ela se materializa ou sequer chegou a existir.*

Fortini e Miranda, ao analisarem a discricionariedade à luz do princípio da eficiência, também adotam posição semelhante à da doutrina majoritária, afirmando que a adoção dos conceitos jurídicos determinados pode dar ensejo à discricionariedade administrativa. Nesse sentido, concluem que “a eficiência buscada e os mecanismos escolhidos para alcançá-la podem ensejar apreciação discricionária pelo administrador”⁵²⁵.

Sob outra perspectiva, Carvalho Filho faz construção diversa, distinguindo frontalmente os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade administrativa. Enquanto o conceito jurídico indeterminado se situaria na previsão normativa (antecedente), a discricionariedade administrativa situar-se-ia na estatuição da norma (consequente)⁵²⁶. Em ambos os casos haveria uma zona de incerteza que demandaria um juízo de valoração do intérprete⁵²⁷.

Todavia, na discricionariedade propriamente dita, a amplitude decisória seria ainda maior, pois o legislador deixa deliberadamente ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos⁵²⁸. Assim, apesar de entender que ambos não se confundem, Carvalho Filho conclui que tanto um quanto outro situar-se-iam na atividade não vinculada da Administração Pública, pois, em ambos os casos, a norma não exige padrões objetivos de conduta.⁵²⁹

O autor distingue acertadamente os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade administrativa, pois são duas concepções que não se confundem: o primeiro realmente aloca-se no plano normativo (abstrato ou “antecedente”), enquanto a discricionariedade situa-se na estatuição da norma (plano concreto ou “consequente”).

Todavia, essa distinção não responde à principal questão: se há ou não há discricionariedade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse ponto, observamos que acaba surgindo um paradoxo na lição desse autor. Ora, o que seria atividade “não vinculada da Administração”, senão a própria competência discricionária. Com efeito,

⁵²⁵ FORTINI, 2012, p. 77.

⁵²⁶ CARVALHO FILHO, 2014, p. 56.

⁵²⁷ CARVALHO FILHO, 2005, p. 32.

⁵²⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., 2014.

⁵²⁹ *Ibidem*.

Carvalho Filho acaba concluindo, pela via transversa, que os conceitos jurídicos indeterminados também podem gerar discricionariedade, mesmo que o autor aparentemente embaralhe as duas distintas hipóteses ensejadoras desse aspecto.

6.2.3.3 Posição minoritária: os conceitos jurídicos indeterminados *nunca* geram discricionariedade

Há ainda o posicionamento que sustenta que a aplicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados nunca gera discricionariedade. Essa ideia parte das premissas fincadas pela teoria da univocidade na doutrina e jurisprudência austríaca, que surge com a construção teórica levada a cabo por Tezner⁵³⁰.

Essa corrente teórica consolida-se na jurisprudência alemã em meados do século XX. Para coibir os abusos cometidos pelo Estado alemão sob o manto de uma pretensa discricionariedade albergada pelo direito, acabou-se partindo para o extremo oposto, surgindo uma tentativa de limitação extrema da discricionariedade e submissão da Administração Pública inteiramente à lei: conseqüentemente, também ao controle judicial⁵³¹.

O alemão Martin Bullinger faz interessante construção histórica para demonstrar o que veio a chamar de “atrofiamento da discricionariedade” nos Tribunais da Alemanha Federativa, que também gerou reflexos diretos na Áustria e Suíça⁵³². Bullinger aponta que, nos anos seguintes ao pós-guerra, “a discricionariedade foi, inclusive, tomada como corpo estranho ao Estado de direito, muito especialmente no caso da discricionariedade baseada na aplicação de conceitos legais indeterminados”⁵³³.

Moraes também destaca a consolidação da teoria da univocidade na doutrina e jurisprudência alemã, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em que se passa a sustentar que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados só poderia levar a uma única solução válida e adequada à satisfação legal e, por isso, geraria vinculação⁵³⁴.

Mesmo com a suavização dessa concepção nos tribunais alemães no fim do século XX, ainda prevaleceu “um conceito de discricionariedade bem mais restrito do que na França, o que possibilitou aos Tribunais alemães maior controle dos atos da Administração

⁵³⁰ MORAES, 2004, p. 71.

⁵³¹ DI PIETRO, 1991, p. 107.

⁵³² O suíço Hans Huber chegou a nomear a discricionariedade administrativa como o “cavalo de Tróia do Estado de Direito”.

⁵³³ BULLINGER, Martin. A discricionariedade da administração pública. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, pp. 3-23, abr. 1987, pp. 7-8.

⁵³⁴ MORAES, 2004, pp. 72-73.

Pública”⁵³⁵.

A distinção absoluta entre aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade ganha corpo na teoria dos espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez. Para esses autores, a indeterminação do enunciado dos conceitos jurídicos de valor “não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma unidade de solução justa em cada caso”⁵³⁶. Destacam, ainda, que não há qualquer questionamento quanto à extração do sentido dos conceitos jurídicos indeterminados em outras esferas do Direito, como no Direito Civil (boa-fé, negligência etc.) e no Direito Penal (agravante de ser à noite, desonestidade etc.), sendo uma “técnica geral e inexcusável de toda *normación*”⁵³⁷.

A aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, assim, seria uma aplicação da própria lei, em que se realiza a subsunção, em uma categoria legal, de circunstâncias factualmente determinadas. Com efeito, não haveria qualquer óbice ao controle judicial da aplicação desses conceitos, cabendo ao Judiciário avaliar se a solução aplicada é, realmente, a única solução justa que a lei permite⁵³⁸. A discricionariedade, na concepção dos espanhóis, quedaria na liberdade conferida pela lei ao administrador de eleger uma dentre várias alternativas igualmente justas: essas alternativas seriam “indiferentes jurídicos”.

Araújo adota posição semelhante a dos espanhóis, mesmo que possua uma distinção conceitual. Esse autor percorre um caminho argumentativo distinto para chegar a uma conclusão análoga, mas que também guarda aspectos peculiares que acabam particularizando a obra do autor⁵³⁹.

Para Araújo, a atividade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados configura-se como verdadeira atividade interpretativa, assim como ocorre com os conceitos teóricos. Esse autor revisita a Teoria Pura de Kelsen para lembrar que a interpretação “não é um mero ato de conhecimento de algo já contido na regra, pois esse trabalho cognoscitivo pode apontar vários possíveis conteúdos extraíveis da norma”, função que, seguidamente, será complementada pela “fixação, por um trabalho volitivo, de qual das possibilidades de entendimento da norma prevalecerá”⁵⁴⁰.

Na visão de Kelsen, a interpretação pode ser segmentada em dois processos distintos: I — interpretação cognoscitiva, em que o intérprete extrai os sentidos possíveis do texto

⁵³⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 108.

⁵³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2014, p. 465.

⁵³⁷ *Ibidem*.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 466.

⁵³⁹ ARAÚJO, 2006, p. 106 e ss.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 115.

normativo; II — ato de vontade, em que o intérprete escolhe uma dentre as várias interpretações reveladas pela interpretação cognoscitiva⁵⁴¹. Dessa forma, a única distinção entre a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados frente aos conceitos teóricos seria a amplitude revelada na interpretação cognoscitiva: nos conceitos de valor, o número de sentidos revelados é potencialmente maior. Pelo exposto, não haveria qualquer diferença qualitativa entre a interpretação das duas espécies de conceito.

Partindo dessa premissa, Araújo situa a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados como uma das modalidades de vinculação administrativa⁵⁴². Esse autor, assim como Bandeira de Mello, entende que a interpretação deve buscar sempre a melhor solução para satisfação da finalidade legal. Porém, Araújo não acredita na existência de uma “única solução correta”, tal como sustentado por Enterría e Fernandes.

Para aquele autor, a intenção de extrair-se uma única solução unívoca para a situação vertente trata-se de uma “autoilusão contraditória”, assim como delineado por Kelsen⁵⁴³. O ato de vontade que segue à fase reveladora da interpretação cognoscitiva será sempre guiado por critérios subjetivos do intérprete, de forma que a “melhor solução” varia conforme a representação interna de cada pessoa: “o processo de interpretação e aplicação vinculada da lei deve levar ao melhor comportamento: mas frise-se que este não existe de per si, como algo a ser metafisicamente buscado num ‘consenso geral’ ou numa ‘razão universal’⁵⁴⁴.

Assim, como há um verdadeiro “dever” de se buscar a melhor solução em cada hipótese interpretativa, não é possível que haja liberdade (discricionariedade) nesse processo. Por sua relevância a este trabalho, fazemos referência aos conceitos formulados por esse autor:

Donde se poder definir que a vinculação caracterizará um aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na consideração do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível.

Por oposição, a discricionariedade caracterizará um aspecto do ato administrativo se a norma de direito positivo regulá-lo de modo a indicar que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, ou seja, ao direito é irrelevante que o administrador adote esta ou aquela alternativa.

⁵⁴¹ KELSEN, 1979, p. 469 e ss.

⁵⁴² ARAÚJO, 2005, p. 71.

⁵⁴³ Cf. ARAÚJO, 2006, p. 116; KELSEN, 1979, p. 469.

⁵⁴⁴ ARAÚJO, op. cit.

Outrossim, Justen Filho e Moreira Neto também se filiam a essa corrente, aduzindo que a previsão de conceitos jurídicos indeterminados não gera discricionariedade.

Para Justen Filho, “a discricionariedade não se confunde com a atividade de interpretação, ainda que ambas as figuras possam refletir uma margem de criatividade do sujeito encarregado de promover a aplicação do direito”⁵⁴⁵. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, caberia ao aplicador a função de interpretação para delimitar seu sentido no caso concreto, sempre atento à vontade normativa e ao dever de eleger a alternativa reputada mais adequada à vontade da lei.

Na discricionariedade, por outro lado, haveria a atribuição de uma competência legal para que o administrador formule uma escolha de acordo com sua avaliação subjetiva: percebe-se que o autor materializa a discricionariedade a partir do plano subjetivo, como uma competência administrativa.

Partindo de outro viés, Moreira Neto fala em “princípio da discricionariedade”. O autor foi infeliz nessa escolha terminológica, uma vez que não há como classificar a discricionariedade como uma “norma-princípio”, independentemente do sentido material que se dê a essa espécie normativa. A discricionariedade nunca será um estado de coisas a ser buscado, muito menos um mandamento de otimização direcionado à satisfação de certo fim.

A despeito dessa imprecisão, Moreira Neto também distingue o exercício da discricionariedade da aplicação conceitos jurídicos indeterminados. Nas palavras do autor⁵⁴⁶:

Por outro lado, e como observação não menos importante, **o exercício da discricionariedade, autorizando o administrador a escolher oportunidade e conveniência de agir, não deve ser confundido com o exercício da faculdade jurídica de declarar preexistente ou ausente um pressuposto jurídico de agir formulado pelo legislador sob a forma de um conceito jurídico indeterminado**. Com efeito, se a lei se vale de um conceito jurídico indeterminado para autorizar ou não a Administração a agir — prática de que se vale também o Direito Constitucional e o Direito Privado — estará delegando ao executor apenas: (1) uma constatação de fatos e (2) uma avaliação de sua suficiência como condição para a prática ou a omissão de um ato (grifo nosso).

Percebe-se que, apesar de minoritário, o posicionamento que exclui os conceitos jurídicos indeterminados da posição de feição ensejadora de discricionariedade vem expandindo-se na doutrina nacional.

⁵⁴⁵ JUSTEN FILHO, 2012, p. 254.

⁵⁴⁶ MOREIRA NETO, 2014, pp. 443-444.

6.2.3.4 Posição pessoal

Pelo exposto, depreende-se que a atual divergência doutrinária ocorre entre os autores que consideram que os conceitos jurídicos indeterminados *podem* gerar discricionariedade e os doutrinadores que afirmam *nunca* haver discricionariedade decorrente desses mesmos conceitos. De outro lado, verifica-se que a posição que defende a identidade absoluta entre os conceitos de valor e a discricionariedade já se mostra praticamente ultrapassada na doutrina contemporânea: em verdade, não identificamos qualquer posicionamento mais atual que sustentasse a afirmação de que a previsão de conceitos jurídicos indeterminados na norma *sempre* gera discricionariedade administrativa.

Pensar que a mera disposição de conceitos jurídicos indeterminados *in abstracto* sempre gera discricionariedade acabaria impossibilitando o controle judicial de forma quase que absoluta, até porque, como lembra Engisch, a previsão de conceitos absolutamente determinados é relativamente rara no direito⁵⁴⁷. A consequência seria o esvaziamento da função jurisdicional, materializando a violação dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB) e da própria separação dos poderes estatais (art. 2º da CRFB), o que, *de per se*, já afasta por completo a viabilidade jurídica do posicionamento defendido por Queiró.

Ademais, a discricionariedade nunca ocorre plenamente em abstrato, até porque sempre existirão aspectos vinculados que devem ser contrastados pelo Judiciário de acordo com as circunstâncias concretas. Por esses motivos, não se admite a arguição desta como questão preliminar para inviabilizar o controle judicial. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a materialização ou não da discricionariedade administrativa só pode ser analisada de acordo com as circunstâncias fáticas que se apresentam caso a caso, sendo questão afeta ao *meritum causae*.

Transpondo a discussão para o controle judicial a partir do princípio da eficiência, esse seria o único posicionamento doutrinário que inviabilizaria por completo essa modalidade de controle jurisdicional. Como demonstramos, além de mostrar inviável juridicamente, trata-se de posicionamento que sequer foi incorporado pela doutrina majoritária nacional. Ante o exposto, *afasta-se por completo qualquer discussão acerca da possibilidade jurídica do controle judicial da eficiência administrativa*.

⁵⁴⁷ ENGISCH, 2001, p. 208.

Resta investigar se, em alguns casos, a arguição de eventual vício de ineficiência poderá ser julgada improcedente judicialmente por conta de uma possível invasão ao mérito administrativo, ou mesmo se a previsão da eficiência na hipótese ou finalidade legal pode gerar discricionariedade quanto à definição do seu sentido concreto.

A resposta para essa questão variará conforme a posição doutrinária adotada: I — se os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariedade de acordo com as especificidades do caso concreto, também é possível que a arguição de certo vício de ineficiência seja julgada improcedente por invasão ao campo de discricionariedade administrativa; II — por outro lado, se os conceitos jurídicos indeterminados nunca geram discricionariedade, a arguição de eventual vício de ineficiência também nunca poderá ser julgada improcedente por esses mesmos motivos (invasão ao mérito administrativo), dado que a previsão dessas espécies de conceitos não teria o condão de configurar qualquer aspecto de discricionariedade.

Analisando os argumentos apresentados pelas duas teorias *retro* expostas, observo que existem argumentos relevantes para ambos os lados. Nada obstante, mostra-se necessário esclarecer alguns pontos, de forma a apresentar uma linha de raciocínio coerente e que sustente a conclusão final, mesmo admitindo as inúmeras discordâncias que possam surgir. O tema da discricionariedade é complexo na mesma medida de sua relevância, o que acaba dificultando a edificação de qualquer posicionamento universal (se é que isso realmente possa existir no direito).

Não há dúvidas que os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com a discricionariedade, mesmo que, para alguns autores, esta possa decorrer daqueles. Enquanto os conceitos jurídicos indeterminados localizam-se no plano abstrato-normativo (antecedente), a discricionariedade que eventualmente decorre destes materializa-se apenas no plano concreto (consequente), mesmo que encontre seu fundamento na norma abstrata. Assim, reafirmamos mais uma vez: a discricionariedade não se reduz ou extingue; ou ela configura-se e passa a existir, ou sequer chegou a materializar-se.

Seguindo essa premissa, é certo que tanto os conceitos teóricos quanto os conceitos indeterminados são previstos no plano (“dimensão”) abstrato-normativo. Nesse sentido, Araújo introduz (de forma acertada) as acepções da interpretação autêntica kelseneana para demonstrar que tanto os conceitos jurídicos indeterminados quanto os determinados têm seu sentido extraído a partir do mesmo processo interpretativo: o que muda é a amplitude dos sentidos revelados na interpretação cognoscitiva, que se mostra potencialmente maior quando se trata de conceitos jurídicos indeterminados.

Todavia, a despeito do maior número de sentidos possivelmente extraídos a partir da fase reveladora na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, em qualquer caso ocorrerá a escolha de um desses sentidos a partir de um ato de vontade do intérprete, independentemente da natureza do conceito interpretado. Nas palavras de Ommatti: “já se sabe hoje, a partir do giro hermenêutico produzido na filosofia, que é completamente inadequado entender a atividade de decisão desvinculada das atividades de interpretação e compreensão”⁵⁴⁸.

Ainda nesse sentido, segundo Larenz, as normas jurídicas são interpretadas para serem aplicadas ao caso concreto⁵⁴⁹. A atividade de aplicação concreta inclui-se no próprio processo hermenêutico, sendo indissociável da interpretação: a norma abstrata é apenas uma imagem de síntese simplificada⁵⁵⁰.

Partindo dessa premissa, Ommatti ainda afirma que a noção de discricionariedade é indissociável da interpretação e aplicação: como a discricionariedade está vinculada à ideia de decisão administrativa, logo também estaria ligada à noção de aplicação e, conseqüentemente, interpretação⁵⁵¹. Nesse ponto o autor não adota a melhor posição. Realmente há uma relação intrínseca entre discricionariedade e interpretação/aplicação, mas ambas não se confundem. O fato de a discricionariedade estar relacionada à ideia de decisão não a insere no processo hermenêutico: em verdade, a discricionariedade (assim como a vinculação) é uma consequência do processo hermenêutico (compreensão, interpretação propriamente dita e aplicação), não se confundindo com qualquer fase deste. Desse modo, esse autor parte de uma premissa correta para chegar a uma conclusão que não coaduna com o próprio fundamento apresentado.

Nessa perspectiva, a doutrina costuma distinguir os conceitos de discricionariedade e interpretação. Para Araújo, se há atividade interpretativa — como na interpretação dos conceitos jurídicos determinados ou indeterminados — também haverá, necessariamente, vinculação: “a interpretação, portanto, é o trabalho de busca da melhor aplicabilidade possível para uma norma, e não “o (único) correto”⁵⁵². Em obra diversa, esse mesmo autor afirma que a doutrina já registrou considerações acerca da tênue linha que dividiria as noções de discricionariedade e interpretação, apesar de admitir que o tema ainda carece de estudos mais

⁵⁴⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. **Do Ato ao Processo Administrativo: a Crise da Ideia de Discricionariedade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.102, n. 930, pp. 23-49, abr. 2013, p. 5.

⁵⁴⁹ LARENZ, Karl, 1997, p. 293.

⁵⁵⁰ LARENZ, 1997, p. 293.

⁵⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, pp. 459-460.

⁵⁵² ARAÚJO, 2006, p. 116.

aprofundados⁵⁵³.

Por outro lado, Justen Filho observa a discricionariedade do ponto de vista subjetivo, conceituando-a como competência da Administração Pública concedida pela lei ao administrador para que este opte pela solução mais adequada; a interpretação, em contraposição, seria uma tarefa de reconstrução da vontade normativa, estranha e alheia ao administrador.

Apesar de concordar quanto à diferença existente entre discricionariedade e interpretação, entendemos que essa diferença não ocorre por conta de uma relação necessária entre a atividade interpretativa e a vinculação. Não há um antagonismo entre discricionariedade e interpretação. Tanto a vinculação quanto a discricionariedade são um resultado do processo hermenêutico interpretativo: só é possível saber se há discricionariedade ou vinculação em determinado aspecto do ato administrativo após o processo interpretativo, independentemente da previsão de conceitos jurídicos determinados ou indeterminados na hipótese, mandamento ou finalidade da norma.

As disposições abstratas normativas apenas darão fundamento à possível materialização da discricionariedade, que ocorrerá se as circunstâncias concretas determinarem: e isso ocorre por conta da própria característica do processo hermenêutico, que envolve também a decisão e aplicação. Mesmo nos casos de discricionariedade típica, ou seja, quando o legislador deixar deliberadamente uma liberdade de ação no plano normativo, essa deve ser aferida à luz das circunstâncias concretas, pois, se os aspectos vinculados não forem observados no momento de produção do ato de vontade, este é nulo de *pleno iure*.

Sinteticamente: enquanto a discricionariedade decorrente de conceitos jurídicos indeterminados apenas materializa-se no plano concreto, encontrando mero fundamento no plano normativo, a discricionariedade típica existe em tese no plano abstrato-normativo, mesmo que os aspectos vinculados possam ser contrastados concretamente. Interpretação diversa não coaduna com a sistemática constitucionalmente estabelecida e desvirtua a própria ideia contemporânea de um processo hermenêutico unitário, em que a aplicação concreta encontra-se inserta.

Para explicar melhor essa questão, voltemos à segmentação kelseneana do processo interpretativo. A interpretação cognoscitiva (compreensão) abrirá os possíveis significados do texto legal por meio de um processo de conhecimento. Essa fase ocorre no plano abstrato-normativo, não gerando discricionariedade: o fato de a operação de compreensão do texto

⁵⁵³ ARAÚJO, 2005, p. 60.

legal gerar diversos possíveis sentidos não produz necessariamente discricionariedade, até porque pode surgir mais de um sentido até na interpretação de conceitos estritamente teóricos.

O ponto central para determinação da existência de discricionariedade ou vinculação ocorre na produção do ato de vontade decisório (aplicação), em que o intérprete escolhe um dentre os vários sentidos revelados para produzir uma norma de escalão inferior ou executar determinado ato concreto⁵⁵⁴. Interpretando a lição de Kelsen à luz do processo hermenêutico unitário (abrangendo também a aplicação concreta), esse ato de vontade só pode ser gerado de acordo com a aplicação às circunstâncias concretas (dimensão concreta objetiva), que podem eliminar diversos significados possíveis ou determinar a escolha de um ou mais sentidos extraíveis para que se atinja a finalidade legal (*lato e stricto sensu*).

Na lição de Gadamer, o processo hermenêutico envolve tanto a compreensão quanto a aplicação, de forma que o jurista realiza uma atividade “prático-normativa”. Superou-se, assim, a ideia de que a compreensão e a interpretação se fundiam em uma unidade interna, deixando a atividade de aplicação para um momento posterior⁵⁵⁵.

Partindo dessa ideia, entendemos que a vinculação ocorrerá quando a disposição legal ou mesmo as circunstâncias do caso concreto determinarem a produção do ato de vontade de acordo com critérios *normativos* (vinculantes), não deixando espaço para que o intérprete utilize critérios subjetivos para a escolha entre uma ou mais opções.

Assim, a vinculação pode ocorrer em três hipóteses principais — de aplicação gradativa e subsidiária — que se configuram na forma de “degraus” de vinculação: I — *vinculação estrita*: quando a interpretação cognoscitiva revelar um único sentido que estabeleça uma regulação minuciosa e inequívoca dos aspectos para produção do ato de vontade, estando o intérprete completamente vinculado pelos critérios normativamente estabelecidos, devendo aplicá-los tal como uma “fórmula matemática”; II — *vinculação objetiva abstrata*: quando os sentidos extraídos da norma interpretanda ou mesmo a incidência de normas de hierarquia superior determinarem a utilização de critérios *objetivos* para guiar (leia-se “vincular”) a produção do ato de vontade concretizador, em direção à solução ótima para satisfazer o interesse público, mesmo que não regule minuciosamente todos os seus aspectos; III — *vinculação objetiva concreta*: quando, após a interpretação cognoscitiva, as circunstâncias do caso concreto demonstrarem que uma solução mostra-se como a melhor decisão para satisfazer a finalidade pública, vinculando a produção do ato de

⁵⁵⁴ KELSEN, 1979, p. 470.

⁵⁵⁵ GADAMER, 1999, pp. 459-460.

vontade, mesmo que não haja a disposição expressa de critérios objetivos para guiar esse ato concretizador. Nesse caso, a vinculação surge das próprias circunstâncias fáticas, impedindo a utilização de critérios subjetivos, mesmo que encontre fundamento indireto nos princípios da eficiência, boa administração e da finalidade pública.

Como exemplo de vinculação estrita, podemos citar a norma constitucional que determina a aposentadoria compulsória dos servidores públicos (art. 40, §1º, II da CRFB). Uma vez completada a referida idade (pressuposto fático), a autoridade competente deve expedir ato administrativo aposentando o servidor⁵⁵⁶. O espaço para interpretação é extremamente restrito (mesmo que ainda exista), cabendo ao administrador a função de aplicar a disposição normativa tal como uma “fórmula matemática”.

Por outro lado, a vinculação objetiva abstrata ocorreria quando a própria norma (ou outra de hierarquia superior) determinar os critérios objetivos que devem ser seguidos para a produção do ato de vontade. Pensemos na elaboração de edital de certo procedimento licitatório, por exemplo. A própria Lei 8.666/93 estabelece os critérios de julgamento que devem ser seguidos, dividindo-os em “tipos” de licitação, que serão adotados conforme as determinações da própria lei (art. 45 e 46). O administrador está vinculado a esses critérios e requisitos, devendo segui-los para elaborar o edital: não há discricionariedade na adoção dos “tipos” de licitação. Igualmente, quando do julgamento das propostas, esses critérios objetivos determinados legalmente continuarão vinculando a produção do ato de vontade concretizador.

Por fim, a vinculação objetiva concreta manifestar-se-á na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados previstos na norma jurídica, quando, à luz da interpretação do caso concreto, apenas uma solução se mostrar unívoca para atendimento das finalidades públicas da forma mais intensa possível. Pode ocorrer, por exemplo, quando há a previsão na norma dos seguintes conceitos de valor: “interesse público”, “boa-fé”, “urgência”, “eficiência”, “moralidade” etc.

A partir dessa construção, podem-se extrair algumas conclusões. A primeira é que as hipóteses ventiladas têm aplicação subsidiária, só configurando-se quando o degrau de vinculação superior não for materializado (*degraus de vinculação*). Prosseguindo, também é possível concluir que a interpretação dos conceitos jurídicos determinados quase sempre gerará vinculação estrita. Ademais, dessas espécies genéricas podem decorrer outras subespécies de vinculação, como a vinculação técnica (que se insere na vinculação objetiva abstrata).

⁵⁵⁶ ARAÚJO, 2006, p. 60.

Já a vinculação concreta, como o próprio nome já indica, só surge de acordo com as circunstâncias fáticas: nesses casos, a análise da norma *in abstracto* não é suficiente para revelar se há vinculação ou mesmo discricionariedade. Apenas após a incidência das circunstâncias fáticas é que se poderá saber se há vinculação ou discricionariedade.

Poder-se-ia argumentar que a vinculação objetiva concreta incluir-se-ia na vinculação objetiva abstrata, sob o argumento de que os princípios da eficiência, boa administração e finalidade pública são critérios normativos expressos que acabariam guiando a escolha pela solução ótima. Esse raciocínio não é de todo errado. Como se observa, são espécies do mesmo gênero, qual seja, a vinculação objetiva. Nada obstante, achei por bem diferenciá-los partindo da ideia de que a vinculação objetiva abstrata decorre de uma determinação específica para a produção de certo ato de vontade, como no caso da previsão de critérios técnicos para guiar a concretização da norma. Já a vinculação objetiva concreta se materializaria apenas à luz das circunstâncias fáticas, mesmo que, ao fim e a cabo, volte-se aos princípios constitucionais para legitimar o motivo que leva à vinculação da melhor escolha.

Em termos ainda mais simples: enquanto naquela a própria norma de regência (ou superior) já determina expressamente os critérios normativos que devem ser seguidos, nessas os critérios normativos incidem de forma implícita e como legitimação da vinculação da escolha ótima. Em qualquer caso haverá a vinculação a critérios normativos, pois, para nós, esse é o elemento nuclear da vinculação: o que muda é a forma como esses critérios apresentam-se.

A vinculação objetiva concreta pode ocorrer — como usualmente ocorre — da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, pois na maioria das vezes as especificidades do caso concreto possibilitam a extração de um sentido que, pelo menos em tese, presta-se à consecução satisfatória das finalidades públicas, incidindo nas zonas de certeza positiva e negativa daquelas espécies de conceito.

Todavia, aqui destacamos um ponto central de nossa proposta: não é o fato de se buscar a “melhor” decisão que gera a vinculação concreta, mas sim a determinação dessa solução ótima pelas particularidades conjunturais, mesmo que essa “solução ótima” possa variar de intérprete para intérprete. Na nossa concepção, *o dever de busca da solução ótima é um aspecto vinculado de todo e qualquer ato administrativo, independentemente da existência de traços discricionários.*

Essa conclusão decorre da própria ideia de Estado democrático de direito, em que a atividade administrativa está completamente instrumentalizada à satisfação das finalidades legais (próximas e distantes) e submissa à juridicidade constitucional e legal. Se há o

imperativo de satisfação das finalidades legais, tal como demanda o princípio da finalidade público, conseqüentemente também haverá um mandamento implícito de otimização para que essa satisfação ocorra da melhor forma possível.

Nunca haverá uma solução unívoca, pois essa determinação será influenciada pelas representações subjetivas do hermenêuta. Nada obstante, isso não afasta a vinculação da busca pela solução ótima, que se materializa como um dever que decorre diretamente do poder (competência) para prática do ato administrativo.

Assim como a discricionariedade não é sinônimo de liberdade total, a vinculação também não se identifica com uma solução unânime (se é que há alguma unanimidade no estudo das ciências sociais aplicadas ou mesmo na própria natureza humana). Até porque, mesmo as fronteiras do que se chama de “zonas de certeza” ou do “halo conceitual” também variarão conforme as representações subjetivas de cada um ou de cada grupo social: a mutabilidade (variação no espaço e tempo) é uma característica dos conceitos jurídicos indeterminados, impactando em quaisquer de suas segmentações ou “zonas”.

Da mesma forma, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados também poderá gerar discricionariedade, mesmo que se trate de hipótese mais rara. Essa espécie de discricionariedade só materializa-se de acordo com as circunstâncias fáticas e após o processo de conhecimento da interpretação cognoscitiva, quando duas ou mais soluções se apresentem relativamente equivalentes para atender da melhor forma à finalidade legal, havendo fundada e relevante incerteza quanto à produção do ato de vontade final. Destacamos que essa dúvida pode ser relativa e decorrente das limitações cognitivas que todo ser humano possui; igualmente, também pode ser uma dúvida absoluta ou um paradoxo em que realmente não haja uma solução satisfatória: situações sem uma saída ótima (*tragic choices*⁵⁵⁷).

Como quaisquer dessas soluções atendem — mesmo que em tese — a finalidade pública, estas configuram-se como verdadeiros “indiferentes jurídicos”, pois são valoradas aprioristicamente da mesma forma. Aqui surge a possibilidade de o intérprete valer-se dos seus próprios critérios subjetivos para optar pela escolha que lhe pareça mais adequada. Nesse sentido, valemo-nos do conceito proposto por Enterría e Fernandes para definir o núcleo da discricionariedade⁵⁵⁸, mesmo que admitamos que esses indiferentes jurídicos também possam surgir da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Os indiferentes jurídicos, na nossa concepção, configuram-se apenas aprioristicamente, *como uma ausência de preferência legal quanto às diversas opções*

⁵⁵⁷ Cf.: CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

⁵⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, 2014, p. 466.

reveladas. Há indiferença pois o ordenamento jurídico atribui o mesmo valor *prima facie* a todas elas. Nada obstante, isso não significa que a escolha de qualquer delas possa ser aleatória e desvinculada das finalidades legais. A indiferença é apenas quanto ao valor *abstrato* das opções, nunca quanto à satisfação da finalidade legal. Até porque, se as finalidades legais não são satisfeitas de forma ótima pelas opções reveladas, não se configuram o que chamamos de “indiferentes jurídicos”.

A busca pela solução ótima para atender as finalidades públicas continua ínsita a qualquer ato administrativo: a discricionariedade surge pois quaisquer das decisões podem prestar-se a configurar a melhor decisão, mesmo que haja certa incerteza. Assim como não podemos exigir a perfeição de qualquer ser humano, também não há como exigir a mesma perfeição do processo decisório dos agentes públicos. Nesses casos tão particulares, em que se formam indiferentes jurídicos após todo o processo hermenêutico à luz das circunstâncias concretas, o intérprete pode utilizar critérios subjetivos para eleger a opção que achar mais conveniente para atendimento do interesse público.

Desta forma, a discricionariedade só surge após todo o processo hermenêutico, sendo uma decorrência do *iter procedimental* interpretativo. Igualmente, se esse processo revelasse uma única norma aplicada que atendesse de forma ótima a finalidade pública, a vinculação concreta nasceria da previsão do mesmo conceito jurídico indeterminado, apresentando-se da mesma maneira: como uma consequência do processo hermenêutico.

Sinteticamente, podemos concluir que admitimos a discricionariedade a partir das duas hipóteses ensejadoras usualmente dispostas pela doutrina, mas com certas diferenças conceituais: I — quanto à discricionariedade decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, esta apenas ocorrerá *in concreto*, quando, após o processo de conhecimento da fase cognoscitiva, a incidência das circunstâncias fáticas gerarem mais de uma solução que possa satisfazer (relativamente) a finalidade pública na maior intensidade possível, configurando o que chamamos *indiferentes jurídicos concretos*: aqui se configura a discricionariedade atípica; II — quando a interpretação cognoscitiva revelar que o legislador optou por deixar uma margem de liberdade infra legal para formação do ato de vontade concretizador, de forma que o administrador possa escolher entre agir ou não agir, ou agir de “n” formas, de acordo com critérios subjetivos e extralegais, sendo todas as escolhas valoradas igualmente pelo ordenamento jurídico, mesmo que ainda haja o dever de se buscar a solução ótima para atender a finalidade legal. Aqui se configuram os *indiferentes jurídicos normativos*: essa seria a discricionariedade típica.

É claro que sempre haverá a influência de representações subjetivas em qualquer ato

decisório, mesmo que de forma inconsciente. Isso é inerente a todo e qualquer ato humano, assim como a todo e qualquer ato administrativo. Por esses motivos, essas operações interpretativas serão desenvolvidas de diferentes formas por cada intérprete, o que exclui a pretensão de extração de uma única solução justa.

Porém, *a influência de representações subjetivas não se confunde com a adoção deliberada de critérios subjetivos*. Enquanto aquelas sempre estarão presentes em qualquer ato (inclusive na interpretação), a adoção de critérios subjetivos pode ou não ocorrer. As representações subjetivas ocorrem no inconsciente e de forma indireta, influenciando na formação das nossas próprias concepções, como o próprio estudo da psicologia humana busca investigar. Já a adoção deliberada de critérios subjetivos ocorre de forma consciente e direcionada, em que o agente elege critérios extrajurídicos e de acordo com suas preferências pessoais para optar por determinada conduta. As representações subjetivas influenciam nos critérios subjetivos, mas com eles não se confundem.

A grande questão é saber se o intérprete pode guiar-se livremente por seus critérios subjetivos para atender à finalidade legal e buscar a melhor solução possível (discricionariedade), ou se este se encontra adstrito à utilização de critérios normativos (interpretativos, concretos, objetivos, técnicos etc.) para produção do ato de vontade concretizador, mesmo que na produção dessas espécies de vinculação ainda possa haver influência da representação subjetiva do intérprete (que incidirá de forma indireta ou inconsciente).

Na verdade, entendemos que a busca pela melhor escolha deve existir necessariamente tanto na atividade discricionária quanto na atividade vinculada, uma vez que o administrador só exerce essas competências de forma instrumentalizada à consecução das finalidades legais. Com isso, elimina-se a ideia de que a competência discricionária apresenta-se como o “cavalo de troia” do Estado democrático de direito, tal como defendido por Hans Huber. Trata-se de interpretação sistemática que compatibiliza a discricionariedade com o próprio ordenamento jurídico constitucional, principalmente a partir dos princípios da juridicidade (legalidade *lato sensu*), boa administração e da finalidade pública.

Aliás, o princípio da finalidade pública apresenta-se como inerente ao próprio princípio da legalidade, estando nele contido, segundo entendimento majoritário. Por esses motivos, o atendimento da finalidade pública de forma ótima é ideia ínsita à juridicidade administrativa: “quem desatende ao fim legal desatende à própria lei”⁵⁵⁹. Nunca haverá

⁵⁵⁹ MELLO, 2015, p. 109.

liberdade absoluta na atividade administrativa, e esse fato decorre da própria concepção do Estado democrático de direito. Mesmo quando o legislador deixa deliberadamente uma liberdade de ação para que o administrador escolha agir ou não agir, ou agir de “n” formas, este ainda se encontra adstrito aos aspectos vinculados do ato administrativo, dentre os quais se inclui a satisfação das finalidades legais.

Ainda que atendidos todos os demais requisitos legais, a escolha no exercício de competência discricionária típica deve direcionar-se à finalidade legal do ato administrativo e à satisfação do interesse público (finalidade distante), sob pena de configuração do chamado “desvio de finalidade” do ato administrativo. O princípio da finalidade pública estabelece um mandamento de otimização em direção à realização desse estado de coisas: por isso, a busca pela melhor decisão para satisfação da finalidade pública é ideia ínsita a esse próprio princípio, sendo decorrência direta do seu núcleo conceitual. Aliás, lembramos que, na lição de Alexy, o mandamento de otimização é pressuposto da própria ideia de norma-princípio⁵⁶⁰.

Essa busca pela melhor decisão continua existindo mesmo na discricionariedade típica: se não fosse assim, o administrador estaria visando à finalidade diversa da legal. Por esses motivos, alguns autores, como Ommati, chegam a defender o “fim” da discricionariedade administrativa no Estado democrático de direito, o que não é de todo correto⁵⁶¹.

O que ocorre, na verdade, é o fim da concepção que atribui à discricionariedade administrativa a amplitude de uma liberdade total e irrestrita, própria dos Estados Absolutistas, sendo incompatível com a submissão da Administração Pública a todo mosaico jurídico constitucional e legal e à própria finalidade pública. Nas palavras de Gabardo: “apresenta-se insofismável que a atuação do administrador, em todos os atos de gestão, sejam de caráter político ou propriamente administrativos, deve respaldar-se em uma finalidade pública condicionada pela lei”⁵⁶².

Com efeito, a discricionariedade administrativa configura-se quando há a existência dos indiferentes jurídicos, mesmo que se dê maior amplitude a essa ideia frente à formulação proposta por Enterría e Fernandes. Ainda, esses indiferentes jurídicos podem ter origem mediata ou imediata no ordenamento jurídico.

Terão origem imediata quando a própria norma deixar expresso que o administrador pode agir de “n” formas ou optar entre agir ou não agir: nesse caso, a própria norma atribui o

⁵⁶⁰ ALEXY, 2008, p. 90.

⁵⁶¹ OMMATI, 2013.

⁵⁶² GABARDO, 2002, p. 131.

mesmo valor a todas as hipóteses de escolha, configurando o que nomeamos de *indiferentes jurídicos normativos*. Porém, com a devida vênia, isso não quer dizer que todas essas hipóteses atinjam igualmente a finalidade legal. O fato de a lei valorar igualmente diversas hipóteses apenas dá azo à possibilidade de escolha pelo administrador público de alguma delas segundo seus próprios critérios subjetivos, mas sempre com a intenção de completar o sentido da norma e atender a finalidade pública.

Pensemos, por exemplo, em certa nomeação para cargo em comissão, caso clássico de discricionariedade típica. Respeitados os requisitos legais, o administrador pode escolher quaisquer das opções juridicamente viáveis, que se apresentariam como verdadeiros indiferentes jurídicos. Porém, não custa lembrar que o atendimento das finalidades públicas de forma ótima insere-se como um verdadeiro requisito legal, vinculando o administrador público. Assim, apenas aquelas opções que aparentemente atendam as finalidades legais podem ser consideradas como indiferentes jurídicos.

Nesse sentido, o agente público não pode nomear seu amigo íntimo para o cargo em questão apenas para satisfazer interesse pessoal ou como uma troca de favores. A finalidade pública do provimento do cargo em comissão destoa da opção do agente, incorrendo em desvio de finalidade. Em verdade, não há discricionariedade quanto à consecução da finalidade legal. Por outro lado, essa mesma opção seria válida se um ou mais “amigos” aparentemente representassem opções que atendem a finalidade legal de forma ótima, seja por sua qualificação ou mesmo pela relação de confiança estabelecida entre eles. É claro que os motivos do agente nomeante, mesmo se juridicamente válidos, podem gerar desconfiança nas circunstâncias de nomeação de determinado amigo íntimo: porém, trata-se de um problema majoritariamente probatório.

Por outro lado, a origem mediata ocorre quando há interpretação de conceitos jurídicos indeterminados dispostos na norma legal e, após a interpretação cognoscitiva, restam uma ou mais escolhas que supostamente atendem a finalidade pública na mesma intensidade, não sendo possível ao intérprete escolher com segurança a “melhor decisão” durante o processo de interpretação propriamente dita e aplicação (produção do ato de vontade). Aqui se configuram o que chamamos de *indiferentes jurídicos concretos*.

Em conclusão: a busca pela melhor decisão sempre deve ocorrer, mas nem sempre essa busca se materializa na real “melhor decisão”. Até porque essa concepção de melhor decisão varia conforme as intelecções subjetivas de cada pessoa, existindo inúmeras “melhores decisões”. A consequência é a restrição do próprio sentido da discricionariedade administrativa, que passa a se configurar como uma *liberdade infralegal instrumentalizada*,

assumindo a feição de um verdadeiro “dever-poder”.

6.3 *Amplitude da discricionariedade administrativa: hipóteses de incidência*

Definidas as hipóteses que podem ensejar a discricionariedade, cumpre elucidar em que aspectos do ato administrativo a discricionariedade poderá incidir.

O primeiro aspecto é quanto ao *momento* da prática de determinado ato. Aqui a doutrina é praticamente unânime em reconhecer a possibilidade de incidência da discricionariedade⁵⁶³. Todavia, é necessário que se faça uma distinção. A discricionariedade quanto ao momento de prática do ato ocorrerá, em regra, quando o legislador deixar deliberadamente uma liberdade para eleição entre a prática ou não de determinado ato administrativo, ou quando fixar um prazo para a prática do ato administrativo, sempre de acordo com critérios subjetivos do intérprete. O silêncio normativo, a despeito do que afirma Di Pietro e grande parte da doutrina⁵⁶⁴, não tem o condão para gerar discricionariedade *de per se*.

O fato de a norma não prever o momento exato para prática do ato não autoriza que o administrador utilize livremente critérios subjetivos para escolher a hora de produzir o ato de vontade. Em verdade, apenas deixa certa amplitude para que ele escolha a melhor hora de produzi-lo, sempre de acordo com as circunstâncias fáticas que surgirão caso a caso e em consonância com os critérios objetivos estabelecidos no regime jurídico que regula a matéria a ser aplicada. Pode haver discricionariedade quanto ao momento da prática do ato, mas não com a amplitude defendida pela doutrina atual. E isso decorre da instrumentalização de toda a atividade administrativa à ideia de juridicidade (em especial à consecução da finalidade pública), como já expusemos no tópico anterior.

Quanto ao *sujeito* do ato administrativo, não há qualquer dificuldade em atestar que esse elemento (ou pressuposto⁵⁶⁵) será sempre vinculado. A competência é sempre definida pela lei, usualmente de forma explícita, não havendo espaço para que o intérprete a defina de acordo com critérios subjetivos.

Alguns autores afirmavam que a forma (modo exteriorização do ato no mundo dos fatos) seria sempre vinculada⁵⁶⁶. Por esse prisma, o formalismo seria uma característica intrínseca do ato administrativo, distinguindo-o dos atos de direito privado. Contudo, trata-se

⁵⁶³ DI PIETRO, 2016, p. 256.

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ MELLO, 2015, p. 404.

⁵⁶⁶ MEIRELLES, 2010, p. 122.

de concepção praticamente ultrapassada. Como lembra Di Pietro, quando se fala em “formalismos” do ato administrativo, faz-se referência ao fato de que esses atos são usualmente materializados a partir de uma forma expressa e escrita: porém, isso não significa que todos os atos administrativos tenham a forma determinada em lei⁵⁶⁷.

Não há qualquer óbice para que o legislador deixe deliberadamente uma margem de liberdade para que o administrador opte pela forma do ato administrativo de acordo com seus critérios subjetivos: aqui, haverá discricionariedade típica no elemento da forma. No silêncio legal, aplica-se o mesmo raciocínio disposto acima quanto ao momento da prática do ato: a regra geral é que não haverá discricionariedade, com a forma devendo ser determinada de acordo com as circunstâncias fáticas, sempre instrumentalizada a atender as finalidades do ato administrativo otimamente (finalidades típicas ou mesmo a satisfação do interesse público).

A discricionariedade geralmente ocorre no conteúdo e no motivo do ato. Nesses aspectos, a doutrina parece consentir acerca da possibilidade de incidência da discricionariedade.

Quanto ao conteúdo, a lei pode deixar deliberadamente uma liberdade de opção entre agir ou não agir, ou agir de “n” formas valoradas igualmente pelo ordenamento jurídico, deixando ao administrador a possibilidade de valoração subjetiva dos efeitos jurídicos (conteúdo) do ato administrativo a ser produzido. Igualmente, se no mandamento da norma há a previsão de conceitos jurídicos indeterminados que guiarão a formação do conteúdo (objeto) do ato administrativo, também surge a possibilidade de incidência da discricionariedade, mas de forma excepcional.

Nessa hipótese, a discricionariedade só surgirá se, após todo o processo interpretativo e à luz das circunstâncias concretas, “n” opções mostrarem-se (pelo menos em tese) igualmente adequadas para satisfazer a finalidade pública, surgindo a possibilidade de o intérprete optar por qualquer delas utilizando seus próprios critérios subjetivos para que produza o objeto do ato administrativo.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado para a incidência da discricionariedade nos motivos (pressuposto objetivo) do ato administrativo. O legislador também pode deixar um espaço para que o agente público utilize critérios subjetivos para avaliação dos pressupostos objetivos que fundamentarão o ato administrativo. Da mesma forma, a previsão de conceitos jurídicos de valor na hipótese normativa que enuncia os pressupostos de fato do ato apenas

⁵⁶⁷ DI PIETRO, 1991, p. 83.

configurará discricionariiedade em uma hipótese extremamente atípica, quando mais de uma opção se mostrar igualmente adequada para completar o sentido normativo indeterminado.

A maior polêmica encontra-se na incidência ou não da discricionariiedade na *finalidade* (pressuposto teleológico) do ato administrativo. Primeiramente, é necessário que se distinga a finalidade ampla (“distante” ou “pública”) da finalidade restrita (“próxima” ou “típica”) dos atos administrativos.

A finalidade no sentido amplo aplica-se a todo ato administrativo: qualquer ato administrativo deve visar à satisfação do interesse público, sendo decorrência da própria submissão da Administração Pública à legalidade jurídica, de onde surge o princípio da finalidade pública. Nas lições de Cirne Lima, toda atividade administrativa está “vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou dos órgãos que a exercita”⁵⁶⁸. Diz-se, assim, que todo ato administrativo deve ter finalidade pública⁵⁶⁹.

A finalidade em sentido restrito ou “próxima” diz respeito “ao resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei”, seja de forma expressa ou mesmo implícita⁵⁷⁰. Ainda nesse sentido, pode ser considerada como o “resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados”⁵⁷¹. Alguns autores, ignorando essa finalidade próxima, chegam a afirmar que todo ato administrativo terá sempre a mesma finalidade (satisfação do interesse público), o que não é de todo correto⁵⁷².

O entendimento clássico da doutrina é que a finalidade do ato administrativo será sempre vinculada, uma vez que este sempre estará instrumentalizado ao atendimento do interesse público e da finalidade legal próxima: essa é a posição de Hely Lopes Meirelles⁵⁷³ e Miguel Seabra Fagundes⁵⁷⁴.

Todavia, a doutrina contemporânea começou a observar que esse posicionamento acabava gerando uma inconsistência sistêmica a partir das feições ensejadoras da discricionariiedade. Ora, se os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariiedade, e se esses conceitos são usualmente previstos tanto na finalidade próxima quanto distante do ato administrativo, como sustentar que não haveria a hipótese de

⁵⁶⁸ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 4ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1964, p. 21.

⁵⁶⁹ DI PIETRO, 2016, p. 252.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

⁵⁷¹ MELLO, 2015, p. 413.

⁵⁷² CARVALHO FILHO, 2014, p. 120.

⁵⁷³ MEIRELLES, 2010, p. 122.

⁵⁷⁴ FAGUNDES, 1967, p. 79.

ocorrência da discricionariedade na finalidade do ato administrativo?⁵⁷⁵

Cientes dessa incongruência, tanto Bandeira de Mello⁵⁷⁶ quanto Di Pietro⁵⁷⁷ defendem que se os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariedade, a previsão desses na finalidade legal também poderá gerar discricção: “pela mesma razão que propicia a irrupção da discricionariedade na hipótese da norma — concernente ao motivo — pode também ocorrer discricção quanto à finalidade”⁵⁷⁸. Ainda nesse sentido: “Afirma-se, isto sim — e tão só —, que, por força da relativa indeterminação de conceitos, irreduzíveis a uma objetividade completa, alguma discricção remanesce para o administrador também no que respeita à finalidade”⁵⁷⁹.

Aqui é necessário realizar uma distinção de extrema valia, de forma a afastar as incongruências que geralmente ocorrem na análise dessa questão. Uma coisa é a discussão acerca da existência de discricionariedade em buscar ou não buscar a satisfação da finalidade legal (próxima ou distante); outra completamente diferente é aferir se há discricionariedade quanto à interpretação da previsão normativa dessas mesmas finalidades legais a partir de conceitos jurídicos indeterminados.

É certo que nunca haverá discricionariedade quanto à busca pela solução ótima para atingir a finalidade pública: trata-se de elemento inerente ao próprio conceito de função administrativa, que surge completamente instrumentalizada à satisfação do interesse público. Por esses motivos, *surge como um aspecto vinculado de qualquer ato administrativo*, decorrente de uma interpretação sistemática do próprio sistema jurídico constitucional e, principalmente, dos princípios da eficiência e da finalidade pública.

Mesmo no exercício de competência discricionária, o administrador público deve buscar, ainda que utilizando critérios subjetivos, a opção que melhor satisfaça a finalidade legal do ato administrativo (tanto no sentido amplo quanto restrito): do contrário, incorrerá em desvio de finalidade.

O fato de a norma ter valorado igualmente diversas opções (indiferentes jurídicos) não quer dizer que todas atendam o interesse público da mesma forma: isso também seria uma “autoilusão contraditória”, sem qualquer correspondência fática. Esses indiferentes apenas significam que, aprioristicamente, não há uma “preferência” normativa quanto a quaisquer das opções, havendo uma liberdade relativa para que o agente utilize seus próprios critérios para

⁵⁷⁵ ARAÚJO, 2006, p. 106.

⁵⁷⁶ MELLO, 2015, p. 998.

⁵⁷⁷ DI PIETRO, 1991, p. 86.

⁵⁷⁸ MELLO, Op. cit.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 999.

escolha da opção que melhor se adapte à satisfação do interesse público e da finalidade típica do ato administrativo. O fato de várias opções possuírem o mesmo valor apriorístico não exime o administrador de buscar as finalidades legais. Em sentido análogo⁵⁸⁰:

Entretanto, a Administração Pública deve proporcionar o melhor interesse público possível, e mesmo no mérito do ato administrativo, liberdade de atuação *in concreto* não há, pois esta equivaleria a um qualquer arbítrio. A juridicização de ideias, como a da eficiência administrativa, que vem para o mundo jurídico como vinculante princípio, **afasta qualquer possibilidade de irrelevância jurídica de opções levadas a cabo pela Administração Pública, que devem sempre buscar e melhor alternativa.** A Administração Pública não é livre, em nenhuma faixa, para ser ineficiente; não pode se esquivar de seu dever de boa administração, de melhor persecução do bem comum (grifo nosso).

A partir de tal premissa, reafirmamos: nunca há discricionariedade quanto à busca da solução ótima para atingir a finalidade legal. O que pode ocorrer, em verdade, é a materialização concreta da discricionariedade quanto à interpretação do próprio significado da finalidade normativamente prevista por conceitos jurídicos de valor (ou indeterminados).

Exemplificativamente, sempre haverá a obrigação de busca pela satisfação ótima do interesse público; porém, quanto à interpretação do significado de “interesse público” no caso concreto, a discricionariedade pode surgir quando duas ou mais opções mostrarem-se igualmente adequadas para completar o sentido da previsão abstrata desse conceito de valor que ocorre na finalidade da norma, podendo o intérprete utilizar suas concepções subjetivas para optar pela escolha que lhe parecer mais conveniente para materializar o sentido de “interesse público” (finalidade) que deve ser garantido pelo ato administrativo em questão.

Assim, admitimos que possa haver discricionariedade quanto à interpretação da finalidade legalmente estabelecida, desde que de maneira excepcional e por decorrência da previsão de conceitos jurídicos indeterminados, mas *nunca quanto ao dever de buscar a satisfação dessa mesma finalidade em qualquer ato administrativo.*

Todavia, destacamos que, mesmo quando há previsão de conceitos jurídicos indeterminados, o mais usual é que da interpretação da finalidade legal decorra a vinculação, uma vez que geralmente mostra-se possível ao intérprete extrair uma solução que melhor complete o sentido abstratamente disposto, principalmente à luz das circunstâncias concretas.

⁵⁸⁰ BATISTA JÚNIOR, 2012, pp. 363-364.

6.4 Discricionariedade e vinculação à luz do controle judicial da eficiência administrativa

Pelo exposto, podemos conceituar a discricionariedade como a liberdade concedida direta ou indiretamente pela lei ou pela Constituição para que o administrador público opte, dentre várias soluções aprioristicamente valoradas de forma uniforme pelo ordenamento jurídico (indiferentes jurídicos) e, ainda, utilizando seus próprios critérios *subjetivos*, pela que melhor atenda às finalidades legais e constitucionais, manifestando-se subjetivamente na forma de uma competência, ou objetivamente, como uma qualidade que se manifesta nos aspectos do ato administrativo.

Por outro lado, a vinculação pode ser definida como a determinação legal ou constitucional (expressa ou implícita) para que o administrador público adstrinja-se à utilização de critérios *normativos* (objetivos, técnicos, interpretativos, concretos etc.) na produção do seu ato de vontade, sempre visando à melhor satisfação das finalidades legais e constitucionais, manifestando-se subjetivamente na forma de uma competência (leia-se “dever”) ou objetivamente nos aspectos do ato administrativo, como uma qualidade.

Partindo de toda a construção apresentada e dos conceitos fixados, podemos dispor com mais segurança acerca dos limites da discricionariedade no controle judicial da eficiência administrativa.

O primeiro ponto a se destacar é que afastamos por completo qualquer entendimento que busque obstar essa forma de controle *in abstracto*. Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido pois, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, a discricionariedade só pode ser realmente aferida a partir das circunstâncias do caso concreto. Ou ela materializa-se e passa a existir após a realização do processo hermenêutico (compreensão, interpretação propriamente dita e aplicação) à luz dos elementos fáticos, ou sequer chegou a existir.

Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, mesmo no caso da discricionariedade típica, que já existe em tese no plano abstrato-normativo. Nesse caso, apesar de ela realmente materializar-se na dimensão normativa, sempre existirão aspectos vinculados que poderão gerar a nulidade do ato em questão.

Nesse sentido, quando o constituinte derivado positivou o princípio da eficiência como norma regente de todo regime jurídico-administrativo, acabou inserindo essa ideia como um dos elementos que compõem a finalidade pública (ou distante) de todo ato administrativo. De fato, assim como os demais princípios da Administração Pública, acaba influenciando a

própria determinação do conceito de “interesse público”, como lembra Bacelar Filho⁵⁸¹. Ora, à luz do art. 37 da CRFB, não há como um ato administrativo satisfazer a finalidade pública se não for eficiente.

Dessa forma, a eficiência passa a compor a própria estrutura da finalidade legal (*lato sensu*), sendo um dos elementos normativos que fundamentam o dever de busca pela solução ótima em qualquer ato administrativo, aliado à ideia de boa administração e ao próprio mandamento de otimização intrínseco à estrutura normativa do princípio da finalidade.

Para Marques Neto, a inclusão da eficiência no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública “trata-se de uma sinalização clara do dever (agora constitucionalizado) de que a atuação e organização administrativas se voltem a eficazmente satisfazer as finalidades públicas”. Ademais, o dever de eficiência ainda cumpriria um segundo objetivo: serviria como “parâmetro de controle, de aferição permanente do atendimento das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa”⁵⁸². Nohara sintetiza⁵⁸³:

Em termos mais específicos, a positivação da eficiência como princípio implica num compromisso jurídico normativo da Administração Pública com um agir eficiente. Nesta perspectiva, se antes a eficiência de uma medida estatal era questão de conveniência e oportunidade do Estado, depois da positivação do princípio da eficiência **uma medida absolutamente ineficiente passa a ter também certo grau de antijuridicidade**.

Então, conforme dito, apesar de a intenção reformadora ter sido conferir maior flexibilidade ao agir administrativo, a partir da positivação do princípio da eficiência, na prática, **tal atitude acabou por restringir a discricionariedade administrativa, havendo maior limitação à liberdade da Administração Pública** (grifos nossos).

Em sentido contínuo, por compor a finalidade legal de qualquer ato administrativo, também influencia diretamente em todos os demais elementos, pressupostos ou até no momento de produção do ato estatal. Até porque, como não podia ser diferente, o pressuposto teleológico (finalidade) mostra-se como o norte legal para a produção do ato administrativo, e a eficiência insere-se na composição material desse pressuposto, por expressa determinação constitucional.

⁵⁸¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 201, p. 95.

⁵⁸² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 730, abr. 2010, p. 7.

⁵⁸³ NOHARA, 2012, p. 188.

Em termos mais simples: se a eficiência compõe a própria finalidade da atividade administrativa, violar a ideia de eficiência sempre maculará o princípio da finalidade e, seguindo a linha argumentativa, o próprio princípio da legalidade *lato sensu* (juridicidade).

Se a lei não determina expressamente qual é o momento de produção do ato, não haverá necessariamente discricionariedade para determinação desse momento. Além de o intérprete analisar a adequação do momento escolhido à finalidade próxima (típica) do ato em questão, também deve atentar-se às demais disposições normativas que compõem a finalidade distante (pública) de qualquer ato administrativo. Nesse último aspecto, a eficiência entra como fator que gera a vinculação da busca pela melhor decisão às especificidades do caso concreto, por meio da otimização da relação entre meios e fins. Ou seja: o momento de produção do ato também deve ser eficiente.

Nada obstante, a eficiência é um conceito jurídico indeterminado. A discricionariedade só surgirá quando não for possível determinar o núcleo conceitual dessa ideia, havendo relevante dúvida sobre qual solução revelada cognoscitivamente gera uma maior otimização da relação entre meios e fins (eficiência) atingindo a finalidade legal (próxima e distante) da melhor forma possível. Apenas no centro desse *halo* conceitual é que haverá discricionariedade, não cabendo ao Judiciário declarar o vício de ineficiência.

Até porque, se o fizesse, como há relevante dúvida objetiva acerca de qual solução é a mais adequada, estaria utilizando critérios subjetivos para escolher a opção mais correta: aqui sim haveria real invasão à discricionariedade administrativa, pois o agente jurisdicional *estaria criando uma relação de prevalência entre os seus próprios critérios subjetivos frente os critérios subjetivos do administrador*, afrontando o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CRFB).

Essa interpretação também busca privilegiar o supraprincípio da segurança jurídica, objetivando dar certa estabilidade à aplicação desses conceitos de valor e impedindo a sobreposição de interpretações igualmente válidas juridicamente⁵⁸⁴. Não custa lembrar que neste trabalho há uma pulsante preocupação com a preservação da segurança jurídica na efetivação do controle jurisdicional da eficiência administrativa: trata-se de importante ferramenta para controle da Administração Pública, mas que deve ser utilizada dentro dos limites do direito e em consonância com o vetor da estabilidade das relações jurídicas e sociais.

A questão é sutil, mas de grande importância. Se há critérios normativos que vinculam

⁵⁸⁴ Sobre esse princípio e suas diferentes facetas, cf.: ÁVILA, 2011.

o caminho de produção do ato de vontade aplicador do direito, o Judiciário pode imiscuir-se na análise contrastante desses critérios, avaliando se as disposições normativas realmente foram seguidas. Esses critérios podem ser expressos ou não: o que importa é que decorram diretamente do texto legal ou constitucional. É claro que haverá a influência de representações subjetivas na análise jurisdicional, assim como houve na administrativa. O importante é que essas representações atuam de forma indireta e inconsciente (em tese), pois não se mostra possível isolá-las de qualquer ato humano. Na verdade, esse é um dos motivos que justificam a existência das instâncias recursais colegiadas, que também têm o fito de isolar o máximo possível os subjetivismos indesejados.

Quando há a autorização normativa para que o administrador utilize seus próprios critérios subjetivos para produzir o ato de vontade concretizador, uma vez que todas as opções mostram-se (*prima facie*) igualmente valoradas pelo ordenamento jurídico (indiferentes jurídicos), aqui sim haverá discricionariedade. Aliás, como destacamos, essa autorização pode ser explícita (discricionariedade típica) ou implícita, decorrendo da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados à luz das circunstâncias concretas (discricionariedade atípica). Será implícita pois esses conceitos são previstos na própria hipótese, mandamento ou finalidade legal, abrindo a possibilidade normativa para que a discricionariedade materialize-se concretamente, quando não for possível determinar com segurança qual será a solução ótima.

Deveras, a discricionariedade ocorre pois não há hierarquia entre os critérios subjetivos do órgão julgador e do administrador, até pela ideia de separação dos poderes: *critério subjetivo por critério subjetivo, vale o do agente tipicamente competente para prática daquele ato*. Ao Poder Judiciário apenas cabe a análise de legalidade *lato sensu*, conforme o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CRFB) e da própria divisão de funções estatais.

O mesmo raciocínio desenvolvido quanto à imposição de eficiência no momento de prática do ato administrativo também pode ser aplicado para quanto ao conteúdo e a forma do ato administrativo. Todavia, por estar estritamente instrumentalizado à satisfação da finalidade legal, o vício de ineficiência geralmente ocorre no conteúdo (objeto) do ato administrativo.

Aqui a distinção de Bandeira de Mello assume grande relevância. Para esse autor, os únicos elementos do ato administrativo seriam a “forma” e o “conteúdo” do ato, pois esses se mostram como as verdadeiras partes integrantes de sua estrutura. Todos os demais seriam

pressupostos, seja de existência ou mesmo de validade do ato⁵⁸⁵.

A coerência dessa distinção pode ser observada quando pensamos sobre as hipóteses de incidência de um possível vício de ineficiência. A ineficiência ou eficiência de certo ato administrativo só pode ser aferida pelos seus elementos estruturais, usualmente seu conteúdo, que está diretamente instrumentalizado à satisfação das finalidades legais (pressuposto teleológico). Quando a eficiência é prevista na hipótese normativa como um pressuposto objetivo (motivo) para prática do ato, a discussão acerca da discricionariedade cinge-se à determinação do sentido de eficiência, e não à eficiência do próprio ato.

Começo a explicar. Como o conteúdo do ato é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo visa a gerar (efeitos jurídicos imediatos)⁵⁸⁶, a determinação desse objeto está intrinsecamente ligada à satisfação das finalidades legais (próximas e distantes). Nesse sentido, também há o *dever* de escolha da solução mais eficiente, desde que seja possível determinar essa opção à luz dos elementos fáticos que se apresentam. A discricionariedade só surgirá quando uma ou mais opções mostrarem-se relativamente eficientes e adequadas para atingirem as finalidades legais de forma ótima, fazendo nascer uma autorização implícita e concreta para que o administrador determine o conteúdo do ato de acordo com sua valoração subjetiva. Se há a escolha do conteúdo menos eficiente, o ato administrativo está maculado pelo vício da ineficiência, sendo nulo.

Também é possível que o mesmo vício verifique-se quanto à escolha da forma do ato administrativo, aplicando-se raciocínio semelhante ao disposto acima.

Hipótese distinta ocorre quando há a previsão do conceito de “eficiência” como um dos pressupostos objetivos (motivos) que autorizam a prática do ato. Aqui não haverá necessariamente um vício de ineficiência, pois os motivos apenas embasariam o conteúdo do ato.

Ad argumentandum tantum, pensemos que hipótese normativa preveja que determinado ato administrativo só possa ser praticado se o serviço público for prestado de maneira eficiente. Nesse caso, em regra, há vinculação quanto à interpretação do motivo que embasa o ato, pois geralmente é possível que o intérprete determine concretamente se o serviço foi eficiente ou não. A discricionariedade quanto ao motivo apenas surgirá se uma ou mais hipóteses se mostrarem igualmente adequadas para completar o sentido do conceito jurídico em questão, sempre atento à ligação intrínseca com o conteúdo do ato e a finalidade visada.

⁵⁸⁵ MELLO, 2015, p. 401.

⁵⁸⁶ CARVALHO FILHO, 2014, p. 110.

Nada obstante, caso o intérprete opte por um sentido revelado que não coaduna com a ideia de eficiência, ou seja, se pratica o ato administrativo sem que o serviço público tenha realmente sido eficiente, o ato também será nulo, mas por outro motivo: há, na verdade, um vício de legalidade *stricto sensu* no ato em questão, pois o motivo legalmente determinado não foi respeitado. O vício de ineficiência ocorre no serviço público, sendo analisado para configurar a ilegalidade do pressuposto fático que foi utilizado para produção do ato administrativo, mas não no ato administrativo em si. Apesar de a discussão girar em torno do sentido de eficiência, o ato posto em análise não incorre no vício de ineficiência.

No que toca à finalidade, a questão fica ainda mais interessante. Apesar de não integrar a estrutura do ato administrativo, é certo que essa mesma estrutura está completamente vinculada à satisfação do pressuposto teleológico. Sinteticamente: a forma e o conteúdo do ato só existem para atender a finalidade legal. Como a eficiência é prevista como um dos elementos dos que compõem a finalidade pública de qualquer ato administrativo, a discussão quanto à configuração da eficiência na finalidade legal repercute diretamente na própria estrutura do ato administrativo e, por conseguinte, acaba configurando um vício de ineficiência em ricochete.

Se o intérprete adota uma ideia errônea da finalidade de certo ato administrativo, estabelecendo um norte que não coaduna com a ideia de eficiência, o conteúdo desse mesmo ato estará instrumentalizado à satisfação dessa finalidade ineficiente e, por conseguinte, também será ineficiente. Outrossim, o vício de ineficiência só pode surgir nos elementos estruturais do ato administrativo, mesmo que decorra de uma concepção equivocada da própria finalidade legal desse mesmo ato.

Pelo exposto, a discussão acerca da discricionariedade ou vinculação decorrente do conceito jurídico indeterminado de eficiência é relevante para a análise de sua previsão em qualquer aspecto, elemento ou pressuposto do ato administrativo, mesmo que essa previsão não tenha o condão de gerar *de per se* um vício de ineficiência propriamente dito.

A construção realizada mostra-se ainda mais relevante pois pode ser integralmente estendida para a análise do controle judicial a partir de outros princípios da Administração Pública, desde que também sejam positivados na forma de conceitos jurídicos indeterminados (como quase sempre ocorrerá). *Exempli gratia*, podemos citar os princípios da moralidade, impessoalidade e publicidade (art. 37 da CRFB).

Sem qualquer esforço metodológico, podemos afirmar que os vícios de imoralidade, pessoalidade e falta de publicidade só podem se materializar no conteúdo ou na forma do ato administrativo, mesmo que ocorram de forma ricocheteada a partir da previsão desses

conceitos na finalidade legal. Podem, ainda, surgir da escolha do momento da prática do ato administrativo.

Em síntese, o controle judicial da eficiência administrativa sempre será preliminarmente possível, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido. Ademais, sempre haverá vinculação quanto ao dever de buscar a atuação administrativa mais eficiente, e isso decorre da própria inserção do princípio da eficiência no texto constitucional. Nada obstante, a despeito desse dever, nem sempre será possível extrair um sentido unívoco que atenda da melhor forma as finalidades legais, e isso decorre das próprias limitações cognitivas de qualquer ser humano e da assimetria de informações que permeia as situações concretas, relativizando a ideia de “melhor” juízo de valor.

A discricionariedade pode surgir, sempre *in concreto*, quando a produção do ato de vontade concretizador se encontrar no centro do *halo* conceitual (zona de incerteza) da ideia de eficiência (ou de qualquer outro conceito jurídico indeterminado). Nesse caso, o Judiciário não pode imiscuir-se na análise subjetiva do administrador, sob pena de invasão ao que vem se chamando de “mérito administrativo”.

Contrario sensu, sendo possível aferir qual é a solução ótima para completar o sentido do texto legal indeterminado (núcleo conceitual ou zonas de certeza positiva e negativa), materializa-se a nítida vinculação do administrador público, surgindo a possibilidade de o Judiciário realizar sua atividade típica de controle de legalidade.

PARTE III — CONTROLE JUDICIAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA: VIABILIDADE MATERIAL

7. O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: PARÂMETROS NORMATIVOS

7.1 Breves apontamentos sobre o Controle da Administração Pública

7.1.1 Sentido e modalidades de controle

Como ensina Floriano Marques Neto, toda atividade administrativa submete-se em algum ponto a alguma forma de controle⁵⁸⁷. A ideia de controle da Administração Pública nasce com a própria concepção do Estado democrático de direito e da submissão do Estado à legalidade ampla.

No Absolutismo, com a concentração de todas as funções estatais no soberano, não havia sistema ou mecanismo institucionalizado que controlasse a atividade do próprio Estado⁵⁸⁸. E isso se explica facilmente: se vigia o princípio da irresponsabilidade estatal, qual seria o sentido de controlar a atuação supostamente “infalível” do soberano, cujos atos guardavam legitimação divina? Até porque, conforme o brocardo inglês: “the king can do no wrong”,⁵⁸⁹.

A ideia de irresponsabilidade do Estado só começa a ser afastada com a derrocada dos Estados Absolutistas e a consolidação do Estado de direito. O poder passa a ser visto como função e é dividido em três complexos orgânicos distintos. O Estado, que antes não respondia por seus atos, passa a se submeter à legalidade ampla. O controle da Administração Pública, portanto, é uma consequência direta da submissão da Administração Pública à ordem jurídica (princípio da legalidade). Com o surgimento do Estado de direito e a consolidação da separação de poderes, o controle do Estado desenvolve-se como um produto natural da soma desses fatores: “a norma jurídica passou a ser o ponto de referência e de obediência pelo Estado e pelos administrados”,⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ MARQUES NETO, 2010, p. 5.

⁵⁸⁸ FERREIRA, Edimur. **Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 195.

⁵⁸⁹ Tradução livre: “o rei não erra”. Sobre a evolução história da responsabilidade estatal por atos soberanos, conferir: GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 147 e ss; MELLO, 2015, p. 1.029 e ss.

⁵⁹⁰ FERREIRA, op. cit., p. 196.

Para Marques Neto, o controle da Administração Pública possui os seguintes objetivos: I — defesa do patrimônio público; II — assegurar a adequada aplicação dos recursos públicos; III — cumprimento das finalidades da atuação administrativa; IV — garantir a adstrição à legalidade. A partir desses objetivos pode-se compreender a importância que assume o controle judicial da Administração Pública pelo princípio da eficiência, que acaba prestando-se à satisfação de todos eles⁵⁹¹.

Em relação ao sentido desse controle, Justen Filho, citando os ensinamentos de Comparato e Salomão Filho, lembra que o vocábulo “controle” pode comportar dois sentidos diversos: I — controle-fiscalização, que se desdobra nas funções de acompanhamento e fiscalização da atividade administrativa; II — controle-orientação, no qual ocorre a determinação da conduta alheia⁵⁹².

Explicitando os sentidos *retro* expostos, Carvalho Filho denomina o controle da Administração Pública como “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”⁵⁹³. Percebe-se a amplitude que o controle da Administração Pública assume, abrangendo toda a atividade administrativa e sendo exercido por todos os Poderes estatais.

Medauar, partindo dos estudos de Forti, Bergeron e Giannini, afirma que o elemento essencial da noção de controle é a verificação de certa atuação de acordo com cânones pré-estabelecidos. Para a autora, o controle da Administração Pública é “a verificação da conformidade desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado”⁵⁹⁴.

Fixadas essas premissas conceituais, cumpre discorrer sobre as classificações (ou tipologia⁵⁹⁵) do controle da Administração Pública. A doutrina costuma classificar as modalidades de controle a partir do órgão que o exerce, do momento em que se efetua, quanto a sua natureza e ainda quanto à dimensão em que ocorre⁵⁹⁶. Apesar de estes serem os critérios mais utilizados, obviamente que não se trata dos únicos: a tipologia dos controles irá variar de autor para autor. Focaremos nas principais classificações.

Quanto ao órgão, o controle pode ser classificado como legislativo, judicial (ou jurisdicional) e administrativo. Trata-se de análise meramente subjetiva, em que a modalidade

⁵⁹¹ MARQUES NETO, 2010, p. 5.

⁵⁹² JUSTEN FILHO, 2012, p. 1199.

⁵⁹³ CARVALHO FILHO, 2014, p. 953.

⁵⁹⁴ MEDAUAR, Odete. **O controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 22.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁹⁶ DI PIETRO, 2016, p. 882.

de controle é determinada a partir do Poder estatal que o exerce.

No que toca ao momento, pode ser prévio, concomitante ou posterior. O controle prévio ocorre quando a atividade controladora incide para impedir que seja praticado algum ato ilegal ou mesmo contrário ao interesse público, tendo nítido caráter preventivo. Por outro lado, o controle concomitante acompanha a produção do ato administrativo, sendo efetivado com a concretização da atividade administrativa: sua natureza é de fiscalização, acompanhamento. Por fim, o controle posterior tipifica o momento mais comum de efetivação da atividade controladora, em que esta incide sobre atos já praticados, seja para corrigi-los, desfazê-los ou mesmo confirmá-los⁵⁹⁷.

Ainda, o controle pode ser de legalidade ou de mérito, conforme o aspecto do ato administrativo em que incide. O controle de legalidade pode ser exercido tanto no controle judicial quanto no controle administrativo e legislativo. Todavia, o controle de mérito praticamente cinge-se ao controle administrativo (interno), podendo ocorrer em casos mais restritos no controle legislativo.

Sem sair do critério do aspecto de incidência, Medauar ainda fala em uma terceira modalidade: controle da “boa administração” (eficiência, produtividade e gestão)⁵⁹⁸. Aqui a autora não adota o melhor posicionamento. Na verdade, as ideias de produtividade e gestão inserem-se como facetas do próprio conceito de eficiência, como lembra Batista Júnior⁵⁹⁹. Outrossim, o controle de eficiência inclui-se dentro do âmbito do próprio controle de legalidade, até porque decorre de expressa previsão constitucional. Por esses motivos, não é da melhor técnica jurídica situá-lo como uma espécie autônoma de controle, desvinculado da ideia de legalidade.

Quanto à dimensão em que ocorre, pode ser externo ou interno. O controle externo é efetivado por órgãos alheios à estrutura do Poder Executivo, enquanto o controle interno ocorre dentro do próprio âmbito da Administração Pública⁶⁰⁰. Portanto, enquanto o controle externo pode ser legislativo ou judicial (conforme parcela majoritária da doutrina), o controle interno será sempre um controle administrativo: seguindo esse raciocínio, Seabra Fagundes lhe dá o nome de “autocontrole”⁶⁰¹.

Apesar de o art. 74 da CRFB determinar que todos os Poderes devem manter um sistema de controle interno integrado, Fortini e Shermam lembram que em diversas entidades

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 883.

⁵⁹⁸ MEDAUAR, 2014, p. 442.

⁵⁹⁹ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 183.

⁶⁰⁰ MELLO, 2015, p. 961.

⁶⁰¹ FAGUNDES, 1967, p. 108.

simplesmente não há qualquer mecanismo de controle interno, o que revela a pouca importância que vem sendo dispensada à governança pública⁶⁰². Em verdade, o art. 74 da CRFB acaba sendo um exemplo da função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica⁶⁰³.

Quanto ao controle externo, Meirelles também fala em uma subespécie que nomeia de “controle externo popular”. Este derivaria do art. 31, §3º da CRFB, que determina que as contas do município devem ficar à disposição de qualquer contribuinte durante sessenta dias, para exame e apreciação, podendo questionar-se a legitimidade nos termos da lei⁶⁰⁴.

Pensamos que nessa hipótese não há uma nova subespécie de controle externo. O contribuinte não tem competência para controlar *sponte própria* a Administração Pública: ainda dependerá do acionamento dos mecanismos de controle ordinários, geralmente por meio de ações judiciais (mandado de segurança, ação popular etc.), ou mesmo mediante exercício do direito de petição na via administrativa e legislativa. Essa disposição constitucional parece apenas facilitar a efetivação do controle externo, não constituindo um novo “tipo” de controle por si só.

Seguindo, ainda se discute a natureza do controle exercido pela Administração Direta sobre os entes da Administração Indireta, a chamada “supervisão ministerial” ou “tutela”. Para Bandeira de Mello, trata-se de controle interno: conseqüentemente, as entidades da Administração Indireta se sujeitam a um duplo mecanismo de controle interno⁶⁰⁵. Di Pietro, de outro modo, considera a supervisão ministerial como uma espécie de controle externo que só pode ser exercido nos limites legais, sob pena de ofensa à autonomia dessas entidades⁶⁰⁶.

Concordamos com o posicionamento que sustenta a natureza interna da tutela administrativa, e o motivo é simples: a supervisão ministerial é efetivada por órgãos do próprio Poder Executivo, decorrendo de uma relação de vinculação que se materializa no âmbito desse mesmo Poder, mesmo que entre entes diretos e indiretos. Por conseguinte, como não extravasa o âmbito da Administração Pública, não há que se falar em controle externo.

Além desses critérios clássicos, Medauar também classifica o controle da Administração Pública quanto: I — ao modo de se desencadear, podendo ser de ofício, por provocação ou compulsório; II — à amplitude, podendo ser um controle de ato (incidindo sobre os aspectos isolados do ato administrativo) ou um controle de atividade, abrangendo um

⁶⁰² FORTINI, 2017, p. 34.

⁶⁰³ Cf.: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

⁶⁰⁴ MEIRELLES, 2010, p. 700.

⁶⁰⁵ MELLO, op. cit., p. 963.

⁶⁰⁶ DI PIETRO, 2016, p. 884.

conjunto de atuações⁶⁰⁷.

Marques Neto também fala na divisão do controle a partir do método e do vetor de controle: quanto ao método, poderia ser formal (voltado aos processos e meios) ou material (voltados às metas e aos resultados); quanto ao vetor de controle, poderia advir de uma relação de hierarquia, de uma relação institucional ou mesmo de um vínculo contratual⁶⁰⁸. Como já afirmamos, a tipologia dos controles da Administração Pública é volátil, variando conforme o autor que lhe apresenta.

O controle jurisdicional, objeto do recorte metodológico deste trabalho, apresenta-se como uma modalidade de controle externo da Administração Pública, pois é exercido por órgãos alheios à estrutura do Poder Executivo. Será sempre um controle de legalidade, não cabendo ao Judiciário apreciar aspectos de conveniência e oportunidade do ato administrativo (sobre a delimitação da discricionariedade, ver capítulo *retro*). Quanto ao momento é usualmente posterior, mesmo que em alguns casos possa ocorrer preventivamente ou concomitantemente.

Configura-se como o meio típico para controle de legalidade dos atos administrativos, “sendo o mais importante instrumento de controle da Administração”⁶⁰⁹, principalmente por conta do exclusivo atributo da definitividade presente nas decisões jurisdicionais. Nessa mesma linha, Bandeira de Mello afirma que: “dentre todos os controles o mais importante, evidentemente, é o que se efetua, a pedido dos interessados, por meio do Poder Judiciário”⁶¹⁰.

O controle jurisdicional, como o meio típico de controle de juridicidade, acaba mostrando-se como a via em que o controle da eficiência administrativa pode apresentar-se em sua amplitude total. Partindo de sua amplitude objetiva, pode atingir tanto atos legislativos quanto atos administrativos. Do ponto de vista de parâmetro de controle, pode envolver tanto aspectos de constitucionalidade (eficiência como princípio constitucional — art. 37 da CRFB) quanto de legalidade estrita (eficiência como princípio legal — Lei 9784/99, Decreto-Lei 200/67, dentre outras previsões esparsas).

7.1.2 Controle jurisdicional da Administração Pública

7.1.2.1 Amplitude conceitual

⁶⁰⁷ MEDAUAR, 2014, p. 428.

⁶⁰⁸ MARQUES NETO, 2010, p. 10.

⁶⁰⁹ MEDAUAR, 2014, p. 442.

⁶¹⁰ MELLO, 2015, p. 961.

Em sua insuperável obra, Seabra Fagundes aponta que o controle jurisdicional (ou judicial) das atividades administrativas ocorre “quando o Poder Judiciário, pela natureza de sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo”⁶¹¹.

Além da atividade contenciosa entre indivíduo e Estado, o controle jurisdicional da Administração Pública também abrangeria o controle da “eficácia” do aparelho administrativo⁶¹², como Goodnow já apontava no início do século passado⁶¹³. Trata-se, portanto, de uma faceta que representa um nítido controle de atividade, fora das hipóteses contenciosas.

Para Seabra Fagundes, o controle jurisdicional é exercido através de intervenções do Judiciário no processo de realização do direito, resolvendo os conflitos a partir de uma operação interpretativa e outra prática, de forma a ultimar o processo executório. Assim, apresenta-se em duas fases: I — fase tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a Administração e o indivíduo; II — fase formalmente jurisdicional e tipicamente administrativa, em que se executa a sentença⁶¹⁴. Nessa mesma linha, identificando as fases referenciadas acima, Dinamarco, Cintra e Grinover conceituam a “jurisdição” como⁶¹⁵:

(...) uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentam em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha **essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito) seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)** (grifo nosso).

Parte da doutrina costuma dar ao controle jurisdicional da Administração Pública uma conotação mais restrita, conceituando-o como uma espécie de controle de atos administrativos sob os aspectos de legalidade (em sentido amplo)⁶¹⁶. Nesse sentido, Carvalho Filho o

⁶¹¹ FAGUNDES, 1967, p. 111.

⁶¹² O autor utiliza o termo “eficácia” como corolário da ideia de eficiência, atribuindo o sentido de controle dos resultados da atividade administrativa.

⁶¹³ GOODNOW, Frank J. **Les principes du droit administratif des États-Unis**. Paris: V. Giard & e. Brière, 1907, p. 424 *apud* FAGUNDES, op. cit.

⁶¹⁴ FAGUNDES, 1967, p. 112-113.

⁶¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129.

⁶¹⁶ DI PIETRO, 2016, p. 900.

conceitua como o “poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário”⁶¹⁷.

Em sentido oposto, Medauar assenta que a expressão “controle jurisdicional da Administração” reveste-se de ampla conotação, abrangendo a apreciação jurisdicional não só dos atos administrativos, mas dos contratos, atividades, operações materiais e até mesmo da omissão ou inércia da Administração Pública⁶¹⁸. Concordamos com essa acepção, de forma a evitar qualquer equívoco quanto à ampla abrangência do controle jurisdicional sob os aspectos de legalidade da atividade administrativa.

Ademais, destacamos mais uma vez a íntima relação entre o princípio da legalidade (leia-se “juridicidade”) e a própria concepção do controle jurisdicional. Para Di Pietro, o controle judicial, assim como o princípio da legalidade, mostra-se como um dos fundamentos sob o qual repousa a própria ideia de Estado de direito⁶¹⁹. Em verdade, trata-se do Poder Jurídico por excelência, caracterizado pela missão de julgar a legalidade e constitucionalidade dos atos e leis⁶²⁰.

7.1.2.2 Os sistemas de controle jurisdicional

7.1.2.2.1 O sistema de jurisdição *dual*

O controle jurisdicional da Administração Pública pode apresentar-se na forma de dois sistemas principais: I — sistema de jurisdição *dual* (também denominado de jurisdição especial ou jurisdição administrativa); II — sistema de jurisdição *una* (também denominado de jurisdição ordinária, jurisdição comum ou unidade de jurisdição).

No primeiro, há uma existência concomitante de duas ordens paralelas de jurisdição: a jurisdição comum e a jurisdição administrativa, sendo que a última se volta para a resolução das situações contenciosas em que a Administração Pública seja parte⁶²¹. No sistema de jurisdição *dual*, os atos administrativos não se submetem de modo algum ou, no máximo, submetem-se de modo reduzido ao Poder Judiciário⁶²².

O sistema de dualidade de jurisdição explica-se pela evolução geral do processo de separação dos poderes, principalmente na França. A Revolução Francesa, em 1789, acabou

⁶¹⁷ CARVALHO FILHO, 2014, p. 1027.

⁶¹⁸ MEDAUAR, 1993, p. 159-160.

⁶¹⁹ DI PIETRO, op. cit.

⁶²⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 901.

⁶²¹ MEDAUAR, 1993, p. 160.

⁶²² FAGUNDES, 1967, p. 118.

segmentando radicalmente as três funções estatais, proibindo qualquer ingerência do Judiciário nos atos da Administração Pública. E isso também aplica-se ao Poder Legislativo: o Parlamento podia legislar apenas sobre os direitos de propriedade e liberdade dos indivíduos, cabendo à Administração Pública o poder de regular normativamente sua própria atividade por meio da edição de regulamentos autônomos.

Como lembra Seabra Fagundes, a Constituição Francesa de 1791 proibia a interferência dos tribunais judiciais nas funções administrativas, não podendo haver qualquer questionamento dos administradores em juízo em razão do exercício da atividade administrativa: “A Administração Pública é o próprio juiz dos seus atos, posta acima de qualquer controle jurisdicional”⁶²³.

Conseqüentemente, no sistema de jurisdição *dual*, as demandas podem ser decididas de forma definitiva no âmbito administrativo, gerando coisa julgada material⁶²⁴. Trata-se da principal distinção prática entre os dois sistemas de jurisdição, até porque, mesmo no sistema de jurisdição *una*, geralmente também se observa uma estrutura voltada à resolução das controvérsias no âmbito administrativo. Por esse motivo, preferimos não nomear o sistema de jurisdição *dual* como “contencioso administrativo”, de forma a evitar eventual confusão entre os dois sistemas.

Analisando esse sistema, Medauar destaca certos pontos positivos e outros negativos que geralmente são citados pela doutrina⁶²⁵. Quanto aos pontos positivos, é comum que se cite a especialização dos juízes nas matérias afetas ao Direito Administrativo e a simplificação do procedimento contencioso, que tende a dar uma maior celeridade à jurisdição administrativa. Em relação aos pontos negativos, o principal argumento desfavorável à jurisdição administrativa é multiplicação dos conflitos de competência entre a jurisdição administrativa e a ordinária, uma vez que os critérios de repartição das competências não são claros e geram uma imensa diversidade de interpretações.

7.1.2.2.2 O sistema de jurisdição *una*

No sistema de jurisdição *una*, o Judiciário possui o “monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de

⁶²³ *Ibidem*, p. 127.

⁶²⁴ Sobre a distinção entre coisa julgada formal e material, conferir: LIEBMAN, 1981, p. 68; ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 284-285.

⁶²⁵ MEDAUAR, 1993, p. 163.

lesão a direitos individuais e coletivos”⁶²⁶. Nesse caso, o julgamento dos litígios em que a Administração Pública é parte cabe ao próprio Poder Judiciário, sendo a única estrutura orgânica que pode produzir decisões com força de definitivas (coisa julgada material).

Esse foi o modelo adotado pelo Brasil e pela maioria dos países latino-americanos, que lhe importaram dos países anglo-saxões. Reconhecendo essa origem anglo-saxônica, concluiu-se que o sistema de jurisdição comum assenta-se numa “concepção de separação de poderes oposta à francesa, bem como na opinião de que os direitos individuais só ficam suficientemente amparados, em face dos atos administrativos, quando o exame contencioso destes é entregue a uma órgão autônomo”⁶²⁷.

No ordenamento jurídico brasileiro, o sistema de jurisdição única encontra fundamento constitucional no art. 5º, XXXV da CRFB, que estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou princípio da proteção judicial⁶²⁸) que, além de dar base ao sistema único de jurisdição, impede que qualquer lei ou ato estatal obste a apreciação judicial.

Igualmente, extrai-se desse princípio constitucional a inexigência de esgotamento da via administrativa para que se possa ingressar em juízo (jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado), salvo no caso da justiça desportiva⁶²⁹, por tratar-se de exceção criada pelo próprio poder constituinte originário⁶³⁰. Não custa lembrar que a instância administrativa de curso forçado vigia antes da CRFB/1988 por expressa previsão do art. 153, §4º da CF/1969, com redação dada pela EC n.º 7 de 1977.

Os *meios* de efetivação do controle jurisdicional da Administração Pública são variados, abrangendo os procedimentos ordinários, sumários e especiais, além dos remédios constitucionais e das ações que integram o microssistema de tutela coletiva⁶³¹. A doutrina geralmente se refere aos seguintes: I — *habeas corpus*; II — *habeas data*; III — mandado de injunção; IV — mandado de segurança (individual e coletivo); V — ação popular; VI — ação civil pública; VII — ações concentradas de constitucionalidade⁶³².

⁶²⁶ DI PIETRO, 2016, p. 900.

⁶²⁷ FAGUNDES, 1967, p. 130.

⁶²⁸ SILVA, 2005, p. 430.

⁶²⁹ Alguns autores ainda citam o *habeas data* (Lei 9.507/90) e a reclamação constitucional (art. 7º, §1º da Lei 11.417/2016) como exceção à regra de inexigência de esgotamento da via administrativa.

⁶³⁰ MORAES, 2016, p. 159.

⁶³¹ Cf.: DIDIER Jr, Fredie; MOUTA José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPodivm, 2009.

⁶³² MELLO, 2015, p. 974 e ss; DI PIETRO, 2016, p. 921 e ss.

7.2 O princípio da eficiência como parâmetro de controle judicial da Administração Pública

7.2.1 *Amplitude* do controle de eficiência: ato, atividade e gestão

7.2.1.1 O controle de atividade e de ato a partir da eficiência administrativa

A partir da classificação proposta por Medauar, extrai-se que o controle da Administração Pública a partir do princípio da eficiência pode ser um controle de *atividade*, abrangendo um conjunto de atuações, ou mesmo um controle de *ato*, atingindo aspectos isolados do ato administrativo. Batista Júnior leciona no mesmo sentido, lembrando que, apesar de o princípio da eficiência reclamar uma valoração da atividade administrativa como um todo, não há o abandono da possibilidade de avaliação do ato singular⁶³³.

Com efeito, o vício de ineficiência pode manifestar-se tanto no ato administrativo quanto na atividade administrativa de uma forma mais ampla. Essa distinção facilita a visualização dos objetos a que o controle judicial da eficiência administrativa pode voltar-se, além de suas respectivas amplitudes, mas não explicita uma diferença substancial entre eles. A atividade administrativa, como não podia ser diferente, é materializada a partir de diversos atos administrativos, praticados por diversos agentes em diferentes situações. Nas palavras de Medauar, a atividade administrativa apresentar-se-ia como um “conjunto de ações”⁶³⁴.

O controle de atividade acaba sendo, em uma última análise, um controle de ato(s): o que muda é a amplitude objetiva desse controle, que acaba incidindo sobre diversos atos administrativos tomados em conjunto. Não há uma diferença qualitativa entre o controle de atividade e o controle de ato, mas sim uma mera distinção quantitativa.

Para Batista Júnior, o controle de atividade a partir do princípio da eficiência pode apresentar-se nas seguintes modalidades: I — controle global de gestão; II — controle de gestão por objetivos; III — controle de resultados; IV — controle de vícios de ineficiência.

No controle global de gestão, a sindicância recairia sobre todo o complexo de atividades desenvolvidas por determinado ente ou órgão, de modo a verificar os resultados globais obtidos: “trata-se da verificação mais ampla e abrangente do padrão de atuação da Administração Pública com relação a sua missão primeira de atender, da melhor forma

⁶³³ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 355.

⁶³⁴ MEDAUAR, 2014, p. 428.

possível, aos interesses e necessidades da coletividade, enfim, ao bem comum”⁶³⁵. Por sua amplitude e generalidade, só poderia existir por meio de controle eleitoral (voto direto) ou controles sociais não institucionalizados (como passeatas, manifestações, abaixo-assinados etc.).

O controle de gestão por objetivos voltar-se-ia para a verificação das atividades desenvolvidas em razão dos resultados obtidos. Especificar-se-ia por ser um controle de eficiência parametrizado, havendo um contraste objetivo entre as metas estabelecidas e os resultados obtidos. Como exemplo, pode-se citar o caso das metas estabelecidas no plano plurianual (art. 74, I da CRFB) ou até as metas de desempenho fixadas no contrato de gestão para aumento de autonomia (art. 37, §8º da CRFB)

No caso do controle de resultados, ainda dentro da ideia de verificação das atividades desenvolvidas em razão dos resultados obtidos, apenas algumas facetas do princípio da eficiência seriam levadas em conta para efetivação do controle. Assim, pode ser um controle de economicidade, produtividade, celeridade etc. Dentro do controle de resultados especificar-se-ia o controle de vícios de ineficiência, em que se afere a violação a um aspecto específico da ideia de eficiência administrativa.

Observo pontos relevantes na construção do autor. *Data venia*, apresentamos certas considerações que guiam caminho diverso do disposto por Batista Júnior.

7.2.1.2 O controle de gestão da Administração Pública

Como já visto, Medauar distingue o controle da Administração Pública quanto à sua amplitude em controle de atividade e controle de ato. A partir dessa classificação, adicionamos uma terceira espécie ainda mais ampla: o controle de gestão. Seguindo essa linha, o controle de gestão insere-se como espécie mais ampla de controle da Administração Pública, não se subsumindo ao controle de atividade, como defende Batista Júnior⁶³⁶.

O ponto de partida é a distinção entre o controle de gestão e o controle de atividade. No primeiro, o foco do controle é a gestão como um todo coeso. Como o próprio Batista Júnior afirma, questiona-se o “complexo de atividades desenvolvidas pelo ente”, de modo a aferir os resultados de forma global. Na verdade, assim como o controle de atividade abrange um conjunto de atos, o controle de gestão também abrange um conjunto de atividades: *a diferença continua sendo quantitativa e não qualitativa*.

⁶³⁵ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 356.

⁶³⁶ BATISTA JÚNIOR, op. cit.

O que especifica o objeto do controle de eficiência é a amplitude a que este se volta, e não a qualidade do próprio objeto. Se o controle visar a atingir um ato isolado, temos um controle de ato; se objetiva incidir sobre uma atividade (conjunto de atos), há um controle de atividade; se intenta abarcar toda a gestão de determinado ente (conjunto de atividades), configura-se um controle de gestão.

No que toca ao controle de gestão, realmente surge uma questão que acaba impossibilitando seu exercício no âmbito do controle externo. Por conta de sua amplitude, abrangendo toda a gestão de certo ente ou órgão, surge o problema de *legitimidade* para essa forma de controle. A falta de legitimidade acaba impossibilitando o controle jurisdicional e legislativo de gestão, por conta da incidência direta do princípio da separação dos poderes. Aceitar o controle de gestão de um Poder sobre o outro seria estabelecer uma hierarquia entre eles, derogando o conteúdo material do princípio da separação dos poderes e inviabilizando o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)⁶³⁷.

Nada obstante, ainda é possível que se efetive o controle interno (administrativo) de gestão, desde que efetivado por ente hierarquicamente superior e com competência legal para destituição da gestão subordinada. Nas palavras de Meirelles, hierarquia é a “relação de subordinação existente entre vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e gradação da autoridade de cada um”⁶³⁸.

Por exemplo: a partir da relação de hierarquia e da competência constitucionalmente estabelecida (art. 84, I da CRFB), um presidente da República pode realizar um amplo controle de gestão sobre seus ministérios, controlando a atividade desses órgãos a partir dos resultados globais apresentados e podendo chegar até a destituir a gestão desses ministérios. O próprio art. 87, parágrafo único, III da CRFB estabelece expressamente que os ministros de Estado devem apresentar ao presidente da República relatório anual de sua gestão no ministério, confirmando o que se afirma.

Além disso, é certo que o controle de gestão não se cinge ao controle de eficiência. Apesar de a ideia de gestão remeter ao conceito extraído das Ciências da Administração, há diversos conceitos jurídicos que podem incidir na juridicidade da gestão administrativa. Uma gestão pode ser ineficiente, assim como imoral, pessoal, estritamente ilegal etc. O controle de eficiência é apenas uma das facetas do controle da Administração Pública: por consequência, também é uma das modalidades pela qual os controles de gestão, atividade e de ato podem se manifestar.

⁶³⁷ Cf.: SILVA, 2005, p. 110; MORAES, 2016, p. 674.

⁶³⁸ MEIRELLES, 2010, p. 124.

7.2.1.3 O controle de eficiência como um controle de resultados

Outro ponto que merece ser destacado é que todo controle de eficiência será necessariamente um controle de resultados (ou objetivos, fins etc.). Isso ocorre por conta do próprio núcleo econômico dessa norma-princípio: a ideia de eficiência estabelece um mandamento de otimização da relação entre meios e fins. Se há controle de eficiência, há controle de resultados. Mesmo quando o controle de eficiência volta-se para os meios de certa atividade, sempre estará levando em conta os resultados obtidos a partir desses parâmetros, ainda que como variável isolada (ou estática).

Pensemos na faceta da celeridade, por exemplo. Quando certo meio é célere em comparação a outro, pode-se dizer que há otimização dos meios, pois os resultados são atingidos de forma mais rápida. Todavia, percebe-se que essa otimização só configura-se se levarmos em conta os fins que são atingidos com esses mesmos meios: determinado meio só é mais célere se atingir, no mínimo, os mesmos resultados com menor dispêndio da utilidade “tempo”.

No caso da eficiência “parametrizada”, o que ocorre é a previsão expressa dos resultados que devem ser obtidos: a própria legislação ou contrato estabelece as “metas” que devem ser atingidas. Por esses motivos, não há qualquer diferença substancial entre o controle de gestão por objetivos e o controle de resultados propostos por Batista Júnior: a única distinção é que no primeiro os resultados são necessariamente expressos.

Outrossim, em qualquer caso também haverá um vício de ineficiência. A configuração desse vício é pressuposto para incidência do controle de eficiência, em qualquer amplitude ou forma. Se não há vício de ineficiência, não há antijuridicidade passível de controle legal.

Por esses motivos, com a devida vênia, não concordamos com a classificação proposta por Batista Júnior. Primeiro porque as espécies não se incluem no controle de atividade. Segundo porque todo controle de eficiência será necessariamente um controle de resultados, seja de forma direta (controle de fins) ou indireta (controle de meios). Por fim, porque o vício de ineficiência é o elemento nuclear da antijuridicidade que autoriza a realização do controle de eficiência administrativa em quaisquer de suas vertentes, mormente em sede de controle jurisdicional.

7.2.2 Conteúdo do controle: o vício de ineficiência

O controle da Administração Pública pode ser de legalidade (*lato sensu*) ou de mérito. Quanto ao controle de legalidade, é certo que este abrange tanto aspectos de legalidade *stricto sensu* quanto de constitucionalidade. A Administração Pública não submete-se apenas à lei formal, mas a todo o complexo de normas que compõe o direito, inclusive — e principalmente — às regras e princípios constitucionais. Trata-se da ideia de juridicidade, já aceita pela maioria esmagadora da doutrina contemporânea nacional⁶³⁹.

Partindo dessa concepção, Batista Júnior afirma que a partir da consolidação do constitucionalismo moderno, é mais correto que se fale em “controle de juridicidade”, de forma a abranger todo o espectro da legalidade em seu sentido amplo⁶⁴⁰. Até aqui estamos plenamente de acordo com o autor.

Batista Júnior também afirma que a ideia de “ilegalidade” restringe-se aos atentados ao princípio da legalidade *stricto sensu*. Eventuais condutas contrárias aos princípios constitucionais da Administração Pública seriam caracterizadas como vícios de “juridicidade” (“antijuridicidade”), pois, apesar de não ofenderem a legislação estrita e serem praticadas dentro da margem de discricionariedade do administrador público, acabariam maculando outros princípios quejandos do art. 37 da CRFB⁶⁴¹.

Para esse autor, o mérito administrativo seria sindicável judicialmente a partir dos vetores principiológicos da Administração Pública. Apesar de a discricionariedade realmente existir, estaria vinculada à ideia de juridicidade estabelecida pela CRFB: “a discricionariedade não é aquela margem de liberdade de atuação administrativa e, à luz dos princípios reitores da Administração Pública, é controlável”⁶⁴².

Moraes segue na mesma linha ao dividir o controle de juridicidade em controle de legalidade e controle de juridicidade *stricto sensu*. Enquanto o primeiro voltar-se-ia aos aspectos vinculados do ato administrativo, o segundo incidiria sobre os aspectos discricionários, com a juridicidade dos princípios constitucionais influenciando na própria delimitação objetiva desses aspectos de discricção⁶⁴³.

Concordamos com a premissa levantada por ambos os autores no sentido de que a discricionariedade não é uma liberdade absoluta do administrador, estando toda a atividade

⁶³⁹ DI PIETRO, 1991, p. 34.

⁶⁴⁰ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 354.

⁶⁴¹ *Ibidem*, pp. 379-380.

⁶⁴² *Ibidem*, p. 363.

⁶⁴³ MORAES, 2004, pp. 44-46.

administrativa submetida à ideia de juridicidade. Todavia, é necessário que se volte a uma distinção já realizada neste trabalho para que não se incorra em erro de sistematização.

Quando se afirma que a discricionariedade não é uma liberdade absoluta, estamos nos referindo à manifestação da discricionariedade no plano concreto subjetivo (dimensão subjetiva), ou seja, como uma *competência* do administrador público. Esse agente nunca terá uma liberdade absoluta de escolha, estando sempre vinculado aos aspectos de legalidade ampla que incidem na prática de determinado ato. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade⁶⁴⁴.

Todavia, isso não quer dizer que a discricionariedade seja controlável judicialmente em sua essência decisória. Se o fosse, desvirtuar-se-ia a própria concepção de discricionariedade e a configuração do mérito administrativo. A ressalva que existe é que essa análise sempre ocorrerá *in concreto (meritum causae)*, nunca *in abstracto* (questão preliminar).

Quando analisada do ponto de vista concreto objetivo, a discricionariedade manifesta-se em aspectos do ato administrativo: ou determinado aspecto é vinculado ou é discricionário⁶⁴⁵. No caso da incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (conceitos jurídicos indeterminados), geralmente configura-se a vinculação quanto ao aspecto de incidência, mesmo que a discricionariedade possa ocorrer de forma excepcional.

Configurando-se a discricionariedade, o agente público pode valer-se de seus critérios subjetivos para decidir quanto àquele aspecto de discricionariedade, não cabendo ao Judiciário se imiscuir nesse aspecto decisório, sob pena de invasão ao campo típico de atuação do Poder Executivo.

É claro que nunca haverá discricionariedade quanto à consecução da finalidade pública (interesse público) pois, como já afirmamos, trata-se de aspecto que sempre será vinculado. O administrador público deve visar à melhor decisão para atender o interesse público, mesmo quando se valer de critérios subjetivos na materialização de competência discricionária: pensar de forma contrária levaria à ideia de arbitrariedade, incompatível com o próprio Estado de direito.

Como já afirmamos e reafirmamos, o fato de haver autorização legal (expressa ou implícita) para utilização de critérios subjetivos de decisão não elimina o dever de busca pela melhor decisão para atendimento das finalidades legais próximas ou distantes, sob pena de desvio de finalidade do ato administrativo. Até porque, como afirma o próprio Batista Júnior,

⁶⁴⁴ Nesse mesmo sentido: MOREIRA NETO, 2014, p. 441; MEIRELLES, 2010, p. 122.

⁶⁴⁵ ARAÚJO, 2006, p. 123.

“o princípio da eficiência administrativa continua a vincular as opções administrativas, que devem proporcionar o melhor interesse público possível”⁶⁴⁶.

Com efeito, não é correto afirmar que os princípios constitucionais “incidem” sobre o mérito administrativo ou sobre os aspectos discricionários, como se esse campo de discricionariedade se materializasse no antecedente e não na estatuição da norma. O caminho hermenêutico é exatamente o inverso: *a discricionariedade decorre da interpretação das regras e princípios, sejam constitucionais ou legais, apenas materializando-se após todo o processo interpretativo.*

Por esses motivos, não há que se falar em diferença substancial entre o controle de legalidade *stricto sensu* e o controle de juridicidade. Em qualquer dos casos incidirão sobre aspectos vinculados do ato administrativo. O que muda é apenas a amplitude do parâmetro de controle: enquanto o controle de legalidade visa a sanar vícios de legalidade *stricto sensu*, o controle de juridicidade se volta para corrigir vício de legalidade *lato sensu* (ou seja, de juridicidade).

Feita essa distinção e partindo da abrangência do princípio da juridicidade, não há dificuldade em concluir que a violação aos princípios do art. 37 da CRFB insere-se como verdadeiro vício de legalidade *lato sensu* (ou vício de juridicidade), suscitando a possibilidade de controle de legalidade ampla por quaisquer das vias orgânicas de controle: judicial, legislativo ou até administrativo (interno).

Até porque, como lembra Bacellar Filho, se a Constituição normatiza o princípio legalidade ao lado dos princípios da eficiência, impessoalidade, moralidade e publicidade, não há dúvidas que a legalidade não se esgota na regulação jurídica da Administração Pública a partir da legislação formal⁶⁴⁷.

Quanto ao vício de ineficiência em específico, Batista Júnior o divide em duas espécies: I — vício de ineficácia; II — vício de ineficiência *stricto sensu*⁶⁴⁸. Concordamos com a distinção estrutural proposta pelo autor, mas discordamos quanto ao sentido material do vício de ineficácia. Na nossa concepção, a eficácia seria a aptidão de determinado meio para atingir o fim colimado. Trata-se do primeiro degrau de verificação da eficiência, pois se o meio não é eficaz para atingir o fim, sequer chega-se ao estabelecimento da relação entre meios e fins que deve ser otimizada pelo mandamento da eficiência *stricto sensu*.

Como lembra Torres, a eficácia diz respeito à concreção dos objetivos por

⁶⁴⁶ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 384.

⁶⁴⁷ BACELLAR FILHO, 1998, p. 160.

⁶⁴⁸ BATISTA JÚNIOR, op. cit, p. 385.

determinada ação estatal, não sendo levado em conta o dispêndio de recursos para tanto. Se o fim foi atingido, mesmo que de forma mais onerosa ou menos célere, o meio é eficaz para consecução daquela finalidade estabelecida. A eficiência, por outro lado, exige a maximização dos resultados com o menor gasto de utilidade possível (otimização da relação entre meios e fins): um meio pode ser eficaz, mas ineficiente⁶⁴⁹.

Assim, o primeiro passo é a análise da eficácia. Havendo o juízo de adequação entre o meio escolhido e os fins legalmente determinados, passa-se para a análise da eficiência *stricto sensu*, que determina a otimização da relação entre meios e fins a partir de suas diversas facetas, jurídicas ou econômicas.

O ponto central desse tópico é definir que a existência do vício de ineficiência *lato sensu* é pressuposto para a incidência do controle de eficiência. Por se tratar de um vício de juridicidade (legalidade ampla), é nítido que esse controle insere-se dentro da espécie de controle de legalidade, nunca de mérito.

Em sede de controle jurisdicional, como já foi extensamente debatido, o controle de eficiência apenas incidirá na hipótese de configuração dessa espécie de vício na zona de certeza conceitual da ideia de eficiência, em homenagem aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

7.2.3 Dimensões do controle de eficiência

O controle judicial da eficiência administrativa, como o próprio nome indica, insere-se como uma hipótese concreta do controle jurisdicional da Administração Pública. Marques Neto apresenta interessante construção sobre a “tripla dimensão” do controle da Administração Pública: essas dimensões ajudam a visualizar a incidência concreta das formas de controle, inclusive do controle jurisdicional a partir do princípio da eficiência. Com efeito, Marques Neto afirma que o controle pode ser voltado ao poder, aos meios e aos objetivos⁶⁵⁰.

Para o autor, o controle voltado ao poder relaciona-se à ideia de Estado de direito e com o próprio surgimento do Direito Administrativo, visando a garantir os direitos e liberdades do indivíduo frente os arbítrios estatais. De outro lado, o controle direcionado aos *meios* volta-se à racionalização da atividade administrativa, orientando-se pela ideia de otimização da gestão do patrimônio público. Por fim, o controle dos objetivos (ou resultados) busca assegurar a estabilidade e permanência na consecução das políticas públicas, orientando

⁶⁴⁹ TORRES, 2004, p. 175.

⁶⁵⁰ MARQUES NETO, 2010, p. 5.

o agir administrativo na direção de suprir a demanda dos administrados “de modo a obrigar que a organização administrativa homenageie sempre o bom exercício da função pública que toda prestação estatal deve perseguir no interesse geral do cidadão”⁶⁵¹.

Essas dimensões podem ser facilmente visualizadas no controle judicial a partir do princípio da eficiência. Pela própria natureza material da ideia de eficiência, esse controle é voltado tanto para os meios da atividade administrativa quanto para os seus fins: em verdade, o princípio da eficiência estabelece um mandamento de otimização da relação entre meios e fins da atividade administrativa⁶⁵². Ainda segundo Batista Júnior: “o controle da eficiência não se resolve em um juízo de legalidade, mas reclama a verificação da congruência da atuação administrativa, em sua ação, articulação e instrumentalização, com os fins preestabelecidos”⁶⁵³.

Ademais, também é direito subjetivo público de qualquer cidadão ter uma Administração Pública eficiente que seja instrumentalizada a suprir as necessidades dos administrados, até porque o “poder” concedido aos órgãos administrativos está completamente direcionado à satisfação da finalidade pública.

7.2.4 As características condicionantes do controle da eficiência administrativa

Neste ponto buscamos destacar as características do princípio da eficiência que acabam influenciando diretamente na própria maneira de realização do controle judicial (e também nas demais espécies de controle) a partir dessa norma-princípio, condicionando e limitando a forma em que a análise de eficiência é realizada.

Quanto à forma de efetivação dessa espécie de controle, sustentamos que a análise de eficiência deve ser sempre relativa. O princípio da eficiência estabelece um mandamento de otimização da relação entre meios e fins: objetiva-se a satisfação das finalidades legais da melhor forma possível (otimização dos fins) com o maior acerto quanto ao uso dos meios disponíveis (seja quanto à economicidade, celeridade, continuidade etc.).

Se há um mandamento de otimização, parte-se do pressuposto que sempre haverá um *status quo*: esse é o parâmetro usual de comparação relativa para a análise de eficiência, pois usualmente realiza-se um estudo prospectivo do ganho de utilidade, investigando qual será o incremento de eficiência a partir da situação em que se encontra. Nohara também destaca esse

⁶⁵¹ *Ibidem*.

⁶⁵² BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 93.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 354.

caráter relativo da eficiência, considerando-a como um conceito operacional, de nítido valor “relacional”⁶⁵⁴.

Determinado meio só é melhor para atingir determinado fim (ou mais eficiente) se posto em comparação com um ou mais parâmetros. Ainda nesse sentido: “a propósito, a eficiência se traduz em um conceito relativo, em função de variáveis tais como, em especial, os fins específicos a se atingir, que, conforme sejam postos, condicionam de uma forma ou de outra o padrão daquilo que é eficiente ou ineficiente”⁶⁵⁵.

Como já afirmamos, a eficiência nunca será analisada *in absoluto*, ou seja, desvinculada de qualquer parâmetro comparativo. Algo só pode ser eficiente frente a outro parâmetro de comparação, mesmo que esse parâmetro esteja implícito.

Ademais, também se observa a mutabilidade do conceito de eficiência, assim como ocorre com qualquer conceito jurídico indeterminado⁶⁵⁶. A ideia de eficiência altera-se conforme as variações de espaço e tempo: o que é eficiente hoje pode não ser amanhã, assim como o que é eficiente nesta local pode não ser em outra região.

Por esses motivos, a análise de eficiência — principalmente em sede de controle jurisdicional — deve ocorrer sempre de acordo com as peculiaridades de espaço e tempo em que a atividade administrativa ocorre: não há como exigir um parâmetro de eficiência da Administração Pública brasileira que não coaduna com a realidade social e histórica de nosso aparelho estatal. Em sentido análogo⁶⁵⁷:

Em primeiro lugar, o grau de eficiência exigido varia, naturalmente, de acordo com a atividade pública analisada; da mesma forma, sofre alterações ao longo do tempo, em função do contexto político, dos recursos tecnológicos disponíveis, das aspirações sociais, etc. (...)

A determinação dos parâmetros de eficiência, por outro lado, varia em relação ao tempo. O que pudesse ter por eficiente para uma administração dos anos 700, com certeza, não o será nos dias de hoje. Da mesma forma, os parâmetros de eficiência dependem de tecnologia, do estágio de desenvolvimento do país, dos recursos disponíveis, etc., e por fim, dependem das condições de fato existentes, como da ideologia operante.

É claro que podemos nos nortear por algum modelo ideal, tal como um objetivo a ser alcançado (“função de programa”⁶⁵⁸ ou “dimensão diretiva”⁶⁵⁹ das normas-princípios). Todavia, a evolução sempre será gradual, por etapas, e de acordo com as limitações

⁶⁵⁴ NOHARA, 2012, p. 193.

⁶⁵⁵ BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 173.

⁶⁵⁶ DI PIETRO, 1991, p. 97.

⁶⁵⁷ BATISTA JÚNIOR, op. cit., p. 173-174.

⁶⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 201;

⁶⁵⁹ BOBBIO, 1957, pp. 895-896.

circunstanciais que ocorrem caso a caso.

Assim, podemos extrair duas características do conceito de eficiência: a) relatividade; b) mutabilidade. Enquanto a primeira é específica e derivada do núcleo econômico desse princípio, a segunda se mostra como característica genérica de todo conceito jurídico de valor e decorre da própria indeterminação e fluidez desses conceitos. Por conseguinte, todas acabam condicionando e limitando o controle judicial da eficiência administrativa, que sempre ocorrerá a partir desses dois prismas.

7.2.5 Espécies de análise de eficiência: ganho de eficiência (estática) e eficiência *stricto sensu* (global)

Partindo das ideias de relatividade e mutabilidade, chega-se à conclusão que a análise de eficiência de certo ato ou atividade pode apresentar-se sob duas perspectivas: I — análise do ganho de eficiência (hermética ou estática); II — análise da eficiência *stricto sensu* (global).

Quando se busca a verificação da eficiência estática de certo ato ou atividade, a análise é estritamente contrastante: compara-se “a” com “b”, investigando se houve uma otimização da relação entre meios e fins frente a um parâmetro unitário e previamente determinado. Ocorrendo essa otimização, configura-se o ganho de eficiência. Trata-se de uma característica estática, que só existe dentro de uma comparação hermética.

Nessa análise de ganho de eficiência salta a característica da objetividade: a eficiência materializa-se em um cenário estritamente determinado e controlado. A objetividade não exclui a possibilidade de dúvida quanto à extração dos efeitos desse conceito, pois certas comparações podem se situar dentro do *halo* conceitual, seja de forma relativa (assimetria de informações e limitações cognitivas) ou mesmo de forma absoluta (escolhas trágicas, em que não há uma solução ótima). Nesses casos, não será possível ao intérprete avaliar qual é a opção mais eficiente. Nada obstante, sendo possível extrair o sentido unívoco do conceito frente à aplicação concreta, a eficiência fixa-se de forma meramente comparativa.

O mesmo não pode ser dito quanto à análise da eficiência *stricto sensu* (global ou dinâmica). Nesse caso, busca-se analisar se certo ato é eficiente frente a um número indeterminado de parâmetros de comparação, atestando sua eficiência de forma global. A análise continua sendo relativa, pois a eficiência ainda é aferida frente a variáveis relacionais, mesmo que de forma implícita: nada obstante, o mero ganho de eficiência frente a um único parâmetro não basta para caracterizar certo ato como eficiente ou ineficiente. A *eficiência*

deve ser global, atingindo os fins legais de forma satisfatória, dentro do contexto em que a atividade ou ato se inserem.

Ainda verifica-se a otimização da relação entre meios e fins, comando nuclear da ideia de eficiência. Porém, na análise global, esta não se cinge à mera verificação da otimização: também investiga-se o grau de otimização que foi efetivado. Não basta que haja a otimização frente a um parâmetro de comparação: essa tem de ser razoável, cumprindo os fins colimados de forma ótima, sempre de acordo com as condições de espaço e tempo em que o ato ou a atividade desenvolvem-se e em comparação com o maior número de parâmetros possíveis. Já exemplificamos essa distinção na análise do conteúdo jurídico da eficiência administrativa.

Como explanamos, a análise da eficiência *stricto sensu* insere-se como um degrau a mais frente a análise de proporcionalidade. Apesar de não se confundirem, há uma relação intrínseca entre as duas ideias, principalmente a partir de um viés estrutural e consequencialista⁶⁶⁰. É claro que, muitas vezes, pode não ficar clara para o órgão julgador qual opção é a mais eficiente, ou, ainda, se há ou não ineficiência *stricto sensu* em determinado ato ou atividade impugnado. Porém, trata-se de um problema de *prova*, e não de juridicidade. Se for demonstrado nitidamente que o vício de ineficiência configurou-se, cabe ao Judiciário tomar as medidas cabíveis para restaurar a legalidade, impondo ao administrador público o dever de eficiência.

O que cumpre destacar neste ponto é que não basta que o meio seja adequado, necessário e proporcional em sentido estrito: ainda é necessário que seja estritamente eficiente. Quanto à definição do grau de otimização necessário à delimitação positiva da eficiência global, aqui incide a lógica da razoabilidade⁶⁶¹.

Gabardo segue raciocínio semelhante, destacando o princípio da razoabilidade como uma condicionante da eficiência administrativa. Para o autor, a própria decisão sobre qual ato é mais eficiente pode comportar mais de uma interpretação razoável: “neste caso, não se está fazendo referência ao ‘princípio da razoabilidade’, mas sim averiguando logicamente a possibilidade de suas respostas igualmente admissíveis no tocante à eficiência (...)”⁶⁶².

Nesse sentido, é certo que o princípio da eficiência ultrapassa a valoração de razoabilidade, havendo o dever de eficiência na atividade administrativa: não basta que a conduta seja meramente razoável. Nada obstante, essa distinção entre os dois princípios não

⁶⁶⁰ Cf. ÁVILA, 2003, p. 19 e ss.

⁶⁶¹ Cf.: SICHES, 1997, p. 254 e ss; ÁVILA, 2015, p. 163 e ss; CARVALHO FILHO, 2014, p. 31; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 113.

⁶⁶² GABARDO, 2002, p. 135.

afasta a incidência da *lógica do razoável* na interpretação do próprio princípio da eficiência. É o que defendemos, assim como Gabardo.

Se o ato ou a atividade situar-se na zona de certeza positiva do conceito de eficiência, otimizando a relação entre meios e fins de forma satisfatória à luz das circunstâncias fáticas (condições de tempo e espaço e parâmetros comparativos existentes), há eficiência *stricto sensu*. Não é razoável que se exija do administrador público a perfeição, ou mesmo o ato “mais eficiente” possível. Discordamos, portanto, da tese defendida por Harger, que sustenta o dever de eficiência a consecução da “melhor solução” para atender as finalidades públicas⁶⁶³.

Como já explanamos, essa “melhor solução” não passa de uma autoilusão contraditória: sempre existirão “n” soluções ótimas para atender o interesse público, que variarão conforme as concepções pessoais de cada intérprete. No caso da eficiência, soma-se a esse relativismo axiológico as próprias características matemáticas de um intervalo de otimização, que tende ao infinito.

Ademais, seguindo as lições de Siches, a lógica do razoável estabelece o dever de se levar em conta a realidade social concreta e as circunstâncias histórico-particulares, sendo orientada pelas lições extraídas da experiência da vida⁶⁶⁴. Esse raciocínio deve ser aplicado ao princípio da eficiência como uma verdadeira condicionante.

Em conclusão: *nunca haverá um ato mais eficiente. O intervalo de otimização tende ao infinito, não havendo limites definidos para a ideia de eficiência. O dever de eficiência é um comando, não um fim em si mesmo. A otimização da relação entre meios e fins apresenta-se como um dever contínuo do administrador público, e não um objetivo a ser atingido.*

7.2.6 Controle de eficiência realizado *in abstracto* e *in concreto*

Ademais, a necessidade de análise relativa não se confunde com os planos de análise da significação da norma (abstrato e concreto). Outrossim, não se pode embaralhar a discussão acerca da análise abstrata e concreta de discricionariedade com os mesmos planos de significação na análise da eficiência propriamente dita.

Uma coisa é a análise *in abstracto* da discricionariedade administrativa. Se decorrente de conceitos jurídicos indeterminados, é necessário que se realize todo o processo hermenêutico para que se verifique se há ou não discricionariedade a partir das circunstâncias

⁶⁶³ HARGER, 1999, p. 159.

⁶⁶⁴ SICHES, op. cit., p. 258-259.

concretas. Se há discricionariedade típica, esta existe *prima facie* já na dimensão normativa, mas necessita de um sujeito competente e de um ato concretizador para que se materialize no mundo fático (dimensão concreta subjetiva e objetiva). E isso ocorre pela própria característica da discricionariedade: mesmo que encontre seu fundamento ou mesmo sua existência *prima facie* na norma legal, ainda depende de um sujeito competente e de um ato concretizador para que seja efetivamente materializada no mundo dos fatos, seja na forma de uma competência ou mesmo como um aspecto de certo ato administrativo.

Pelo exposto, a discricionariedade é uma liberdade *relativa* que autoriza a utilização de critérios subjetivos na atividade administrativa. O que queremos destacar é: no caso da discricionariedade típica, a análise abstrata ocorre apenas para verificar que grau de liberdade que o administrador público terá para a prática de certo ato administrativo; na atípica, esse grau de liberdade só pode ser verificado *in concreto*.

Dito isso, não se pode confundir o raciocínio empregado para análise da discricionariedade com o necessário para verificação da eficiência de certo ato, mesmo que aquela possa decorrer da interpretação desse conceito.

É claro que é preferível que a análise de eficiência ocorra a partir de atos concretos, pois o parâmetro relativo de comparação e os efeitos esperados daquele ato mostram-se mais nítidos, facilitando a aferição relativa da eficiência. Nada obstante, esse fato não obsta a análise *in abstracto* da eficiência, desde que continue sendo relativa a algum parâmetro de comparação.

Em outras palavras: a possibilidade de extração das zonas de certeza (núcleo conceitual) do conceito de eficiência é muito maior na análise concreta do que na análise abstrata, mesmo que, todavia, isso não exclua a possibilidade de configuração da eficiência (zona de certeza positiva) ou mesmo do vício de ineficiência (zona de certeza negativa) a partir da interpretação *prima facie* de certo ato normativo geral e abstrato (seja administrativo ou até mesmo legislativo).

Voltemos ao exemplo do controle de ponto dos servidores públicos. Imaginem que algum ato normativo estabeleça que todos os servidores públicos de certo órgão administrativo voltem a submeter-se ao controle de ponto manual, abandonando o já implantado controle de ponto eletrônico (biométrico) naquela repartição. Não há qualquer falta de proporcionalidade ou razoabilidade na utilização do controle de ponto manual (meio) para o controle da jornada desses servidores: apesar de todas as falhas, trata-se de meio adequado, necessário (menor restrição aos direitos fundamentais) e proporcional em sentido estrito (mais vantagens do que a ausência de controle) para o fim estabelecido.

Porém, é certo que incorre em vício de ineficiência (e reflexamente de legalidade), pois não se trata do meio mais eficiente, se tomado em comparação com o controle biométrico de frequência. Não há dúvidas que este atinge o fim com maior intensidade por conta de sua maior precisão e por obstar de forma quase absoluta as fraudes, possuindo, ainda, um ínfimo custo de energia e manutenção se comparado à carga horária paga a todos os servidores que compõem o quadro daquele ente orgânico (até porque a estrutura já estava montada). Sinteticamente: a norma não precisa ser efetivamente concretizada para que seja possível aferir que se encontra na zona negativa do conceito jurídico indeterminado de eficiência.

Esse exemplo também explicita a impossibilidade de análise da eficiência *in absoluto*, havendo sempre um ou mais parâmetros comparativos (mesmo que implícitos) para que se determine a eficiência de determinado ato ou atividade. Aliás, uma coisa não se confunde com a outra: a análise de eficiência sempre será *relativa*, ou seja, a partir de pelo menos um parâmetro de comparação exposto ou implícito. Essa análise relativa, obviamente, pode ocorrer tanto no plano *prima facie* de significação da norma (dimensão normativa-abstrata) quanto no plano conclusivo de análise concreta das normas (dimensão concreta ou nível *all things considered* de significação)⁶⁶⁵.

7.2.7 Controle de constitucionalidade da eficiência administrativa: viabilidade

Partindo desse pressuposto, admite-se, pelo menos em tese, a viabilidade de efetivação de controle de constitucionalidade a partir da eficiência administrativa, independentemente da forma que aquele se apresente. Seguindo essa linha, Rocha aponta que os princípios constitucionais vêm sendo utilizados pelo STF como fundamento para embasar determinada arguição de inconstitucionalidade, de modo que esse tribunal “vem acatando a autonomia e suficiência dos princípios constitucionais como fundamento de arguição de inconstitucionalidade, havendo votos de eminentes ministros daquela casa que se embasam e se fundamentam exclusivamente nos mesmos”⁶⁶⁶.

Como lembra Mendes, o ordenamento jurídico brasileiro acabou adotando um modelo híbrido ou misto de controle, agregando características tanto do modelo austríaco ou europeu (no qual o controle de constitucionalidade é concentrado em um órgão jurisdicional superior ou uma Corte Constitucional) quanto do sistema americano (no qual prevalece o sistema difuso, com qualquer órgão jurisdicional tendo competência para realizar o controle de

⁶⁶⁵ Seguindo a distinção abstrata proposta por Ávila: Cf. ÁVILA, 2015, p. 89.

⁶⁶⁶ ROCHA, 1994, p. 58.

constitucionalidade, desde que de forma incidental)⁶⁶⁷.

No sistema misto de controle de constitucionalidade, geralmente defere-se aos órgãos ordinários do Judiciário a competência para afastar determinada norma legal nas ações judiciais desde que de forma incidental e concreta: ou seja, com a inconstitucionalidade da lei situando-se na causa de pedir e não no pedido em si. Esse aspecto é uma característica inerente ao modelo estadunidense⁶⁶⁸.

Por outro lado, ainda que se admita essa competência difusa, no sistema híbrido também há a concentração da competência constitucional no órgão jurisdicional superior (corte constitucional). Todavia, essa competência restringe-se às ações de perfil abstrato, em que se analisa a inconstitucionalidade da norma legal em tese, situando-se no próprio pedido da ação constitucional.

Prosseguindo, a doutrina geralmente divide as modalidades de controle de constitucionalidade quanto: I — à *natureza* do órgão de controle; II — ao *momento* de exercício do controle; III — ao órgão judicial que exerce o controle; IV — à *forma ou modo* de controle judicial. O controle de constitucionalidade pode ser diferenciado quanto à sua natureza em político (exercido por órgãos de natureza política tanto do Executivo quanto do Legislativo, sempre estranhos à estrutura jurisdicional) ou judicial (exercido por órgãos do Poder Judiciário)⁶⁶⁹.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é essencialmente judicial, mesmo que em alguns casos haja a incidência do controle político, como no veto de uma lei (Poder Executivo) ou na rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça por conta de sua inconstitucionalidade (Poder Legislativo).

Quanto ao momento, pode ser preventivo ou repressivo, de acordo com a ocorrência temporal do controle frente à edição do ato legislativo. No que toca ao órgão judicial que exerce o controle, pode ser concentrado (competência concentrada em um único órgão jurisdicional — modelo austríaco) ou difuso (competência difusa em vários órgãos jurisdicionais — modelo americano).

Por fim, quanto à forma ou modo de controle, pode ser incidental (“concreto” ou pela “via incidental”) e abstrato (“principal” ou “direto”). O controle incidental ou concreto é decorrência direta do modelo concentrado austríaco, materializando-se quando o “pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário

⁶⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 1057-1058.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p. 1058.

⁶⁶⁹ BARROSO, 2011, pp. 63-64.

lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido”, com a questão constitucional se configurando como uma “questão prejudicial que precisa ser decidida para a resolução do litígio”⁶⁷⁰.

Já no controle pela via principal — que deriva do sistema americano —, a ação ocorre por meio de um processo objetivo, em que apenas se discute a inconstitucionalidade da norma de forma *abstracta*. Nessa modalidade, como lembra Barroso, não há nem lide propriamente dita nem partes no sentido técnico dessa acepção.

O controle de constitucionalidade deriva diretamente o princípio da supremacia da Constituição: esta se mostra como fundamento de toda ordem jurídica. Para Silva, a ideia de supremacia estabelece a obrigação de que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição⁶⁷¹. Ademais, como lembra Moraes, a ideia de controle de constitucionalidade também se liga aos conceitos de rigidez constitucional e proteção aos direitos e garantias fundamentais⁶⁷².

Se determinado ato legislativo é contrário à Constituição, este será inválido: essa falta de validade tem como consequência a configuração de sua nulidade *pleno iure*. Barroso aponta que a lógica desse raciocínio é irrefutável: “Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia”⁶⁷³.

A tese da nulidade da norma constitucional deriva do modelo americano de controle de constitucionalidade, tendo prevalecido na grande maioria dos países que adotaram o modelo judicial de controle, como o Brasil. Corolário dessa teoria é a ideia de que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório e não constitutivo, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente e produzindo efeitos retroativos (*ex tunc*).

Em regra, não se admite que uma norma inconstitucional produza efeitos válidos. Nada obstante, para atenuar a rigidez excessiva da teoria da nulidade, desenvolveu-se o mecanismo da modulação de efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de certa lei (no Brasil há previsão expressa na Lei 9.868/1999), surgindo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com a previsão de efeitos não retroativos ou até prospectivos.

Deveras, o princípio da eficiência, como norma constitucional expressa (art. 37 da CRFB), acaba assumindo força normativa direta sobre os atos jurídicos infraconstitucionais. A partir dessas breves considerações, podemos extrair a seguinte conclusão: eventual ato legislativo que viole o princípio da eficiência é inválido (nulo de pleno direito) por apresentar

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 71.

⁶⁷¹ SILVA, 2005, p. 46.

⁶⁷² MORAES, 2016, p. 1118.

⁶⁷³ BARROSO, op. cit., pp. 37-38.

vício de juridicidade (ineficiência), sendo passível de controle de constitucionalidade seja de forma incidental ou até mesmo na via principal (abstrato).

Essa possibilidade geralmente decorre da eficácia negativa das normas-princípios⁶⁷⁴, que determina a “paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão”, podendo dela resultar “a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta — com sua retirada do sistema —, seja em controle incidental de constitucionalidade, com sua não incidência no caso concreto”⁶⁷⁵.

Interessante notar que a declaração de inconstitucionalidade de certa norma jurídica por violação a princípios constitucionais sempre resultará da eficácia negativa dessas normas, seja no controle incidental ou mesmo no abstrato. A eficácia positiva (ou direta/simétrica) também pode materializar-se em sede de controle de constitucionalidade em quaisquer de suas vias, mas nesse caso há algumas peculiaridades.

Vejamos. Na eficácia direta, o princípio “incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida”⁶⁷⁶. Nesse caso, não há norma em abstrato para ser contrastada com o paradigma constitucional. O que ocorre é a existência de uma situação concreta que, *a priori*, não viola qualquer norma expressamente. Nada obstante, quando se verifica a juridicidade dessa situação à luz dos princípios constitucionais — *in casu* o princípio da eficiência —, observa-se a configuração de um vício de inconstitucionalidade por não adequação à proposição jurídica contrastante.

O princípio constitucional faz nascer uma imposição concreta à situação subjacente, à semelhança de uma regra legal, mesmo que esta não esteja expressa. Cria-se uma verdadeira regra concreta, que guarda seu fundamento de validade no próprio núcleo do princípio constitucional. Interessante notar que a eficácia positiva acaba gerando, em última análise, uma espécie de eficácia negativa “indireta”, pois o caso fático passa a ser incompatível com a regra que surge do núcleo normativo principiológico.

Outrossim, para ilustrar o que se expõe, cito novamente a regra de vedação ao nepotismo (súmula vinculante n.º 13), extraída pelo STF do núcleo do princípio da moralidade: eventual ato jurídico ou até norma que contrarie essa regra positiva será inconstitucional. A eficácia positiva surge inicialmente para possibilitar a criação dessa regra extraída diretamente do núcleo principiológico. Como consequência da materialização dessa

⁶⁷⁴ BARCELLOS, 2011, p. 111.

⁶⁷⁵ BARROSO, 2011, p. 344.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, p. 342.

regra direta, surge uma espécie de eficácia negativa indireta que impossibilita a validade de qualquer norma ou ato jurídico que contrarie a disposição concretamente concebida.

Dessa forma, havendo um ato administrativo de nomeação em cargo em comissão de, por exemplo, cônjuge da autoridade nomeante, haverá contrariedade frontal à regra criada a partir da eficácia positiva dos princípios jurídicos (súmula vinculante n.º 13)⁶⁷⁷. Porém, indiretamente, também há mácula ao próprio princípio jurídico que deu azo à criação dessa regra positiva (princípio da moralidade, art. 37 da CRFB).

A partir dessas características, constata-se que eficácia positiva ou simétrica pode incidir para declarar certo ato jurídico inconstitucional, mas essa inconstitucionalidade sempre acabará decorrendo do contraste entre a regra direta criada e a situação concreta a partir da incidência da eficácia negativa indireta. Em síntese: a inconstitucionalidade sempre deriva da contrariedade ao princípio constitucional, materializando-se, mesmo que em última análise, a partir da ideia da eficácia negativa dessas normas-princípios.

Referendando a viabilidade jurídica do controle de constitucionalidade a partir do princípio da eficiência, já é possível encontrar precedentes no Supremo Tribunal Federal — órgão jurisdicional responsável pelo controle concentrado⁶⁷⁸ — em que esse pretório utiliza o princípio da eficiência como paradigma decisório em sede de controle de constitucionalidade, seja para fundamentar a procedência ou mesmo a improcedência da questão constitucional (tanto em controle concentrado quanto incidental).

No que toca ao controle incidental, o STF vem exigindo a violação direta dos princípios do art. 37 da CRFB para cabimento de Recurso Extraordinário: segundo esse Tribunal, em sede de Recurso Extraordinário, a configuração da violação aos princípios da Administração Pública não pode depender do reexame prévio de normas infraconstitucionais⁶⁷⁹.

Silva, em extensa pesquisa sobre a aplicação do dever de eficiência administrativa na jurisprudência do STF, elencou sistematicamente todos os acórdãos em que já houve a menção ao princípio da eficiência, em quaisquer de suas facetas⁶⁸⁰. Fazemos referência ao excelente gráfico formulado pelo autor⁶⁸¹, que dá um panorama sobre a evolução desse

⁶⁷⁷ Salvo no caso de cargos políticos, cf.: STF, Recurso Extraordinário n.º 579-951/RN.

⁶⁷⁸ Os Tribunais de Justiça dos Estados também realizam controle concentrado de constitucionalidade, mas apenas a partir do paradigma referente às Constituições Estaduais.

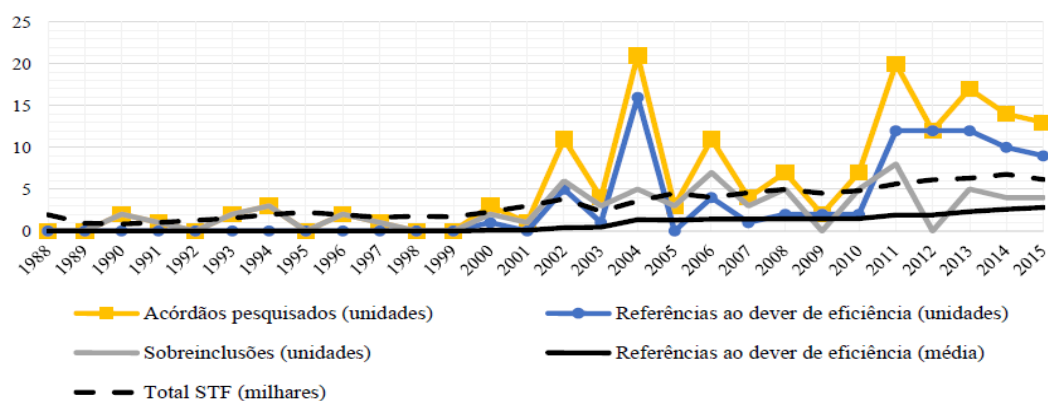
⁶⁷⁹ Cf. ARE 728.143-Agr e AI 565.223-Agr.

⁶⁸⁰ SILVA, 2016.

⁶⁸¹ Observações: a linha amarela diz respeito a qualquer menção do vocábulo “eficiência”, enquanto a linha azul simboliza as menções relevantes, inserindo o dever de eficiência como uma obrigação jurídica.

princípio nos acórdãos do Tribunal⁶⁸²:

Gráfico 4
Evolução temporal da base de dados



O autor ainda destaca que, dentre os acórdãos que fornecem dados úteis sobre o dever de eficiência (68 acórdãos), 80% são de autoria do Pleno do Tribunal e 85% dos votos proferidos foram vencedores, o que, na sua opinião, acaba conferindo representatividade ao entendimento institucional do STF sobre eficiência⁶⁸³.

Nada obstante, examinando esses acórdãos, não encontramos sequer um julgado que dissecasse o princípio da eficiência ou fizesse análise mais profunda acerca do estabelecimento concreto da relação de causalidade entre o meio em análise e as finalidades públicas visadas. Na verdade, observamos exatamente o extremo oposto. Na imensa maioria dos acórdãos, o STF limita-se a mencionar o princípio da eficiência como argumento acessório, sem enveredar na demonstração da configuração do vício de ineficiência.

Ademais, mesmo nos julgados em que a ideia de eficiência surge como fundamento jurídico relevante, identificamos que há grande volatilidade quanto à definição do conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa: como não podia ser diferente, a dúvida que paira na doutrina reverberou nos tribunais. Com a ausência de definição acerca dos elementos nucleares desse princípio, a extração dos efeitos esperados torna-se atividade nebulosa: não se sabe exatamente quais os “efeitos” que determinada norma pretende produzir, o que prejudica a previsibilidade do ordenamento jurídico e gera grave insegurança jurídica.

Em sentido análogo, após analisar sistematicamente todos os julgados do STF que citam o dever de eficiência, Silva também afirma que não há um posicionamento claro em relação à composição significativa do dever constitucional de eficiência, havendo a atribuição

⁶⁸² *Ibidem*, p. 32.

⁶⁸³ SILVA, 2016, p. 37.

de uma polissemia de significados à essa ideia na jurisprudência desse tribunal⁶⁸⁴. Ainda segundo esse autor⁶⁸⁵:

Além disso, **verificou-se a ocorrência de grande quantidade de sentidos, sendo que alguns deles sequer se repetem em mais de uma decisão.** Essa polissemia indica que o STF pode não ter um posicionamento claro, senão em relação à concepção do dever constitucional de eficiência como um todo, pelo menos em relação a aspectos do conceito, a implicar a necessidade de elaboração pelo tribunal, casuisticamente, de critérios usados para considerar que determinada conduta ou medida cumpre ou viola esse dever constitucional.

A ausência de um posicionamento claro também pode ser evidenciada por aparentes divergências entre os ministros não apenas com relação à solução concreta de um caso, mas com relação à definição, em um mesmo caso, do sentido do dever de eficiência (grifo nosso).

Apenas a título exemplificativo, optamos por destacar os seguintes precedentes: ADC 12/DF, ADI 3.386/DF, ADI 3.059/RS, ADO 24/DF.

No primeiro caso, o princípio da eficiência foi um dos argumentos acessórios para declarar a constitucionalidade da Resolução n.º 07/2005 do CNJ, que tratou da questão do nepotismo no Judiciário⁶⁸⁶. Como já vimos, trata-se do caso clássico na jurisprudência nacional de extração da eficácia positiva das normas-princípios. O que salta aos olhos nesse julgado é a menção ao princípio da eficiência como um dos fundamentos normativos da norma concretamente extraída.

Não conseguimos observar essa violação generalizada do princípio da eficiência nos

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁸⁵ SILVA, 2016, p. 109.

⁶⁸⁶ AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO N.º 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução n.º 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. **As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade** 2. Im procedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução n.º 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça (grifo nosso).

(STF, Ação Direta de Constitucionalidade n.º 12/DF)

casos de nepotismo, principalmente para extração de uma regra positiva. As nomeações de parentes próximos para ocuparem cargos em comissão podem (ou não) violar a ideia de eficiência: essa violação só poderá ser analisada *in concreto*, de acordo com as circunstâncias de cada nomeação. É possível que certo cônjuge (ou outro parente) seja extremamente qualificado, o que, unido à relação de confiança estabelecida com o agente nomeante, poderia cumprir de forma ótima as finalidades públicas da nomeação ao cargo em comissão. Não há como estabelecer essa “presunção” de ineficiência, muito menos a partir da extração de regra geral e abstrata do núcleo duro desse princípio jurídico.

A extração dessa regra pelo STF mais parece uma resposta emocional às demandas da sociedade do que uma aplicação técnica das modalidades de eficácia jurídica das normas-princípios.

Seguindo, na ADI 3.386/DF, o STF também utilizou a ideia de eficiência para julgar a constitucionalidade da contratação de profissionais do IBGE para realização do recenseamento e outras pesquisas de natureza estatística na forma do art. 37, IX, da CRFB (contratação temporária para atender necessidade de excepcional interesse público). Analisando os votos que guiaram o julgamento da questão, apesar de a ideia de eficiência realmente surgir como possível fundamento para embasar a juridicidade dessas contratações, também não observamos uma análise mais profunda acerca da extração dos efeitos desse princípio.

Ademais, mesmo que não esteja presente no voto paradigmático, o princípio da eficiência também surge na discussão que envolveu o julgamento da ADI 1.842/RJ (informativo n.º 343 do STF). O voto do relator (ministro Maurício Correa) apontava que a conjugação de municípios em determinada região metropolitana privilegiaria o princípio da eficiência, uma vez que acabava facilitando a instrumentalização e concretização dos interesses comuns dos entes federativos⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ Iniciado o julgamento de ação direta ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT contra dispositivos da LC 87/97, do Estado do Rio de Janeiro — que “dispõe sobre a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, e sobre a Microrregião dos Lagos, define as funções públicas e serviços de interesse comum e dá outras providências” -, e os artigos 8º a 21 da Lei 2.869/1997, do mesmo Estado, que dispõe sobre o regime de prestação do serviço público de transporte ferroviário e metroviário de passageiros, e sobre o serviço público de saneamento básico no mencionado Estado, e dá outras providências. Alega-se, na espécie, que as citadas normas teriam usurpado, em favor do Estado e em detrimento dos municípios que integram a chamada Região Metropolitana do Rio de Janeiro, funções e serviços públicos de competência municipal, ofendendo o princípio democrático e do equilíbrio federativo; a autonomia municipal; o princípio da não intervenção dos Estados nos respectivos municípios; as competências municipais, além das competências comuns da União, do Estados e dos municípios. O Min. Maurício Corrêa, relator, preliminarmente, julgou prejudicado o pedido quanto ao Decreto 24.631/98 - impugnado, especificamente, na ADI 1906/DF, cujo julgamento se dá, à vista da identidade e conexão de objeto, conjuntamente com o da presente ação direta - em face de sua revogação superveniente pelo Decreto 24.804/98. Em seguida, o Min. Maurício Corrêa julgou

Mais uma vez, não fica claro como a norma principiológica relaciona-se com a questão, mais parecendo um mero argumento genericamente utilizado para reforçar a opinião do julgador. A conjugação de municípios em determinada região metropolitana pode (ou não) facilitar a instrumentalização e concretização dos interesses comuns, dependendo de uma análise concreta e muito mais complexa.

Como já afirmamos, o controle de eficiência de normas *in abstracto* é extremamente complexo, principalmente por conta da dificuldade de aferição da eficiência sem elementos concretos de comparação. Apesar de ser juridicamente possível, deve ser utilizado em casos excepcionálíssimos, em que seja possível aferir a eficiência abstratamente a partir dos fatos e fundamentos jurídicos suscitados e dos elementos de prova produzidos nos autos, sob pena de uma indevida relativização dessa norma principiológica.

Por outro lado, na ADI 3.059, o princípio da eficiência e sua faceta da economicidade surgem como fundamento para a improcedência da referida ação. Nesse sentido, o STF entendeu pela constitucionalidade da Lei Estadual n.º 11.871/02 do RS, que estabelece a preferência pela aquisição de *softwares* livres ou sem restrições proprietárias no âmbito da Administração Estadual⁶⁸⁸.

prejudicado o pedido, da mesma forma, no que diz respeito aos artigos 1º, 2º, 4º e 11, da LC 87/97, à vista da respectiva revogação e conseqüente perda superveniente do objeto. Prosseguindo no julgamento, o Min. Maurício Corrêa, salientando o fato de que, em recente julgamento da Corte, decidiu-se que a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões depende apenas de lei complementar estadual (ADI 1841/RJ, DJU de 20.9.2002) - e, concluindo, portanto, pela legitimidade da atuação legislativa do Estado do Rio de Janeiro, bem como pela mitigação da autonomia municipal nas matérias que a lei complementar transferiu para o Estado -, proferiu voto no sentido de julgar improcedente o pedido formulado, por considerar legítima a reunião de municípios territorialmente próximos pelo Estado-membro, cujo objetivo é o de facilitar a busca de soluções que atendam à coletividade da região, e não apenas à cada um dos municípios isoladamente considerados, **através de ações conjuntas e unificadas, prestigiando-se a concretização do pacto federativo e os princípios da eficiência e da economicidade**. O Min. Maurício Corrêa ressaltou, ainda, o fato de que as decisões de interesse dessas áreas devem ser compartilhadas entre os municípios que as compõem e o Estado, assumindo, este último, responsabilidade pela adequada prestação dos serviços metropolitanos. Após, pediu vista dos autos o Min. Joaquim Barbosa (grifo nosso).

(STF. Informativo n.º 343).

⁶⁸⁸AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI N.º 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA. E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos respalda a fixação por lei de preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração Pública regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da União para fixar normas gerais sobre o tema (CRFB, art. 22, XXVII).

2. A matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, § 1º, II), sendo,

Optamos por destacar esse julgado pois trata-se de um dos únicos em que a eficiência surge como fundamento principal da decisão jurisdicional de forma minimamente embasada e correlacionada com os elementos apresentados no caso concreto. Analisando o voto condutor do ministro Relator Ayres Britto, identificamos uma preocupação em demonstrar que o meio fixado pela norma legal (*softwares* livres ou sem restrições proprietárias) otimizaria as finalidades públicas de forma razoável e satisfatória, cumprindo o comando constitucional de eficiência. Destacamos o seguinte trecho⁶⁸⁹:

Patente, portanto, que a Lei nº 11.871/2002, do Estado do Rio Grande do Sul, não violou os princípios constitucionais da economicidade e da eficiência. Seja porque a eficiência se mede, não somente pelo custo do produto ou serviço, como também pela segurança dos dados públicos inseridos nos sistemas informatizados e ainda pela aquisição imaterial do conhecimento tecnológico, seja porque a lei em causa não fecha as portas à contratação de “programas de computador com restrições proprietárias”, quando determinado software tiver “reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público” (inciso I do art. 3º).

Por fim, ainda dentro do controle abstrato de constitucionalidade do STF, é válido fazer menção à ADO 24/DF. Nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, proposta pelo Conselho Federal da OAB, questionava-se a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em editar a lei de defesa do usuário de serviços públicos, que devia ser editada em 120 dias da promulgação da EC 19/98, conforme o art. 37, §3º, da CRFB (inserido por essa EC), c/c art. 27 da EC 19/98.

Para Carvalho Filho, de nada adiantaria a inserção do princípio da eficiência no art. 37 da CRFB sem uma disciplina precisa e definida sobre os meios para assegurar os direitos dos usuários: “fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á

portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo.

3. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não engessou a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), uma vez que a regra de precedência abstrata em favor dos softwares livres pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas.

4. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito, sendo certo que todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame, independentemente do seu produto, bastando que esteja disposto a celebrar licenciamento amplo desejado pela Administração.

5. Os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, *caput* e 70, *caput*) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública.

6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente (grifo nosso).

(STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.059/RS)

⁶⁸⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Voto do ministro Carlos Ayres Britto**, Relator da ADI nº 3.059/RS, 2015, p. 15.

letra morta”⁶⁹⁰. Apesar da longa demora, finalmente foi editado o diploma normativo para regular os direitos dos usuários dos serviços públicos (Lei 13.460/2017), dando plena eficácia ao comando do art. 37, §3º da CRFB, e auxiliando na materialização do princípio da eficiência nessa importante seara do Direito Administrativo.

Em conclusão: apesar de viável juridicamente, o controle judicial da eficiência administrativa, inclusive sob o viés de controle de constitucionalidade, ainda encontra dificuldades práticas para a sua efetivação, principalmente quanto à extração do sentido nuclear do princípio da eficiência. Voltaremos a essa questão no último capítulo.

7.2.8 O vício de ineficiência como possível ato de improbidade administrativa

Ainda dentro do controle judicial da eficiência administrativa, questiona-se se, em tese, determinada violação ao princípio da eficiência poderia configurar-se como ato de improbidade administrativa, ensejando as sanções ao agente público previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.

O primeiro aspecto que pode ser notado é que todos os atos de improbidade administrativa, por sua própria natureza, são ineficientes (do ponto de vista da eficiência como norma-princípio). Primeiro porque, em qualquer caso, se há improbidade, obviamente não houve a satisfação da finalidade legal última de todo ato estatal: nunca haverá um ato de improbidade que coadune com o interesse público. Se o agente público pratica alguma ação ou omissão que gere seu enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei 8.429/92) ou mesmo dano ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92), a ineficiência fica ainda mais latente.

Em verdade, esses atos vão em direção diametralmente contrária ao mandamento constitucional de otimização da atividade administrativa. Trata-se do extremo oposto da conduta administrativa ideal, o que justifica seu enquadramento como uma espécie de ilegalidade qualificada⁶⁹¹, possibilitando a cominação das pesadas sanções ao administrador ímprobo.

Porém, isso não quer dizer que o vício de ineficiência tenha o condão de gerar *de per se* um ato de improbidade administrativa. Toda improbidade é uma ilegalidade, mas nem toda ilegalidade será um ato de improbidade. Igualmente, toda improbidade administrativa viola o

⁶⁹⁰ CARVALHO FILHO, 2014, p. 31.

⁶⁹¹ Informativo 540 do STJ: “A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave”.

princípio da eficiência, mas nem toda ineficiência será um ato de improbidade. Resta investigar se — ou quando — um vício de ineficiência poderá gerar um ato de improbidade administrativa.

Garcia situa a eficiência como um dos princípios regentes do conceito de probidade. Para o autor, partindo da consolidação da força normativa dos princípios, extrai-se a conclusão que “a análise da deontologia dos agentes públicos pressupõe, necessariamente, que todos os seus atos sejam valorados em conformidade com as regras e princípios que os informam”⁶⁹².

O autor defende que a compreensão da probidade administrativa não deve restringir-se a uma especificação do princípio da moralidade: apesar de a observância do dever de moralidade ser um elemento de vital importância para a aferição da probidade, ele não é o único. O conceito de probidade abrangeria toda a ordem de princípios existentes: seria possível afirmar que a probidade absorve a moralidade, mas nunca terá sua amplitude delimitada por esta.

Não concordamos com essa amplitude dada ao conceito de probidade, uma vez que Garcia praticamente o iguala à ideia de juridicidade. Nada obstante, o autor acerta ao romper com a visão hermética que vincula a ideia de probidade administrativa à moralidade, partindo de uma identidade semântica (e absoluta) entre os dois termos⁶⁹³. Apesar de não vermos essa identidade absoluta, é certo que há uma relação íntima entre a ideia de improbidade administrativa e moralidade.

Nesse sentido, filiamo-nos ao posicionamento de Osório, que conceitua a improbidade administrativa como a má gestão pública, desde que *gravemente desonesta ou ineficiente*, sempre decorrente de condutas dolosas e culposas de agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas⁶⁹⁴. Assim, para o autor, a má gestão pública finca-se nestes dois pilares: desonestidade e ineficiência. Ainda nessa linha⁶⁹⁵:

A abordagem com o foco na ineficiência, quando sinalizada com a nota da gravidade, também pode aproximar-se da própria corrupção, na medida em que ambas traduzem níveis distintos de má gestão pública e ambas constituem espécies de improbidade administrativa. O próprio histórico da

⁶⁹² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

⁶⁹³ Cf.: GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé na administração pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178; NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 160 e ss.

⁶⁹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 381-382.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 382.

improbidade como elemento dos crimes de responsabilidade denuncia sua funcionalidade repressiva em relação a atos culposos. Daí por que resulta admissível, constitucionalmente, a improbidade culposa, dando-se densidade ao princípio da eficiência.

Desse conceito é possível extrair os elementos que compõem a estrutura analítica do ato de improbidade administrativa. Conforme Di Pietro, para configuração do ato de improbidade administrativa e imputação das sanções correspondentes, devem estar presentes todos os seguintes elementos: ato danoso (materialidade), sujeitos ativo/passivo e elemento subjetivo⁶⁹⁶.

No caso da configuração do ato danoso (materialidade), há de se levar em conta os requisitos objetivos estabelecidos nos três blocos normativos da Lei de Improbidade Administrativa: é necessária a subsunção das condutas do agente ativo aos tipos sancionadores dos artigos 9º, 10º e 11 da Lei 8.429/92.

No caso da tipificação dos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º e 10º, a ineficiência é latente. Porém, *o ato de improbidade não decorre do vício de ineficiência: este surge como consequência daquele*. A materialidade do ato de improbidade nesses tipos legais ocorrerá a partir da configuração do enriquecimento ilícito ou mesmo do dano ao erário derivados das condutas do agente público, e não por conta da ineficiência dessas condutas. Porém, o que importa a este tópico são os casos em que a própria existência do vício de ineficiência já é suficiente para configurar a materialidade do ato danoso de improbidade administrativa.

Situação diferente ocorre no tipo sancionador aberto estabelecido no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Esse dispositivo estabelece que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

Mesmo que não haja dilapidação de patrimônio da entidade pública ou mesmo enriquecimento ilícito do agente⁶⁹⁷, é nítido que a conduta que lese gravemente o princípio da eficiência pode se subsumir como um ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública.

Nada obstante, nem todo ato eivado por vício de ineficiência será um ato de

⁶⁹⁶ DI PIETRO, 2016, p. 983.

⁶⁹⁷ Sobre a dispensabilidade do dano ao erário ou mesmo do enriquecimento ilícito para configuração de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92: STJ. 1ª Turma. REsp 1192758-MG, Rel. originário Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Sérgio Kukina, julgado em 4/9/2014.

improbidade administrativa. Voltando à estrutura analítica deste, é necessário que se configure o elemento volitivo do agente público para que se forme o ato de improbidade. No caso do tipo sancionador previsto no art. 11, a doutrina⁶⁹⁸ e a jurisprudência⁶⁹⁹ são quase unânimes em reconhecer que só haverá improbidade se a lesão aos princípios da administração pública decorrer de um nítido dolo do agente público.

A Lei 13.655/2018, ao incluir o art. 28 da LINDB, sepulta qualquer dúvida acerca da extensão do elemento subjetivo na estrutura analítica do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. Segundo esse dispositivo, o agente público responderá pessoalmente por suas ações ou opiniões técnicas apenas em caso de “dolo ou erro grosseiro”.

Interpretando essa norma geral prevista na LINDB com a tipificação prevista no art. 11, chega-se à conclusão que, no caso desse dispositivo em específico, o agente público só pode responder em caso de verdadeiro dolo ou má-fé. A hipótese de “erro grosseiro” limita-se à tipificação prevista no art. 10 da mesma lei, que dispõe expressamente sobre a possibilidade de configuração de ato de improbidade administrativa por condutas culposas (que, nesse caso, tem que ser “graves” ou “grosseiras”).

À vista disso, a conduta gravemente ineficiente do agente público pode configurar ato de improbidade administrativa, desde que esteja presente o elemento volitivo específico (dolo ou má-fé, de acordo com modulação do art. 11, *caput* da Lei de Improbidade e entendimento amplamente majoritário) para a prática daquele ato danoso, sendo tipicamente imputada no *caput* do art. 11 da Lei 8.429/92. Seguindo essa mesma linha, Meirelles afirma que condutas ineficientes, desde que dolosas, podem configurar improbidade administrativa⁷⁰⁰.

Pensemos, por exemplo, em um servidor que, dolosamente, atrase todas as suas tarefas de maneira desmedida e reiterada, levando meses para finalizar um expediente que faria em horas, apenas para evitar que chegue mais trabalho. *In casu*, há uma grave e dolosa ineficiência na conduta do servidor público, que viola os princípios da Administração e os deveres de honestidade com as instituições, tudo nos moldes do art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92. Estando presentes todos os elementos que compõem a estrutura analítica do ato de improbidade administrativa, esse agente público pode ser punido na forma do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Até porque, nas palavras de Osório, a improbidade se mostra como a última *ratio* do

⁶⁹⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 147. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina legislação e jurisprudência**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 166; NEIVA, 2013, p. 160 e ss.

⁶⁹⁹ Cf. Informativo 540 STJ; STJ. 1ª Turma. AgRg no REsp 1306817/AC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 06/05/2014.

⁷⁰⁰ MEIRELLES, 2010, p. 99.

Direito Administrativo sancionador brasileiro, impondo pesadas sanções ao agente ímprobo. A gravidade das sanções exige que a violação dos deveres de honestidade e eficiência ocorra em níveis especialmente altos e intensos, unida à qualificação da grave ilegalidade praticada pela incidência do elemento subjetivo⁷⁰¹. A delimitação da gravidade da ineficiência é essencial para configuração da improbidade, sob pena de banalização dos atos de improbidade a partir da atribuição de uma inconstitucional responsabilidade ampla e objetiva aos agentes públicos.

Assim, o vício de ineficiência deve se apresentar de forma latente e grave, fora de qualquer margem de dúvida e dentro do núcleo conceitual desse princípio, tendo sido praticado a partir de condutas eivadas de dolo ou má-fé, contra algum dos sujeitos passivos previstos no art. 1º, caput e parágrafo único da Lei 8.429/92. Estando presentes todos os elementos que compõem a estrutura analítica do ato de improbidade, este se mostra plenamente configurado.

A ação de improbidade administrativa tem natureza judicial e integra o microssistema processual da tutela coletiva, com os órgãos do Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas possuindo legitimação ativa concorrente para propositura da ação⁷⁰². Não se inclui tecnicamente como um instrumento de efetivação de controle de atividade ou ato, pois se volta à sanção do agente público, atingindo apenas reflexamente a atividade administrativa ou o ato em si.

Todavia, não é exagero afirmar que a ação de improbidade acaba mostrando-se como um meio indireto de controle de atividade ou ato: mesmo que voltada à figura do agente público, acaba influenciando na modulação da atividade administrativa conforme os ditames de juridicidade, incluindo a honestidade e a eficiência. No mesmo sentido, Bandeira de Mello destaca a “transcendente importância” da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) para o controle da Administração Pública⁷⁰³.

Por esses motivos, trata-se de interessante hipótese de incidência do controle judicial a partir do princípio da eficiência administrativa pelo prisma do Direito Administrativo sancionador. Nesse caso, o reconhecimento do vício de ineficiência encontra-se na causa de pedir da ação de improbidade, como um elemento material que tem o fito de fundamentar o pedido principal de atribuição das sanções correspondentes ao agente público ineficiente, dentre as quais se inclui o ressarcimento ao erário.

⁷⁰¹ OSÓRIO, 2007, p. 382.

⁷⁰² NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: Direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 135 e ss.

⁷⁰³ MELLO, 2015, p. 972.

7.3 O controle da Administração Pública a partir dos parâmetros estabelecidos pela Lei 13.655/2018

7.3.1 Considerações introdutórias: a dupla funcionalidade da Lei 13.655/2018

Conforme indicado na própria ementa, a Lei 13.655/2018 promoveu uma série de alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942 — LINDB) ao incluir disposições sobre “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Como destacado por Nohara, as normas da LINDB possuem um conteúdo “meta-normativo”, esclarecendo aspectos de interpretação, vigência e eficácia das demais normas do ordenamento jurídico⁷⁰⁴.

No que toca à Lei 13.655/2018, suas diretrizes voltam-se para estruturar a interpretação e a aplicação das demais normas de direito público, o que acaba influenciando o processo hermenêutico de extração do sentido de diversas normas que compõem o regime jurídico-administrativo, incluindo o princípio da eficiência. Nesse sentido, as mudanças introduzidas pela Lei 13.655/2018 influem diretamente na própria forma de manifestação do controle judicial da eficiência administrativa, principalmente a partir do estabelecimento de parâmetros objetivos que devem guiar toda a criação e aplicação das normas de direito público.

Além da função de interpretação das demais normas (*lex legum*), a Lei 13.655/2018 também dispôs expressamente sobre as ideias de eficiência e segurança jurídica em alguns de seus dispositivos. Por esses motivos, partindo desse prisma, observamos que a Lei 13.655/2018 acaba exercendo uma dupla função: I — função interpretativa, influenciando na aplicação concreta do princípio da eficiência e da segurança jurídica; II — função fundamentadora, positivando as ideias de eficiência e segurança jurídica no próprio núcleo das “normas de sobredireito ou de apoio”⁷⁰⁵ da LINDB.

O texto original da Lei 13.655/2018 incluía os artigos 20 a 30 na LINDB. Porém, o texto integral do artigo 25 acabou sendo vetado pelo presidente da República, com alguns incisos e parágrafos de outros dispositivos⁷⁰⁶. Nesse tópico, analisaremos as principais

⁷⁰⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018. E-book, p. 4.

⁷⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

⁷⁰⁶ Cf.: Presidência da República. Mensagem de Veto n.º 212, de 25 de abril de 2018.

mudanças introduzidas por esse diploma, principalmente no que toca aos parâmetros normativamente estabelecidos que acabam condicionando a materialização concreta do controle da Administração Pública a partir de princípios jurídicos.

7.3.2 As normas condicionantes do controle da Administração Pública estabelecidas na LINDB

A partir das mudanças introduzidas pela Lei 13.655/2018 na LINDB observa-se o começo de uma tentativa de estabelecimento de parâmetros objetivos para guiar a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados em sede de controle da Administração Pública, limitando (ou condicionando) o exercício desse controle.

Analisando o texto da Lei 13.655/2018, extraímos a criação de diversas condicionantes que incidirão no controle da Administração Pública. Propomos a seguinte classificação: I — condicionante prática (ou consequencialista decisória); II — condicionante motivadora da proporcionalidade decisória; III — condicionante prospectiva (ou consequencialista enunciativa); IV — condicionante de transição; V — condicionante circunstancial.

7.3.2.1 Condicionante prática (ou consequencialista decisória)

A primeira deriva do *caput* do artigo 20. Esse dispositivo estabelece que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

O legislador acaba criando uma condicionante prática para a interpretação e aplicação de valores jurídicos abstratos no âmbito do controle da Administração Pública, atribuindo uma espécie de “esfera consequencialista” ao processo de interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados (também chamados de abstratos, de valor etc.).

Voltemos à distinção kelseneana⁷⁰⁷. A partir dessa disposição normativa, o legislador acaba condicionando a própria produção do ato de vontade que opta por um dentre os vários sentidos cognoscitivamente revelados: a escolha do sentido que melhor atenda a finalidade legal deve ocorrer levando em conta as consequências práticas daquele ato decisório.

Assim, tecnicamente, o estudo do consequencialismo do ato decisório *acaba*

⁷⁰⁷ KELSEN, 1979, p. 469 e ss.

integrando a própria amplitude da finalidade legal que deve ser visada a partir desses atos concretizadores da vontade normativa. O legislador atribui um peso às possíveis consequências da aplicação de determinado conceito jurídico indeterminado, vinculando a extração dos efeitos esperados da aplicação dessas espécies de conceito nas esferas controladoras. Realizando uma análise crítica do referido dispositivo, Nohara adverte⁷⁰⁸:

Entende-se, portanto, que a avaliação das consequências práticas da decisão é relevante, uma tendência, sobretudo no universo capitalista dos investimentos em projetos com o Poder Público, mas, mesmo que importante, não é suficiente para dar conta da resolução das situações jurídicas.

É cristalino que essa condicionante consequencialista decisória (art. 20, *caput*) apenas incide no controle da Administração Pública a partir dos valores jurídicos abstratos, tais como os conceitos jurídicos indeterminados. Percebe-se que os legisladores preferiram não entrar na polêmica acerca da natureza do controle baseado nesses conceitos (legalidade ou mérito), não restringindo essa exigência aos casos de invalidação.

O campo de aplicação dessa condicionante é extremamente abrangente. Por exemplo, pensemos em qualquer decisão (jurisdicional, administrativa ou controladora) que utilize princípios jurídicos como fundamento principal da *ratio decidendi* (nítidos “valores jurídicos abstratos”), tal como o princípio da eficiência. Partindo do art. 20 da LINDB, todas essas decisões deverão sopesar suas consequências práticas futuras, ponderando-as como verdadeiro elemento decisório.

Os autores Sundfeld e Salama, analisando o projeto de lei que resultou na Lei 13.655/2018, tecem as seguintes considerações sobre o art. 20 da LINDB⁷⁰⁹:

O projeto de lei sugere um art. 20 para a LICC. Ele trataria das decisões judiciais, administrativas e controladoras (dos tribunais de contas, hoje ativos e interventivos) que se baseiem em “valores jurídicos abstratos” (que podem ser entendidos como princípios). É fácil entender a importância de uma norma desse tipo. **Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa — não só nas omissões legais, mas em qualquer caso — o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos.** Por isso, a proposta é que eles tenham de ponderar sobre “as consequências práticas da decisão” e considerar as “possíveis alternativas” (art. 20, *caput* e parágrafo único) (grifo nosso).

⁷⁰⁸ NOHARA, 2018, p. 5.

⁷⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. **Revista de Direito Público da Economia — RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, pp. 213-216, abr./jun. 2016, p. 213.

Esses aspectos consequencialistas introduzidos no controle da Administração Pública acabam remetendo a uma possível influência da Análise Econômica do Direito, principalmente a partir da obra de Posner. Para esse autor, os juízes têm o *mínus* de realizar uma verdadeira análise prospectiva dos efeitos de suas decisões, devendo coletar todas as informações necessárias para que possam trabalhar na lapidação do ato jurisdicional, levando em conta os futuros efeitos que serão produzidos: esse traço *consequencialista* permeia toda a construção teórica do autor. Vejamos⁷¹⁰:

Conversely, the judge (and hence the lawyers) cannot ignore the future. Since the judge's legal ruling will be a precedent influencing the decision of future cases, the judge must consider the probable impact of alternative rulings on the future behavior of people engaged in activities that give rise to the kind of accident involved in the case before him⁷¹¹.

É válido lembrar que tanto Sundfeld⁷¹² quanto Salama⁷¹³ dialogam com o movimento que prega a interseção entre o Direito e a Economia, sendo que o primeiro foi um dos responsáveis pela redação do Projeto de Lei 349/2015 que resultou na Lei 13.655/2018 e o último se apresenta como um dos principais exegetas da obra de Posner no contexto nacional.

7.3.2.2 Condicionante motivadora da proporcionalidade decisória

Reforçando esse viés consequencialista decisório, o parágrafo único do art. 21 estabelece o que chamamos de “condicionante motivadora” a partir da seguinte disposição: “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”.

Há o estabelecimento de um nítido dever de motivação, mas que não abrange todos os aspectos do ato administrativo. Na verdade, estipula-se a indispensabilidade de uma motivação específica: sua amplitude restringe-se à demonstração da adequação e necessidade da medida imposta ou da invalidação declarada, inclusive em face das “alternativas

⁷¹⁰ POSNER, 1992, p. 24.

⁷¹¹ Tradução livre: ademais, os juízes (e também os advogados) não podem ignorar o futuro. Como o precedente judicial irá ser utilizado e, ainda, influenciará decisões posteriores, o juiz, no caso concreto, deve considerar a probabilidade do impacto de decisões alternativas no futuro comportamento das pessoas engajadas nas atividades que deram causa aos problemas analisados, inclusive anteriormente.

⁷¹² Cf.: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁷¹³ Cf.: SALAMA, 2010; POSNER (org.), 2010; SALAMA, 2008.

possíveis”. Para Nohara: “trata-se de aplicação da razoabilidade nos impactos e consequências da invalidação administrativa, que doravante deve ser feita de forma proporcional e equânime, não podendo, pois, impor ônus excessivos àquele que sofre o controle”⁷¹⁴.

Nesse sentido, deve-se demonstrar a proporcionalidade do ato decisório, em face dos elementos (ou “degraus”) da adequação e necessidade que compõem a análise de proporcionalidade⁷¹⁵, levando em conta as possíveis consequências do ato decisório. Apesar de o legislador não ter se referenciado expressamente à motivação da proporcionalidade em sentido estrito (terceiro elemento da proporcionalidade), é incontestável que o ato controlador também se submete a esse imperativo.

À vista do texto legal do parágrafo único, que se interpreta em consonância com o *caput*⁷¹⁶, depreende-se que esse dever de motivação da proporcionalidade abrange qualquer ato controlador (judicial, administrativo ou legislativo) que estabeleça gravames aos administrados. Quanto aos atos administrativos, a doutrina administrativa há tempos se envereda na discussão acerca da existência do dever de motivação nessa espécie de ato estatal. A motivação, conforme entendimento majoritário da doutrina, caracteriza-se pela enunciação dos motivos e de todas as circunstâncias e considerações capazes de justificar a edição dos atos administrativos⁷¹⁷.

A parcela majoritária sustenta que, em regra, todos os atos administrativos devem ser motivados⁷¹⁸. Nessa linha, Bandeira de Mello sustenta que o dever de motivação decorre da própria ideia de função administrativa, em que os administradores apresentam-se como simples gestores da coisa pública, devendo fundamentar os motivos e pressupostos legais da prática de todos os seus atos⁷¹⁹. Para Araújo, prestar contas das razões fáticas e dos fundamentos jurídicos em cada ato estatal é imperativo da própria ideia de Estado de direito: esse dever decorre do próprio regime jurídico administrativo a que estão subordinados, relacionando-se diretamente com a ideia de redemocratização da função administrativa a partir do aperfeiçoamento da interpretação e controle dos atos estatais⁷²⁰.

⁷¹⁴ NOHARA, 2018, p. 5.

⁷¹⁵ Cf.: ÁVILA, 1999, pp. 171-172.

⁷¹⁶ 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. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

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. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

⁷¹⁷ ARAÚJO, 2005, p. 90.

⁷¹⁸ Cf.: DI PIETRO, 2016, p. 254; MEIRELLES, 2010, p. 157-158.

⁷¹⁹ MELLO, 2015, p. 410.

⁷²⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 195-197.

Em sentido contrário, outra parcela da doutrina defende que apenas haverá o dever de motivação no caso dos atos vinculados⁷²¹. Há ainda a posição mais antiga, que sustenta que o dever de motivação apenas ocorrerá se a lei ou a constituição determinarem expressamente. Carvalho Filho filia-se a essa última corrente, aduzindo que, por mais que a motivação seja desejável, não há fundamento constitucional ou legal para o estabelecimento dessa obrigatoriedade⁷²².

Em todo o caso, o dever estabelecido pelo parágrafo único do art. 20 da LINDB trata-se de hipótese mais restrita de motivação, cingindo-se à adequação e necessidade da medida. Abrange qualquer espécie de ato controlador (judicial, administrativo ou legislativo), mostrando-se como um importante passo na direção da motivação geral e irrestrita de todos os atos estatais, em consonância com os princípios que compõem a estrutura fundamental do regime jurídico-administrativo (legalidade, finalidade pública, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, segurança jurídica etc.).

Por todo o exposto, observa-se que o legislador acaba desempenhando uma tentativa de compatibilização do princípio da segurança jurídica com a aplicação de valores jurídicos abstratos em sede de qualquer espécie de controle ou mesmo no próprio exercício da função administrativa. Nas palavras de Marques Neto e Freitas⁷²³:

A permeabilidade do sistema jurídico a normas de caráter mais aberto e a realidade da interpretação e aplicação do Direito ser balizado por princípios é uma realidade. Contudo, a **decisão baseada em “valores jurídicos abstratos”, ou seja, não apoiados em normas concretas ou em prescrições normativas cerradas, não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente**. Não podem se prestar a ser um argumento de autoridade hermenêutica sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsabilidade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. **Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas**. E assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhado da análise das consequências (grifos nossos).

7.3.2.3 Condicionante prospectiva (ou consequencialista enunciativa)

Seguindo o mesmo raciocínio, o art. 21, *caput*, assenta o seguinte mandamento: “a

⁷²¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 71.

⁷²² CARVALHO FILHO, 2014, p. 115.

⁷²³ MARQUES NETO, 2018.

decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”. Nesse dispositivo, o legislador acaba estabelecendo a obrigação de realização de uma espécie de análise prospectiva acerca das consequências jurídicas e administrativas da decisão controladora que decretar a invalidação de certo ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Após tal análise, cabe ao agente controlador explicitar expressamente essas consequências, de forma a evitar o surgimento de dúvidas acerca da extensão dos efeitos da decisão. Não se trata de uma hipótese de motivação, uma vez que o agente público não expressa as razões práticas e jurídicas que o levaram à prática do ato: em verdade, trata-se de uma enunciação prospectiva das consequências práticas e jurídicas que se espera do ato editado.

A partir dessas características, observa-se que há a criação de uma espécie de “condicionante prospectiva” do controle de legalidade da Administração Pública: o dever de realização e divulgação dessa análise prospectiva só existe no caso de invalidação (controle de legalidade), independentemente da esfera orgânica em que ocorra (judicial, administrativa ou legislativa), não abrangendo as hipóteses de controle de mérito.

O parágrafo único do artigo 21 completa o sentido material dessa condicionante. Segundo esse dispositivo, a decisão de invalidação deve 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”.

A explicitação da análise prospectiva deve indicar que o reestabelecimento da legalidade está em consonância com o princípio da proporcionalidade, de forma que as consequências geradas não implicarão em ônus excessivo aos administrados. Verifica-se mais uma vez a preocupação com as consequências do controle de legalidade da Administração Pública, reafirmando-se o dever de explicitação das consequências do ato de invalidação.

Há uma íntima relação entre os artigos 20 e 21 da mesma lei, que acabam seguindo a mesma linha lógica. Enquanto o primeiro trata das limitações que incidem no próprio processo de produção da decisão administrativa controladora, o segundo volta-se para a explicitação da análise prospectiva dos efeitos que serão produzidos pelos atos de controle. Em ambos há uma preocupação consequencialista: enquanto no art. 20 ela influi contemporaneamente na própria produção do ato de vontade, no artigo 21 ela volta-se para uma análise prospectiva (futura), gerando um dever de enunciação das consequências práticas

e jurídicas esperadas desse mesmo ato.

Exemplificando, imaginemos uma decisão que anule determinado ato administrativo por vício de ineficiência. O órgão julgador possui obrigação legal de considerar as consequências práticas de sua decisão (art. 20, *caput*, da LINDB — condicionante consequencialista decisória), e, uma vez sopesadas, deve enunciar expressamente as consequências jurídicas e administrativas desse ato decisório (art. 21 da LINDB — condicionante consequencialista enunciativa).

7.3.2.4 Condicionante de transição: a eficácia positiva dos princípios e o dever de transição exigido pela LINDB

A Lei 13.655/2018 também incluiu importante previsão que acaba influenciando na extração da eficácia positiva das normas-princípios. A inserção do art. 23 da LINDB⁷²⁴ estabelece que quando uma decisão controladora estabelecer nova interpretação sobre norma de conteúdo indeterminado, extraindo verdadeiro dever ou condicionamento de direito, deverá ser previsto um regime de transição para que essa nova imposição seja cumprida de modo “proporcional, equânime, eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

Existem dois pontos centrais nessa norma: I — primeiramente, há a positivação no ordenamento jurídico nacional da possibilidade de extração da eficácia positiva ou simétrica dos princípios jurídicos, reforçando a força normativa e aplicabilidade direta destas normas; II — concomitantemente a essa nova possibilidade, o legislador estabelece uma limitação à extração dessa espécie de eficácia, estipulando o dever de previsão de um regime de transição.

Pensamos que se trata de uma norma que deve ser celebrada, uma vez que envereda em uma consistente tentativa de compatibilização da amplitude normativa conferida pela força normativa dos princípios com a ideia de segurança jurídica, fundamento da própria existência do Estado de direito. Nas palavras de Couto e Silva: “a segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de direito; é ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de direito”⁷²⁵.

Nesse sentido, à luz da nova legislação e do princípio da segurança jurídica, a extração de regras concretas a partir do núcleo duro do princípio da eficiência — além de só poder

⁷²⁴ Art. 23 — A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

⁷²⁵ SILVA, 1996, p. 24.

ocorrer na zona de certeza conceitual — também deve necessariamente prever um regime de transição para adequação dos administradores e até dos próprios administrados à nova orientação firmada em sede de controle da Administração Pública. E esse raciocínio é extensível à aplicação de todos os demais princípios da Administração Pública, que naturalmente são expressos por meio de conceitos jurídicos indeterminados.

7.3.2.5 Condicionante circunstancial

Saindo da esfera consequencialista, a inclusão do art. 24 da LINDB⁷²⁶ cria uma última condicionante do controle da Administração Pública, que nomeamos de “condicionante circunstancial”. Segundo esse dispositivo, a revisão — em qualquer esfera — quanto à validade de certo ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá levar em conta as orientações gerais da época, não podendo haver a decretação da invalidade de certo ato administrativo com base em mudança posterior de orientação geral.

Na verdade, o legislador estabelece que as decisões administrativas devem ser consideradas de acordo com as circunstâncias concretas em que foram produzidas, evitando que mudanças extemporâneas de posicionamento geral influam na validade de situações plenamente constituídas. O parágrafo único do art. 24 apenas completa o sentido do *caput*, dispondo sobre o significado da expressão “orientações gerais”.

7.3.2.6 Aplicação das condicionantes da LINDB ao controle judicial da eficiência administrativa

Após tais considerações, é possível extrair algumas conclusões: a) as condicionantes prática e de transição apresentam-se como as primeiras limitações objetivas ao controle a partir dos conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo critérios e modulações que ajudam a compatibilizar a aplicação de princípios em sede de controle da Administração Pública com a ideia de segurança jurídica; b) as condicionantes motivadora da proporcionalidade, prospectiva e circunstancial têm a exigência limitada ao controle de

⁷²⁶ Art. 24 — A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

legalidade da Administração Pública, uma vez que o texto legal lhes vincula à hipótese de validade/invalidade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Pelo exposto, em todo o caso, todas essas condicionantes incidirão de forma direta no controle judicial da eficiência administrativa, seja porque o princípio da eficiência apresenta-se como um conceito jurídico indeterminado (dando azo à incidência das condicionantes prática e de transição), seja porque o vício de ineficiência apresenta-se como um vício de legalidade *lato sensu* (ou de juridicidade), ensejando a invalidação do ato administrativo, de onde surge a possibilidade de incidência das condicionantes motivadora da proporcionalidade, prospectiva e circunstancial.

7.3.3 Análise suplementar: as demais alterações promovidas pela Lei 13.655/2018

As mudanças levadas a cabo pela Lei 13.655/2018 não se limitam ao controle estrito da Administração Pública. Dentro da esfera do Direito Administrativo sancionador, os artigos 22⁷²⁷ e 28⁷²⁸ estabelecem parâmetros e normas objetivas que influem diretamente na responsabilização individual do agente público, abrangendo as esferas administrativa, cível e até penal. A análise da amplitude das mudanças geradas no âmbito da responsabilização individual do agente público extravasa o objeto deste trabalho, motivo pelo qual não adentraremos nesse campo⁷²⁹.

Por outro lado, o art. 26 da LINDB consolida a crescente tendência de exercício da consensualidade no âmbito da Administração Pública⁷³⁰, positivando a possibilidade de “compromissos” entre os particulares e a Administração Pública “para eliminar

⁷²⁷ Art. 22 — Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

⁷²⁸ Art. 28 — O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

⁷²⁹ Sobre o tema, cf.: NOHARA, 2018, p. 5; MARQUES NETO; FREITAS, 2018; OSÓRIO, 2015; LIMA, 2014.

⁷³⁰ Cf.: MOREIRA NETO, 2000, pp. 37-48; PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”⁷³¹. Percebe-se que se cria uma ampla abertura para acordos na seara administrativa, sempre de acordo com os requisitos legais estabelecidos nos incisos desse mesmo artigo.

Dentre esses critérios, destacamos a vinculação teleológica desses compromissos, que devem sempre buscar uma “solução jurídica proporcional, equânime, *eficiente* e compatível com os interesses gerais”. Sobre a importância da consensualidade no âmbito da atividade administrativa, vejamos⁷³²:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração vota-se para a coletividade, passando a conhecer os problemas e aspirações da sociedade; A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Outrossim, o art. 27 da LINDB⁷³³ transparece aspectos tanto do Direito Administrativo sancionador quanto da Administração Pública consensual, criando a possibilidade de decisão do processo (administrativo, judicial ou controlador) impor compensação dos benefícios indevidos ou dos prejuízos anormais resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

⁷³¹ Art. 26 — Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

§ 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

I — buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

II — (VETADO); (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

III — não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

IV — deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

⁷³² MEDAUAR, 2004, p. 211.

⁷³³ Art. 27 — A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

Conforme o §2º desse mesmo artigo, a compensação pode ser prevenida ou regulada por compromisso processual entre os envolvidos.

Em verdade, o dispositivo acaba reforçando a possibilidade de criação dos denominados “acordos substitutivos”, de nítida inspiração anglo-saxônica. Esses acordos possuem a natureza de negócio jurídico processual, sendo firmados entre as partes envolvidas com o fito de compor os interesses que se apresentam em contraposição⁷³⁴.

Por fim, o art. 30 da LINDB⁷³⁵ dispõe expressamente sobre o dever que os administradores possuem de atuar visando à otimização da segurança jurídica, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. A grande novidade consta no parágrafo único, que estipula um caráter vinculante a esses instrumentos. Todavia, essa vinculação restringe-se aos órgãos ou entidades a que se destinam: há uma cristalina limitação da amplitude subjetiva da vinculação administrativa estabelecida pelo texto legal.

⁷³⁴ MARQUES NETO; FREITAS, 2018.

⁷³⁵ Art. 30 — As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão. (Incluído pela Lei n.º 13.655, de 2018)

8. APLICAÇÕES PRÁTICAS DO CONTROLE JUDICIAL DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

8.1 A eficiência nos serviços públicos

8.1.1 A lei dos usuários de serviços públicos e o controle de eficiência

A Lei 13.460/2017 (também chamada de “lei dos usuários de serviços públicos” ou “código de defesa dos usuários de serviços públicos”) surge para preencher um vácuo legislativo de mais de duas décadas, dando plena eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, §1º, I, da CRFB c/c art. 175, parágrafo único, II da CRFB. Conforme sua própria ementa, esse diploma dispõe sobre “participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”. Dessa forma, irrompe como importante instrumento para controle da qualidade dos serviços públicos e, por conseguinte, de sua eficiência.

Mesmo com as disposições das Leis 8987/1995 e 13.460/2017, ainda mostra-se relevante a lição de Meirelles que estabelece os cinco princípios fundamentais da prestação dos serviços públicos: eficiência, continuidade, cortesia, modicidade e generalidade⁷³⁶. Interpretado pelo prisma da eficiência, o serviço deve ser sempre satisfatório, do ponto de vista qualitativo e quantitativo⁷³⁷.

A qualidade, como já vimos, pode ser fincada como uma das facetas do princípio da eficiência. No caso dos serviços públicos, essa faceta decorre de expressa previsão constitucional, como se infere do art. 37, §1, I da CRFB⁷³⁸. Seguindo a linha determinada pelo constituinte, o legislador define um serviço público como “adequado” (leia-se “satisfatório”) quando este perfaz as condições de “regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (art. 6º, §1º da Lei 8987/1995).

O código de defesa dos usuários de serviços públicos também se imiscui na tentativa de garantir normativamente a prestação adequada dos serviços públicos, mas de forma ainda mais pormenorizada que a lei de concessões e permissões. No art. 5º dessa lei, há o

⁷³⁶ MEIRELLES, 2010, p. 419.

⁷³⁷ *Ibidem*.

⁷³⁸ Art. 37, §1º, I — as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

estabelecimento das diretrizes que devem ser observadas por agentes públicos e prestadores de serviços públicos para configuração de uma adequada prestação dos serviços públicos. Destacaremos apenas aquelas que interessam ao objeto deste trabalho.

O art. 5º, inciso IV dispõe sobre a diretriz de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação”. Trata-se da exigência de adequação, qualidade inserta como um subprincípio da proporcionalidade. Apesar de desnecessária, uma vez que o princípio da proporcionalidade tem guarida no texto constitucional (partindo de uma interpretação sistemática), identifica-se a preocupação do legislador em assegurar que os meios escolhidos sejam aptos para atingir os fins determinados pelo interesse público.

Já o inciso XI do mesmo artigo determina a “eliminação de formalidades e de exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco envolvido”. Na primeira parte desse dispositivo, observa-se a faceta da desburocratização, impondo o abandono dos procedimentos administrativos demasiadamente longos e lentos e das exageradas estruturas-meio⁷³⁹, com a exclusão de técnicas e procedimentos incompatíveis com o modelo de gestão mais flexível insito à estrutura gerencial⁷⁴⁰.

Na segunda parte, o legislador parece unir o intuito desburocratizar ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito. A redação é bem confusa, mas, interpretando-a à luz da intenção legislativa, parece que o legislador quis eliminar as formalidades e exigências que gerem mais desvantagens aos administrados do que vantagens. Em sentido análogo, Barroso afirma que a proporcionalidade em sentido estrito pode ser vista como⁷⁴¹:

(...) uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se “de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

Outro ponto que merece ser destacado é a obrigação de criação da carta de serviços ao usuário pelos órgãos e entidades abrangidos pela lei (art. 7º). Essa carta “tem por objetivo informar o usuário sobre os serviços prestados pelo órgão ou entidade, as formas de acesso a esses serviços e seus compromissos e padrões de qualidade de atendimento ao público” (art. 7º, §1º). O §3º determina que esses compromissos e padrões de qualidade de atendimento

⁷³⁹ BATISTA JÚNIOR, 2012, pp. 200-201.

⁷⁴⁰ COELHO, 2004, p. 151.

⁷⁴¹ BARROSO, 1996, pp. 208-209.

devem ser detalhados quanto a diversos aspectos, dentre os quais destacamos a previsão de tempo de espera para o atendimento do usuário. Trata-se de importante previsão para acabar com a pecha da falta de celeridade no serviço público brasileiro, criando um mecanismo que pode ser utilizado pelo usuário para demonstrar a ineficiência do serviço público a partir do desrespeito à faceta da celeridade.

Nada obstante, é claro que a adequação dos serviços públicos não depende só da atuação do Poder Público. Cientes dessa dimensão colaborativa, o art. 8º, III da Lei 13.460/17 fixa o dever do usuário em colaborar com a prestação adequada dos serviços. Esse dispositivo pode exercer a funcionalidade de suavizar ou até excluir a responsabilidade estatal em caso de eventual deficiência na prestação do serviço público, desde que tenha sido causada diretamente pelo usuário. Na verdade, partindo dos elementos da responsabilidade civil, se há um rompimento do nexo de causalidade entre o ato estatal (omissivo ou comissivo) e o dano gerado, a responsabilidade civil do Estado já é afastada *de per si*.

Fixado o substrato material do conceito de prestação adequada dos serviços, a lei em análise também prevê instrumentos que podem ser utilizados para garantir os direitos do usuário. O art. 9º estabelece que o “usuário poderá apresentar manifestações perante a administração pública acerca da prestação de serviços públicos”. Com efeito, reafirma-se o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou controla ilegalidade ou abuso de poder, direito fundamental de qualquer cidadão que encontra alicerce na própria Constituição Federal (art. 5º, XXXIV, “a” da CRFB)⁷⁴².

O art. 12 estabelece expressamente que os procedimentos administrativos relativos à análise das manifestações deverão observar os princípios da eficiência e da celeridade, objetivando a sua efetiva resolução. Esse dispositivo ratifica a aplicação do princípio da eficiência e sua faceta da celeridade, mesmo que essas normas já incidissem normalmente pelo influxo do vetor constitucional do art. 37.

As ouvidorias dos órgãos ou entidades são as repartições orgânicas responsáveis por receber essas manifestações (art. 10º), possuindo diversas atribuições precípuas, sempre na direção teleológica de garantir o respeito aos direitos dos usuários (art. 13, I a VII da Lei 13.460/17). Dentre elas, destacamos a de “acompanhar a prestação dos serviços, visando a garantir a sua efetividade”, “propor aperfeiçoamentos na prestação dos serviços” e “auxiliar na prevenção e correção dos atos e procedimentos incompatíveis com os princípios estabelecidos nesta Lei”. Ademais, essas mesmas ouvidorias também devem consolidar as

⁷⁴² Cf.: MORAES, 2016, p. 310 e ss.

informações coletadas dos usuários e, com base nelas, elaborar anualmente relatório de gestão com as falhas identificadas e a sugestão de melhorias na prestação de serviços públicos (art. 14, I e II).

O código de defesa também prevê a criação de “conselhos de usuários” para atuar no acompanhamento e avaliação da prestação dos serviços públicos (art. 18, *caput* e parágrafo único, I e II), podendo, inclusive, propor melhorias na prestação dos serviços públicos (art. 18, parágrafo único, III) e contribuir na definição de diretrizes para o adequado atendimento do usuário (art. 18, parágrafo único, IV).

Finalmente, o art. 23 prevê a obrigação de avaliação continuada dos serviços públicos sob os seguintes aspectos: I — satisfação do usuário com o serviço prestado; II — qualidade do atendimento prestado ao usuário; III — cumprimento dos compromissos e prazos definidos para a prestação dos serviços; IV — quantidade de manifestações de usuários; V — medidas adotadas pela administração pública para melhoria e aperfeiçoamento da prestação do serviço.

Não há dúvidas que o código de defesa dos usuários de serviços públicos fornece amplo suporte material e instrumental para que se efetive o controle da eficiência dessas atividades administrativa, seja na via judicial ou mesmo na via legislativa e administrativa. É claro que se trata de uma normatização recente, cujo *vacatio legis* sequer findou (art. 25, I a III). Como não podia ser diferente, a efetividade desse diploma ainda depende de assimilação pela doutrina, jurisprudência, Administração Pública e até pelos próprios usuários. Tudo isso demanda certo tempo, ainda mais levando em conta o enraizamento cultural do descaso para com os usuários de serviços públicos.

Todavia, não se pode mais argumentar falta de suporte legal para imposição da obrigação constitucional de prestação adequada dos serviços públicos. A Lei 13.460/17 constitui um importante passo na direção da máxima efetividade das normas constitucionais, afastando a “função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica”⁷⁴³. Só esperamos que o referido diploma tenha real eficácia social e não seja utilizada como uma espécie de legislação-álibi, como adverte Neves⁷⁴⁴:

A legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. Como já enfatizamos acima, descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública. O efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatatório é o de adiar conflitos políticos sem

⁷⁴³ NEVES, 2007, p. 1.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 51.

resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A “conciliação” implica a manutenção do status quo e, perante o público-espectador, urna “representação/encenação” coerente dos grupos políticos divergentes.

8.1.2 Aplicação na jurisprudência

Analisando a jurisprudência dos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), já é possível identificar julgados que utilizam a eficiência como parâmetro de controle dos serviços públicos. O propósito não é fazer uma catalogação dos precedentes que dispõem sobre o dever de eficiência⁷⁴⁵. Almejamos, em verdade, analisar a viabilidade de aplicação desse princípio em sede de controle jurisdicional, realizando exame crítico da utilização do princípio da eficiência pela praxe forense.

Partindo de uma extensa pesquisa da aplicação do princípio da eficiência administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), Silva identificou 20 acórdãos relevantes que utilizam o referido princípio dentro do tema de Serviços Públicos⁷⁴⁶. Dentre esses, oito acórdãos se referem ao funcionamento do Poder Judiciário, quatro referentes à dispensa de licitação (que, na verdade, é um procedimento administrativo), três sobre o sistema eleitoral e ainda outros cinco que não formam um conjunto relevante⁷⁴⁷. Percebe-se que o autor adotou uma concepção ampla de serviço público como critério de pesquisa⁷⁴⁸, abrangendo todas as atividades administrativas realizadas pela Administração: polícia, serviço público em sentido estrito, fomento e, para alguns, intervenção⁷⁴⁹.

Exemplificativamente, citamos a ADI n.º 1923/DF, que questiona a constitucionalidade de certos aspectos da Lei 9.637/1988 (Lei das Organizações Sociais). No acórdão, o princípio da eficiência foi utilizado como um dos fundamentos decisórios para julgar a constitucionalidade da referida lei⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ Neste recorte metodológico, conferir: SILVA, 2016.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁷⁴⁸ MEDAUAR, 2014 p. 360.

⁷⁴⁹ DI PIETRO, 2016, p. 87.

⁷⁵⁰ Destacamos os seguintes pontos:

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. 11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei n.º 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei n.º 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo. 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado

Infelizmente, trata-se de mais um exemplo de utilização genérica do princípio da eficiência administrativa. Não conseguimos visualizar qualquer relação necessária entre a adoção do regime jurídico de direito privado e o ganho de eficiência na prestação dos serviços públicos. Mais uma vez: pode (ou não) ocorrer ganho de eficiência, sempre de acordo com as peculiaridades de cada caso. Não há como classificar qualquer modelo ou regime jurídico como o “mais eficiente”, o que se mostra como uma generalização desmedida e desvinculada da realidade.

Como aponta Nohara, o modelo gerencial possui tanto vantagens como desvantagens. Quanto às últimas, a autora aponta a pluralidade de concepções organizacionais, que ultrapassam o âmbito do gerencialismo puro, e as insuficiências e limitações ínsitas ao próprio modelo, que são acentuadas em países sem tradição de controle e participação popular na gestão pública⁷⁵¹.

Aqui é necessário realizar uma distinção fulcral: o fato de o princípio da eficiência ter sido constitucionalizado no contexto da Reforma Administrativa Gerencial não quer dizer que o modelo gerencial sempre será o mais eficiente para satisfação das finalidades públicas.

É claro que há uma preocupação com o aumento da eficiência no modelo gerencial. Porém, outra coisa completamente distinta é afirmar que todas as mudanças defendidas por certo modelo serão necessariamente mais eficientes. Podem ser e podem não ser, sempre de acordo com uma análise contextual e relativa aos parâmetros de comparação existentes, a partir da relação de causalidade estabelecida entre os meios em análise e as finalidades legais visadas. Até porque, como lembra Nohara, a eficiência sempre será um valor “relacional”⁷⁵².

Em sentido contínuo, tomando a noção de serviço público em seu sentido estrito (como uma prestação de utilidade ou comodidade material ao particular⁷⁵³) e partindo da completa catalogação realizada por Silva⁷⁵⁴, não encontramos qualquer precedente que citasse a ideia de eficiência no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Todavia, o mesmo não pode ser

com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). 17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

(STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.923/DF)

⁷⁵¹ NOHARA, 2012, pp. 151-152.

⁷⁵² *Ibidem*, p. 193.

⁷⁵³ MELLO, 2017, p. 71.

⁷⁵⁴ SILVA, 2016.

dito dos julgados no Superior Tribunal de Justiça.

Em breve pesquisa na jurisprudência desse último Tribunal, abarcando o lapso temporal de 1998 a 2018 (desde a edição da EC nº 19/98 até os dias atuais)⁷⁵⁵, já foi possível encontrar julgados que utilizam a eficiência como parâmetro de controle jurisdicional na prestação material de serviços públicos. Para exemplificar essa questão, aponta-se o seguinte precedente do STJ, no qual esse Tribunal embasou-se nos princípios da continuidade e eficiência do serviço público para manter servidão administrativa irregularmente implementada⁷⁵⁶.

Temos dúvidas quanto à viabilidade da utilização do princípio da eficiência como argumento jurídico para afastar a obrigação de respeito às formalidades legalmente determinadas. Como já destacamos anteriormente, a instrumentalidade dos demais princípios da Administração Pública apresenta-se como uma das facetas jurídicas do princípio da eficiência.

Nessa perspectiva, o respeito à legalidade administrativa insere-se no próprio núcleo das finalidades públicas que devem ser otimizadas pelo mandamento de eficiência, que foi deformado teleologicamente por sua inserção no texto constitucional como norma jurídica, instrumentalizando-se à satisfação das finalidades insertas no ordenamento jurídico nacional. Até porque, como lembra Dallari, o princípio da eficiência não supera nem derroga o da legalidade, devendo ser interpretados de forma conjunta e complementar⁷⁵⁷.

Assim, apesar de não rejeitarmos essa possibilidade de plano, alertamos que os bens jurídicos em aparente conflito (eficiência/continuidade *versus* legalidade) devem ser prioritariamente harmonizados ou, apenas em último caso, ponderados, sempre de acordo com as ideias de concordância prática e máxima efetividade das normas constitucionais.

⁷⁵⁵ A pesquisa jurisprudencial realizada neste trabalho ocorreu a partir de meios eletrônicos, principalmente a partir das ferramentas de busca disponibilizadas nos sítios eletrônicos do STF (<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>), STJ (<http://www.stj.jus.br/SCON/>) e da ferramenta de busca unificada do CJF (<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>).

⁷⁵⁶ ADMINISTRATIVO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. LINHAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. DECRETO DO PODER EXECUTIVO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO AUSÊNCIA.

1. Segundo a doutrina, as servidões administrativas, em regra, decorrem diretamente da lei (independente de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral) ou constituem-se por acordo (precedido de ato declaratório de utilidade pública) ou por sentença judicial (quando não haja acordo ou quando adquiridas por usucapião). 2. Não observadas as formalidades necessárias à implementação da servidão administrativa (decreto de declaração de utilidade pública), **em atenção ao princípio da eficiência e da continuidade do serviço público, deve ser mantida a servidão**; com a indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos e das restrições ao uso do imóvel, como ocorre com a desapropriação indireta (grifo nosso) 3. Recurso especial não provido. (STJ. Recurso Especial n.º 857.596/RN).

⁷⁵⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 5, 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com/revista. Acesso em 26/06/2016, p. 200.

Sem sair da seara dos serviços públicos, o STJ utilizou o princípio da eficiência para controlar a morosidade da conduta administrativa em emitir autorizações para prestação dos serviços de radiodifusão.

O art. 223 da CRFB estabelece o dever de observar o princípio da complementariedade na prestação dos serviços de radiodifusão sonora ou de imagens, de forma que atuação privada atua complementarmente ao Estado. Assim, o STJ admite que o Judiciário assinale prazo para que a Administração decida sobre essa autorização, afirmando que a “falta do serviço de autorização” violaria o núcleo do princípio da eficiência administrativa⁷⁵⁸.

Trata-se de interessante aplicação do princípio da eficiência a partir das suas facetas de continuidade e celeridade, em que o Judiciário controla a morosidade da Administração Pública a partir do vetor constitucional da eficiência administrativa. Nesse ponto, não temos objeções quanto aos fundamentos apresentados, uma vez que a falta do serviço inviabiliza a própria satisfação das finalidades públicas.

Esses julgados não esgotam o tema. O que almejamos destacar é a dificuldade metodológica na aplicação dessa norma-princípio, que continua sendo utilizada, na maioria das vezes, de forma genérica e acessória, sem uma fundamentação concreta. Apesar de a eficiência ser utilizada como parâmetro para controle judicial dentro do tema de serviços públicos, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que se atinja uma aplicação parametrizada e minimamente fundamentada dessa norma-princípio no âmbito do controle dos serviços públicos.

8.2 A eficiência no procedimento administrativo

8.2.1 Processo e procedimento administrativo

⁷⁵⁸ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA — ADMINISTRATIVO — SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO — OUTORGA DE RÁDIO COMUNITÁRIA: LEI 9.612/98 E DECRETO 2.615/98 — NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE — DEMORA INJUSTIFICADA — OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA EFICIÊNCIA — PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO — SOLUÇÃO VIÁVEL NO CASO ESPECÍFICO.

1. A Lei 9.612/98 criou novo sistema de radiodifusão, facilitando a concessão, mas exigindo para funcionamento autorização prévia.

2. A falta do serviço de autorização, na linha da jurisprudência desta Corte, com base nos princípios da moralidade e da eficiência, permite, excepcionalmente, a intervenção do Poder Judiciário (grifo nosso).

3. Intervenção que não aceita a substituição do Legislador pelo Juiz, que se limita a assinar prazo para que a Administração delibere sobre o processo administrativo. Precedentes. 4. Pretensão examinada pelo pedido formulado na inicial. Solução que resta inviabilizada em razão da ausência de pedido na exordial. 5. Embargos de divergência providos.

(STJ. Embargos de divergência no Recurso Especial n.º 1.100.057/RS)

Há certa dissonância na doutrina acerca dos sentidos das ideias de processo administrativo e procedimento administrativo. Bandeira de Mello utiliza ambas expressões como sinônimas, afirmando que o “procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”⁷⁵⁹.

Para Carvalho Filho, o processo seria uma relação jurídica instrumentalizada à consecução de um fim, enquanto o procedimento seria o modo pelo qual os atos do processo se instrumentalizam à consecução do fim: a primeira noção seria estática, teleológica; a segunda dinâmica, instrumental à primeira⁷⁶⁰.

Em sentido contrário, Medauar afirma que procedimento significa uma sucessão encadeada de atos, enquanto processo implicaria um vínculo jurídico entre sujeitos litigantes, seja ante a própria Administração ou mesmo frente a outro sujeito, sob uma perspectiva contenciosa⁷⁶¹. Sem querer entrar na larga discussão existente sobre o tema, essa parece ser a melhor posição, dando um conteúdo sistemático aos distintos termos. Porém, lembramos que a Lei 9.784/99 adotou um sentido unívoco, falando apenas em “processo” administrativo, mesmo que também abranja aspectos do procedimento administrativo. Por esses motivos, utilizaremos as expressões como fungíveis.

Ademais, mesmo se superada essa distinção, verifica-se que o próprio vocábulo “procedimento” denota uma polissemia de significados: “ora refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para emanção dos atos administrativos, ora como a sequência de atos administrativos, cada qual *per se* desencadeando efeitos típicos (...), porém tendentes ao ato final”⁷⁶². Essa mesma polissemia é observada na obra de Di Pietro. Para a autora, procedimento “é o conjunto de formalidade que devem ser observadas para a prática de certo ato administrativo”⁷⁶³.

Para o objeto desse tópico, não nos interessa a noção de procedimento como requisito formalístico dos atos administrativos. Quanto a esse vocábulo, restringir-nos-emos ao sentido de sucessão encadeada de atos administrativos teleologicamente guiados ao mesmo fim.

Bandeira de Mello, a partir das lições de Carlos Ari Sundfeld, afirma que o ato administrativo não surge num passe de mágica: ele é produto de um procedimento em que se

⁷⁵⁹ MELLO, 2015, p. 499.

⁷⁶⁰ CARVALHO FILHO, 2014, pp. 982-984.

⁷⁶¹ MEDAUAR, 2014, p. 186.

⁷⁶² FIGUEIREDO, 2000, p. 404.

⁷⁶³ DI PIETRO, 2016, p. 767.

concretiza a vontade legal (geral e abstrata) no mundo dos fatos⁷⁶⁴.

Para Fortini (et. al.), o processo administrativo surge como uma forma de vivificar as ações administrativas, com o princípio do contraditório e da ampla defesa, reafirmando a ideia de que a ação administrativa seja resultado da colaboração e participação de todos os envolvidos. Segundo a autora, concepção de Estado democrático de direito (formal e substancial) só se torna efetivamente real quando os particulares passam de expectadores para verdadeiros auxiliares na confecção ou execução das normas jurídicas: “soluções prévias e mágicas, que desconhecem o caso concreto, são decisões ilegítimas e distantes do ideal democrático”⁷⁶⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro não há uma sistematização normativa uniforme quanto às matérias de procedimento e processo administrativo, uma vez que cada ente federativo detém competência própria para legislar sobre essas matérias. No âmbito federal, a Lei 9.784/99 é o diploma normativo que regula esses temas, estabelecendo a eficiência como princípio expresso dos processos administrativos (art. 2º), mesmo que a matéria já se submetesse naturalmente ao influxo dos vetores constitucionais estabelecidos no art. 37 da CRFB. Para Gabardo, a Lei 9.784/99 foi promulgada “tanto para servir como instrumento de liame entre a função de garantia e a função de eficiência do procedimento, quanto para servir de inspiração ao legislados dos Estados-membros”⁷⁶⁶.

Dentre as facetas da eficiência que influem no processo administrativo, destaca-se a ideia de celeridade de desburocratização, impondo o abandono de formalidades desnecessárias e a consecução das finalidades visadas, além do dever de tramitação célere do procedimento. Já discorreremos sobre essa relação no capítulo que aborda o conteúdo jurídico da eficiência administrativa, motivo pelo qual nos cingiremos à sua visualização na prática.

8.2.2 Análise jurisprudencial

Como o tema de procedimento administrativo pode abranger a instrumentalização do exercício de qualquer atividade administrativa que se inclua no âmbito da função administrativa⁷⁶⁷, cingir-nos-emos à demonstração dos julgados que tratam do dever de eficiência no processo administrativo (em que há interesses contrapostos). Analisando a

⁷⁶⁴ MELLO, op. cit., p. 500.

⁷⁶⁵ FORTINI; PEREIRA; CAMARÃO, 2008, p. 26.

⁷⁶⁶ GABARDO, 2002, p. 125.

⁷⁶⁷ Procedimentos de concurso público, licitação, produção de decisões administrativas, desapropriação, servidão administrativa, limitação administrativa, licença, autorização, permissão etc.

jurisprudência do STF a partir da catalogação de Silva⁷⁶⁸, não encontramos acórdãos relevantes que tratassem do dever de eficiência como parâmetro de controle de constitucionalidade na seara do processo administrativo. A situação é distinta no âmbito do STJ, no qual já é possível encontrar precedentes relacionados à matéria em análise, partindo de pesquisa realizada a partir do lapso temporal entre os anos de 1998 e 2018. Exemplificaremos.

No Mandado de Segurança n.º 12.847/DF, o STJ utilizou o princípio da eficiência para conceder parcialmente a segurança, relacionando a razoável duração do processo com o princípio da eficiência. Nesse sentido, o Tribunal conclui que a Administração Pública não pode postergar, indefinidamente, a conclusão de processo administrativo⁷⁶⁹.

Como já abordamos no capítulo que trata do conteúdo jurídico da eficiência administrativa, o direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CRFB, incluído pela EC n.º 45/04) é corolário da ideia de eficiência, apresentando-se como decorrência direta da faceta econômica da celeridade.

Em sentido análogo, o STJ vem admitindo que o Judiciário estabeleça prazo para encerramento da instrução de processo administrativo, utilizando o princípio da eficiência como um dos principais fundamentos, desde que não haja previsão legal e que essa apreciação esteja injustificadamente morosa. Trata-se de mais um exemplo concreto da aplicação da eficácia positiva (direta ou simétrica) dos princípios jurídicos, em que se extrai uma regra concreta a partir do núcleo material das normas-princípios⁷⁷⁰.

Nesse ponto, em oposição à ADC 12/DF, concordamos com a possibilidade de

⁷⁶⁸ SILVA, 2016.

⁷⁶⁹ MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE ANISTIA INDEFERIDO. RECURSO. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

1. A dilação probatória é estranha ao âmbito de cabimento do mandado de segurança. **2. A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao status de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo** (grifo nosso) 3. A despeito do grande número de pedidos feitos ao ministro da Justiça e dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, serem *pro bono*, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução num prazo razoável. 4. Ordem parcialmente concedida.

(STJ. Mandado de Segurança n.º 12.847/DF)

⁷⁷⁰ TRIBUTÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA APRECIÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 49 DA LEI N. 9.784/99. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

O STJ, em homenagem aos princípios da eficiência e moralidade previstos na Constituição Federal, tem admitido, na falta de previsão legal, a possibilidade de se estabelecer prazo para o encerramento da instrução do processo administrativo quando sua apreciação se mostrar morosa e injustificada. Precedentes (grifo nosso) 2. Não está o Poder Judiciário apreciando o mérito administrativo, apenas dando interpretação sistemática ao ordenamento jurídico, daí não se há falar em ofensa ao princípio da separação de poderes. Agravo regimental improvido.

(STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.143.129/ES)

estabelecimento dessa operação lógico-normativa para extração dessa regra positiva à luz das circunstâncias *concretas*, partindo do núcleo duro da eficiência administrativa e do direito fundamental previsto no art. 5º, LXXVIII da CRFB. Há uma nítida preocupação do STJ em cingir essa possibilidade à análise *in concreto*, apenas para os casos em que a apreciação do processo administrativo (meio) mostrar-se injustificadamente morosa, surgindo a possibilidade de que o próprio Judiciário fixe prazo para encerramento da instrução, preservando a satisfação do interesse público (finalidade distante) e promovendo a resolução da controvérsia (finalidade próxima).

Percebe-se que esses julgados enaltecem a dimensão da celeridade e desburocratização dos procedimentos, impondo um dever objetivo de finalização do processo em um período razoável, sempre em consonância com a vetorização do processo administrativo a partir da ideia de eficiência. Essa setorização dos julgados tem uma explicação lógica: o processo administrativo é um instrumento (meio) pelo qual se atingem as finalidades públicas, não constituindo um fim em si mesmo. Por isso, há um intrínseco dever de otimização desses meios, analisados a partir da relação de causalidade fixada com os próprios fins que o procedimento visa a almejar.

Ademais, esses precedentes constituem apenas um pequeno rol exemplificativo dessa aplicação, que não para aqui. Assim, repelimos quaisquer dúvidas que ainda restassem sobre a aplicação prática do princípio da eficiência administrativa como uma norma paradigmática para efetivação do controle judicial da eficiência dos procedimentos e processos administrativos.

8.3 A eficiência como dever dos servidores públicos

8.3.1 Fundamentos normativos

Partindo da taxinomia jurídica, a classe “servidores públicos” insere-se como espécie do gênero “agentes públicos”⁷⁷¹. Quando se utiliza a expressão “servidores públicos” em seu sentido amplo, compreendem-se tanto os servidores estatutários (sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos) quanto os empregados públicos (contratados sob o regime celetista e ocupantes de empregos públicos) e os servidores temporários (contratados por tempo determinado na forma do art. 37, IX da CRFB)⁷⁷². Em seu sentido estrito, cinge-se aos

⁷⁷¹ MELLO, 2015, p. 250.

⁷⁷² DI PIETRO, 2016, p. 655.

servidores estatutários.

Existem duas previsões análogas que fixam o dever de eficiência como um elemento de avaliação dos servidores públicos: I — a primeira deriva de disposição constitucional, nos moldes do art. 41, §1º, III da CRFB⁷⁷³; II — a segunda de legislação infraconstitucional, conforme previsão do art. 100 do Decreto-Lei 200/67⁷⁷⁴. A inteligência desses artigos direciona a interpretação a um conceito restrito de servidor público, abrangendo apenas aqueles que ocupam cargos públicos efetivos. Porém, é certo que os empregados públicos e os servidores temporários se submetem ao influxo tanto do princípio da eficiência administrativa quanto dos demais princípios da Administração Pública, por decorrência direta do art. 37 da CRFB.

Já abordamos esses dispositivos neste trabalho. A norma do Decreto-Lei foi a primeira a ser editada, estabelecendo a possibilidade de controle da própria Administração Pública Federal sobre servidores públicos comprovadamente ineficientes, dando fundamento legal à abertura de processo administrativo disciplinar para a desligamento do servidor com desempenho insatisfatório.

O art. 41, §1º, III da CRFB, seguindo a mesma linha, prevê a possibilidade de desligamento do servidor público mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, em que se verificaria a ineficiência da atividade exercida pelo agente público.

Para Gabardo, a determinação da eficiência no procedimento administrativo está diretamente conectada com seu elemento físico: os agentes públicos. O autor afirma que uma das principais falhas da burocracia brasileira foi o estabelecimento de uma nítida desproporcionalidade na remuneração de pessoal, com “estipêndios de um lado excessivos e de outro lado insuficientes”. Ademais, soma a esse fator a falta de uma estrutura organizacional capaz de responsabilizar pessoalmente os agentes públicos pelos atos que praticaram no contexto do procedimento administrativo. Segundo o autor, o produto dessa operação é o descrédito cultural vivenciado pelo serviço público brasileiro⁷⁷⁵.

Infelizmente, como veremos a seguir, são disposições normativas que ainda têm sido pouco aplicadas pela jurisprudência nacional, seja por conta de um possível sentimento

⁷⁷³ Art. 41 — São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998). III — mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)

⁷⁷⁴ Art. 100 — Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, **comprovadamente ineficiente** no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres (grifo nosso).

⁷⁷⁵ GABARDO, 2002, p. 127.

corporativista ou mesmo pelo enraizamento da cultura paternalista em *terra brasilis*, onde os favores e os apadrinhamentos se disseminam na vida cotidiana como consequência direta de uma crescente “pessoalização” das relações públicas⁷⁷⁶.

8.3.2 Aplicação jurisprudencial

Analisando a jurisprudência do STF, Silva identificou 27 acórdãos relevantes que tratam do dever de eficiência dentro do tema de servidores públicos. Dentre esses, a maioria (doze acórdãos) refere-se a questionamentos ao procedimento administrativo para provimentos dos cargos efetivos e empregos públicos: o concurso público. Outros seis acórdãos referem-se ao nepotismo⁷⁷⁷, enquanto os nove residuais não formam um conjunto específico⁷⁷⁸.

Também encontramos precedentes no âmbito do STJ que tratam do dever de eficiência como condicionante da atuação dos servidores públicos. Porém, os julgados em que esse princípio surge como fundamento geralmente relacionam-se com a acumulação indevida de cargos ou empregos públicos, aposentadoria ou questionamentos quanto ao procedimento de concurso público.

Nessa seara, o STJ vem confirmando o posicionamento do TCU de limitar a jornada semanal do servidor que acumule lícitamente cargos ou empregos públicos ao período máximo de 60 horas, extraíndo uma regra positiva a partir de uma interpretação conjunta do art. 37, XI da CRFB⁷⁷⁹ com o núcleo dos princípios da eficiência e da razoabilidade⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Cf.: HABIB, Sergio Brasil. **Quinhentos anos de corrupção**. Porto Alegre: Fabris, 1994., p. 9.

⁷⁷⁷ Já fizemos referências à Súmula Vinculante n.º 13 e à ADC 12/DF ao longo deste trabalho, em especial no tópico 7.2.7.

⁷⁷⁸ SILVA, 2016, p. 38.

⁷⁷⁹ Art. 37 (...) XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, **exceto, quando houver compatibilidade de horários**, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI (grifo nosso).

⁷⁸⁰ ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE. JORNADA SEMANAL SUPERIOR A 60 (SESSENTA HORAS). AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Trata-se de mandado de segurança atacando ato do ministro de Estado da Saúde consistente na demissão da impetrante do cargo de enfermeira por acumulação ilícita cargos públicos (com fundamento nos arts. 132, XII, e 133, § 6º, da Lei 8.112/90), em razão de sua jornada semanal de trabalho ultrapassar o limite de 60 horas semanais imposto pelo Parecer GQ-145/98 da AGU e pelo Acórdão 2.242/2007 do TCU. 2. Acertado se mostra o Parecer GQ-145/98 da AGU, eis que a disposição do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal — “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI” — constitui exceção à regra da não-acumulação; assim, deve ser interpretada de forma restritiva. **3. Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições**, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é

Pensamos que, nesse caso, há incidência mais intensa da ideia de razoabilidade, como um dever de harmonização do direito com suas condições externas de aplicação (dever de congruência)⁷⁸¹. Nesse sentido, viola a ideia de razoabilidade a cumulação de jornadas sobre-humanas ou “virtuais”, principalmente levando-se em conta o suporte empírico fático das condições observadas na realidade social concreta.

Porém, também concordamos que há uma violação à ideia de eficiência, dado que, a partir desse mesmo suporte empírico, pode-se concluir que profissionais da saúde que se submetam a jornadas de trabalho sobre-humanas ou desproporcionais (meio) não atenderão de forma ótima as finalidades públicas ínsitas aos cargos públicos que acumulam (fim). Apesar de ser uma generalização, há relevante suporte fático para sustentá-la, principalmente levando em conta as limitações de sono e descanso que permeiam a natureza humana (mesmo que de forma desigual).

Ademais, há de levar-se em conta que a amplitude da limitação é restrita aos servidores da saúde, em que o trabalho ocorre quase que integralmente de forma presencial. Da mesma forma que não é razoável que se exija uma perfeição absoluta dos servidores públicos no exercício de certo cargo público, não se pode admitir que estes submetam-se a jornadas desproporcionais.

Porém, entendemos que o mesmo entendimento não pode ser estendido a todos os servidores da Administração Pública, tendo em vista que existem regimes de trabalhos distintos e não necessariamente presenciais, como no caso de servidores com jornadas flexíveis, professores, ou servidores que fiquem de sobreaviso. Nestes casos, a jornada maior que sessenta horas não será necessariamente desproporcional, devendo ser analisada concretamente.

Como já dissemos, não negamos a possibilidade de controle jurisdicional da eficiência administrativa de normas abstratas: apenas sustentamos que essa possibilidade ocorrerá em casos excepcionalíssimos, em que o vício de eficiência esteja suficientemente delineado nos elementos apresentados no caso dos autos, sempre levando em conta a incidência da

impossível em condições de sobrecarga de trabalho. 4. Também merece relevo o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido da coerência do limite de 60 (sessenta) horas semanais — uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento) —, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. **Ora, é limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal.** 5. No caso dos autos, a jornada semanal de trabalho da impetrante ultrapassa 60 (sessenta) horas semanais, razão pela qual não se afigura o direito líquido e certo afirmado na inicial. 6. Segurança denegada, divergindo da Relatora (grifo nosso).

(STJ. Mandado de Segurança n.º 19.336/DF)

⁷⁸¹ ÁVILA, 2015, p. 194 e ss.

condicionante da razoabilidade no processo de definição da eficiência *stricto sensu* que se almeja na atividade administrativa.

Seguindo, cabe exemplificar precedente em que o STJ utilizou o princípio da eficiência administrativa para manter decisão que negou o registro de aposentadoria compulsória. No caso concreto, o servidor público distrital estava afastado por mais de vinte e seis anos, e, ainda assim, pleiteava seu suposto direito à aposentadoria compulsória. Utilizando uma interpretação eminentemente principiológica, o STJ afastou a alegação de configuração do direito subjetivo à aposentadoria, confirmando a negativa do registro de aposentadoria pelo Tribunal de Contas Distrital⁷⁸².

Nesse caso, não há um controle de eficiência propriamente dito. Percebe-se que a eficiência surge, mais uma vez, como um argumento retórico, apenas para reforçar o que se afirma. Na verdade, há uma nítida ilegalidade que se arrastou ao longo do tempo, sustentada pela ausência de boa-fé objetiva do servidor público. Essa situação, por si só, já obsta a concessão de aposentadoria do servidor público. Eventual “ineficiência” da situação seria, em último caso, meramente reflexa.

Ademais, nesse Tribunal já foi possível encontrar (poucos) precedentes que abordam a ineficiência na conduta dos servidores públicos, sempre a partir de um resultado insatisfatório na avaliação de desempenho⁷⁸³. Sem querer adentrar na polêmica acerca da natureza jurídica

⁷⁸² ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. NEGATIVA DE REGISTRO DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DISTRITAL. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO POR TEMPO INDETERMINADO MANTIDO POR MAIS DE DUAS DÉCADAS E MEIA. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DO SUPRAPRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. RECURSO NÃO PROVIDO (...)

4. Arrastada ao longo dos tempos, a situação irregular do impetrante implicou o bloqueio da vaga de um cargo de Professor, fazendo com que o Distrito Federal deixasse de contar com um servidor que deveria estar empenhado na relevante missão de formar os cidadãos, em escolas que, sabidamente, sofrem com ausências crônicas de professores, em clara afronta aos princípios da moralidade, da eficiência e do supraprincípio do interesse público. 5. No campo ético, a concessão do pleito importa grave violação ao princípio da boa-fé, e ao subprincípio do venire contra factum proprium, o qual veda o comportamento sinuoso, contraditório, inclusive nas relações entre a Administração Pública e o particular. 6. Na espécie, foi constatado que, durante o afastamento, o impetrante laborou em dois outros cargos públicos na esfera federal (Procurador do Ibama em conjunto com um Posto Militar), da qual se infere convicção de que o autor nunca pretendeu a reassunção do cargo de Professor na extinta Fundação Educacional do Distrito Federal. 7. Recurso ordinário não provido (grifo nosso).

(STJ. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 43.683)

⁷⁸³ ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO AUXILIAR DO TJSC. ESTÁGIO PROBATÓRIO. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA. DESEMPENHO INSATISFATÓRIO. EXONERAÇÃO. LEGALIDADE. 1. A aquisição da estabilidade no serviço público ocorre após o implemento de 3 anos no cargo e a aprovação na avaliação de estágio probatório. 2. A avaliação do servidor deve levar em consideração o desempenho durante todo o período de três anos, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. Hipótese em que foram realizadas 12 avaliações em períodos trimestrais e subsequentes, sendo que, em sete delas (3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 9ª, 10ª e 12ª), o recorrente não obteve grau satisfatório em pelo menos um dos

desse desligamento (demissão ou exoneração), destacamos que todos os julgados que encontramos no âmbito do STJ, dentro do lapso temporal de 1998 a 2018, tratavam da reprovação de servidor em estágio probatório após avaliações negativas de desempenho.

É verdade que o art. 41, §1º, III da CRFB prevê a possibilidade de desligamento de servidor *estável* após avaliação periódica de desempenho, assegurada a ampla defesa. Porém, não custa lembrar que o referido dispositivo constitucional é uma norma constitucional de eficácia limitada, e, infelizmente, no âmbito federal, ainda não foi editada a lei complementar necessária a conferir plena eficácia à norma constitucional.

Por outro lado, já existem diplomas regulamentando a questão no âmbito de algumas unidades federativas. Em Minas Gerais, por exemplo, a Lei Complementar 71/2003 instituiu a avaliação periódica de desempenho individual prevista no dispositivo constitucional, disciplinando a perda de cargo ou função pública (inclusive de servidor estável) em virtude de desempenho insuficiente. Conforme sua ementa, a referida lei limita-se aos servidores da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo⁷⁸⁴.

Pelo exposto, podemos concluir que: I — os precedentes elencados demonstram que os próprios tribunais superiores já vêm exercendo o controle jurisdicional a partir da ideia de eficiência administrativa, mesmo que em número restrito de precedentes; II — porém, esse quantitativo não afasta o fato de que o princípio da eficiência administrativa vem sendo reiteradamente utilizado como argumento genérico ou acessório para fundamentação de decisões jurisdicionais, muitas vezes sem a demonstração de sua subsunção ao caso concreto; III — há, ainda, uma polissemia de significados para a ideia de eficiência, o que prejudica a

quatro quesitos, notadamente disciplina e/ou eficiência, fatores estes suficientes para afastar o bom desempenho obtido nas demais avaliações, ocorridas no 1º, 2º, 7º, 8º e 11º períodos. 4. Agravos regimentais providos para negar provimento ao recurso ordinário.

ADMINISTRATIVO. POLICIAL CIVIL. REPROVAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. FATOS TAMBÉM APURADOS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POSSIBILIDADE E INDEPENDÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO DEMONSTRADO. 1. A decisão administrativa que conclui pela não-permanência de servidor, por não satisfeitos os requisitos do estágio probatório, não constitui penalidade administrativa, mas tão-somente um exame sobre a aptidão ou eficiência para o exercício das funções, o qual se exige seja devidamente fundamentado. Inexiste vedação de que sejam levados em consideração fatos já apurados em processo administrativo disciplinar. 2. No caso dos autos, a avaliação final do estágio probatório concluiu que, apesar de não terem sido finalizados o PAD e o inquérito policial a que respondia o servidor, recomendou a exoneração, porquanto ele não atendia as qualificações exigidas para o desempenho do cargo de policial civil, dentre elas a idoneidade moral. 3. No procedimento de avaliação de estágio probatório, exige-se que seja assegurado ao servidor reprovado o contraditório e a ampla defesa, o que ocorreu na hipótese, Eventual cerceamento, bem como prejuízo sofrido, deveriam ter sido demonstrados pelo recorrente, em face do princípio *pas de nullité sans grief*. 4. Recurso ordinário improvido.

Respectivamente: STJ. Agravo regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 49.850; STJ. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 23.742.

⁷⁸⁴ Conferir: MINAS GERAIS. Lei Complementar n.º 71, de 30 de julho de 2007. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=71&comp=&ano=2003>. Acesso em: 18/10/2018.

previsibilidade das decisões judiciais e dificulta a aplicação concreta dessa norma-princípio.

Essas conclusões apenas reforçam a importância de todos os trabalhos que se arriscam a enveredar no nebuloso campo que envolve o estudo da eficiência administrativa, principalmente a partir da enunciação dos seus elementos nucleares e de sua imbricação com as demais normas que compõem o regime jurídico constitucional.

8.4 A aplicação da teoria dos jogos como possível ferramenta auxiliar

Em artigo de nossa autoria, sustentamos a possível aplicabilidade da teoria dos jogos como ferramenta auxiliar na efetivação do controle judicial da eficiência administrativa⁷⁸⁵. Pela afetação ao objeto desta dissertação, sintetizaremos o que expomos naquela oportunidade, fechando nossa exposição.

Para se compreender a utilidade e aplicação da teoria dos jogos ao direito, primeiro é necessário voltar aos seus fundamentos básicos, principalmente no que diz respeito aos “elementos” para a caracterização de um jogo e a ideia de equilíbrio no mesmo.

O nascimento da teoria dos jogos geralmente é relacionado com os trabalhos do matemático John von Neumann (1903-1957), que desenvolveu — pioneiramente — o estudo dos jogos de soma zero em seu livro *The Theory of Games and Economic Behavior* (1944). Alguns ainda costumam apontar certos autores como precursores dessa “teoria dos jogos”, tal como o matemático francês Antonie Augustin Cournot (1801-1877), o alemão Ernst Friedrich Zermelo (1871-1953) e o também francês Félix Edouard Justin Emile Borel (1871-1956).

Porém, o estudo dos jogos veio a se consolidar com o trabalho dos autores John F. Nash Jr., John C Harsanyi e Reinhard Selten, que a partir de 1950 desenvolveram diversas ferramentas para analisar a modelação dos jogos, não se restringindo apenas aos jogos de soma zero, como Neumann. O trabalho desses três autores rendeu-lhes o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1994.

A teoria dos jogos busca estudar as interações estratégicas, aplicando ferramentas da matemática aplicada e da lógica para tentar compreender o processo de decisão dos agentes envolvidos: trata-se de um modelo formal de representação dessas interações. Para haver jogo, o primeiro pressuposto é a existência de uma interação estratégica.

Se há uma interação, também se pressupõe a existência de pelo menos dois agentes

⁷⁸⁵ DADALTO, Lucas Dutra. Controle judicial da eficiência administrativa: aplicação da teoria dos jogos como ferramenta auxiliar. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Salvador, v. 4, n. 1, pp. 18-36, jan./jun. 2018. Disponível em: www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/4157; acesso em: 01/09/2018.

que interagem entre si. Nas palavras de Fiani, um jogo “nada mais é do que uma representação formal que permita a análise das situações em que agentes interagem entre si, agindo racionalmente”⁷⁸⁶. Os agentes são indivíduos — podem ser um indivíduo singular ou mesmo um grupo de indivíduos — que têm capacidade de tomar decisões que afetam os demais.

Assumindo o comportamento racional desses agentes, ou seja, que esses empregarão “os meios mais adequados aos objetivos que almejam, sejam quais forem esses objetivos”⁷⁸⁷, torna-se possível modelar graficamente os possíveis desdobramentos das ações dos agentes, criando-se um “jogo”: esse é o objeto a partir do qual toda a teoria dos jogos se desenvolve.

Essas interações estratégicas podem ser facilmente visualizadas no direito, em especial no âmbito da função administrativa. Por conseguinte, o instrumental da teoria dos jogos pode auxiliar na visualização das zonas positiva e negativa da ideia de eficiência em certos casos práticos, desde que haja interações estratégicas entre agentes. Imaginemos, por exemplo, o questionamento de um edital de licitação em ação popular por conta dos termos estabelecidos serem prejudiciais à Administração Pública, favorecendo um resultado bem abaixo do que poderia ser conseguido e, assim, configurando o vício de ineficiência.

O estudo dos leilões é uma das maiores aplicações da Teoria dos Jogos, tendo rendido o Prêmio Nobel de Economia (1996) a William Vickrey (1914-1996). Nesse campo da teoria dos jogos desenvolveram-se estudos que visam a analisar o desenho de mecanismos de leilão. Adentra-se, assim, na análise da atividade de criação de uma interação estratégica, partindo da perspectiva de quem define as regras internas em que essa interação se desenvolverá. A partir desse instrumental, almeja-se maximizar a eficiência global do jogo proposto, sempre partindo de conceitos lógicos e matemáticos⁷⁸⁸.

Na prática, uma vez identificada a interação estratégica e sendo o valor questionado relevante, o magistrado nomeia um ou mais peritos⁷⁸⁹ especialistas em teoria dos jogos para modelarem o jogo em questão, de forma a representar fidedignamente a interação estratégica que se questiona. É claro que as representações sempre reduzem a realidade e nunca serão cem por cento precisas, mas há uma clara base matemática que sustenta a teoria dos jogos.

A partir desse modelo, o juiz terá uma base realmente técnica para decidir se o ato em questão padece do vício de ineficiência ou não e, sendo o caso, determinar a invalidade do ato

⁷⁸⁶ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 13.

⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, p. 282 e ss.

⁷⁸⁹ Art. 156 da Lei n.º 13.105/2015: “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”.

administrativo. A representação do jogo certamente facilitaria a visualização do real cenário da interação estratégica, facilitando a aferição da eficiência no caso concreto.

O fundamento jurídico principal seria o próprio princípio da eficiência administrativa (art. 37 da CRFB). Nesse caso, para se concretizar e aplicar o referido princípio, importa-se o instrumental da teoria dos jogos para auxiliar na extração dos seus efeitos em determinado concreto.

A licitação nada mais é do que o desenho de um jogo, em que se definem as regras de competição entre agentes econômicos com interesses contrapostos. Em licitações com um objeto de custo monumental, o próprio Judiciário poderia atuar positivamente para desenhar um procedimento materialmente eficiente, com o auxílio do instrumental matemático da teoria dos jogos. Em verdade, na própria fase interna das licitações de grande vulto já seria possível solicitar o auxílio de especialistas em teoria dos jogos para desenhar o jogo em questão. Esse auxílio poderia ser incluído, por exemplo, no “estudo técnico” exigido para abertura de licitação de parcerias público-privadas, conforme art. 10, I, da Lei 11.079/2004⁷⁹⁰.

Indo mais além, poderia ser questionada a própria constitucionalidade de certas disposições das leis que estabelecem o regime jurídico das contratações públicas, como da Lei n.º 8666/93, valendo-se dos estudos de autores das teorias dos jogos para demonstrar eventual vício de ineficiência de determinadas normas. É certo que disposições legais podem acabar obrigando o “desenhista” a elaborar editais segundo regras que não seriam, necessariamente, as mais adequadas à satisfação das finalidades públicas.

A Lei n.º 8666/93, por exemplo, obriga que a maior parte das licitações seja realizadas na forma de um “leilão”⁷⁹¹ simultâneo de envelopes lacrados (Art. 43, III e §3º da Lei

⁷⁹⁰ Art. 10 — A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I — autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato.

⁷⁹¹ Fala-se em “leilão” não como uma modalidade de licitação (que se limita a venda ou alienação de bens móveis e imóveis), mas, de forma genérica, como qualquer concorrência de propostas (venda ou compra), de acordo com a acepção dada pela doutrina econômica. No leilão de envelopes lacrados, os concorrentes fazem um lance em escrito e em segredo, que são avaliados simultaneamente na fase de julgamento das propostas. Trata-se do caso da Lei 8.666/93, conforme inteligência do art. 43, III desta mesma lei.

8.666/93). Não há qualquer espaço legal para a adoção do chamado leilão de Vickrey⁷⁹², modalidade de leilão que vem sendo largamente estudado por ser mais eficiente em certas situações especificamente determinadas⁷⁹³.

No âmbito do direito regulatório, o instrumental da teoria dos jogos também seria útil à visualização tanto do favorecimento de capturas de agências quanto de formações de cartéis/monopólios/oligopólios. A legislação que regula certa atividade econômica desenha as normas em que a atividade econômica será desenvolvida, influenciando a forma como as interações estratégicas se desenvolverão. Aqui, também há perfeita aplicabilidade da modulação de jogos.

Por todo o exposto, com fundamento no vetor da eficiência administrativa e no art. 156 do CPC, conclui-se que não há qualquer óbice para que a teoria dos jogos seja utilizada como ferramenta auxiliar na efetivação do controle judicial da eficiência administrativa. Admitimos que seja uma ideia nova, e que pode gerar certa estranheza aos juristas mais conservadores. Todavia, a teoria dos jogos apresenta-se como um campo de estudos com nítida base científica e amplíssima aplicabilidade, tendo expandido-se nos últimos anos para também abranger o estudo das Ciências Sociais aplicadas, dentre as quais o Direito se inclui.

⁷⁹² No leilão de Vickrey (ou leilão de segundo preço) o ganhador não paga o preço que ofertou, mas sim o da segunda melhor oferta.

⁷⁹³ FIANI, 2015, pp. 300-301.

9. CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto ao longo deste trabalho, podemos concluir que:

1. O princípio da eficiência administrativa, assim como os demais princípios que compõem o artigo 37 da CRFB, somados aos princípios constitucionais implícitos da segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade, constituem os pilares que dão sustentação ao regime jurídico-administrativo, deles derivando todo o complexo sistêmico de regras e princípios que compõem esse regime.

2. Consolidado como uma norma-princípio de envergadura constitucional, possui plena eficácia normativa, gerando efeitos concretos a partir das diversas espécies de eficácia jurídica dos princípios. Partindo desses fundamentos, legitima-se a sua aplicação como parâmetro de controle da Administração Pública, incluindo o controle jurisdicional.

3. O princípio da eficiência administrativa já possui ampla previsão normativa no sistema jurídico brasileiro, tanto em normas de hierarquia constitucional quanto na legislação infralegal, tendo sido normatizado no contexto da tentativa de implementação de reformas gerenciais.

4. A eficiência, por mais que seja um conceito jurídico indeterminado, possui certos traços nucleares que podem ser determinados objetivamente. Seu comando nuclear consiste em um mandamento de otimização da relação de causalidade entre meios e fins, levando em conta a satisfação ótima das finalidades públicas. Sua inserção no sistema jurídico constitucional gerou uma deformação teleológica da ideia econômica de eficiência, inserindo facetas jurídicas (além das próprias facetas econômicas) que guiarão sua aplicação no mundo dos fatos. Ademais, há uma relação formal entre as ideias de proporcionalidade e eficiência, de maneira que o método já consolidado para análise da primeira pode ser utilizado como um suporte para análise de eficiência, sugerindo-se a criação de um *iter procedimental* unificado para verificação dos mandamentos de otimização afetos à relação de causalidade estabelecida entre meios e fins, sempre instrumentalizada à proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Assim, dividimos a análise de eficiência em *lato* e *stricto sensu*, com a lógica da razoabilidade incidindo como condicionante interpretativa desta última. Tudo isso atesta a viabilidade do controle judicial da eficiência administrativa, além de compatibilizar o controle a partir desse princípio com o totem da segurança jurídica, dando elementos claros para que se possa analisar a extração dos efeitos dessa norma em sede judicial, administrativa ou mesmo legislativa.

5. A interpretação do princípio da eficiência *pode* gerar discricionariedade, mas apenas

em casos em que, concretamente, não seja possível extrair uma única solução unívoca que satisfaça as finalidades públicas da *melhor forma possível*, surgindo uma autorização normativa implícita para que o intérprete utilize seus critérios subjetivos na tentativa de determinar a solução ótima, dado que a *busca dessa solução ótima ao atendimento das finalidades legais* sempre será um aspecto vinculado de qualquer ato administrativo. Porém, essa análise nunca ocorrerá em abstrato, sendo uma questão afeta ao *meritum causae* da ação judicial. Isso afasta qualquer tentativa de se obstar o controle judicial da eficiência administrativa a partir de uma alegação de impossibilidade jurídica do pedido. Sendo possível determinar uma solução unívoca para atender as finalidades públicas de forma ótima, há verdadeira vinculação, mesmo que haja previsão de conceitos jurídicos indeterminados na hipótese, mandamento ou finalidade da norma. Esta análise será feita inicialmente pelo administrador competente para a prática do ato e, havendo dúvidas ou questionamentos, pelos respectivos órgãos de controle legitimados a analisar a juridicidade do ato em questão.

7. Foi possível extrair certos parâmetros que devem guiar o controle judicial da eficiência administrativa, principalmente a partir de uma interpretação dogmática do princípio da eficiência e das normas estabelecidas pela Lei 13.655/2018, que, finalmente, fixa certas condicionantes (ou critérios) que podem auxiliar a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados em sede de controle judicial, administrativo ou legislativo. Como demonstramos, o principal parâmetro é o próprio *iter procedimental* consolidado para a análise de proporcionalidade, que pode ser utilizado instrumentalmente para um exame inicial de eficiência, em sua perspectiva ampla (*lato sensu*). Também fixamos que a análise de eficiência sempre será relativa (ou relacional) a determinados parâmetros concretos de comparação, não havendo eficiência *in absoluto*, mesmo que, excepcionalmente, possa haver a análise de eficiência de normas gerais e abstratas. Ademais, identificamos na Lei 13.655/2018 diversos critérios que devem ser obrigatoriamente seguidos para efetivação do controle judicial da eficiência administrativa, que, na verdade, agem como verdadeiras “condicionantes” desta forma de controle. Todos estes fatores, somados à delimitação das hipóteses de incidência da discricionariedade administrativa e seus respectivos limites, alicerçam a viabilidade do controle judicial da eficiência administrativa.

8. Essa espécie de controle judicial da Administração Pública pode ser aplicada em áreas fundamentais do Direito Administrativo, principalmente no que toca aos serviços públicos. Ainda que timidamente, já é possível identificar julgados nos tribunais superiores que utilizam o princípio da eficiência como parâmetro decisório, seja para procedência ou mesmo improcedência da arguição, mesmo que ainda com certa imprecisão ou de forma

demasiadamente genérica.

9. Por todo o exposto, confirmamos a hipótese de que o princípio da eficiência foi transfigurado por sua inserção no regime jurídico constitucional, de forma que, partindo de uma exposição do seu conteúdo jurídico, delineamos as facetas jurídicas e econômicas que compõem o núcleo duro desta norma-princípio, sempre derivadas do mandamento de otimização da relação de causalidade entre meios e fins inerente a este princípio. Nada obstante, refutando parte da hipótese inicial, identificamos uma semelhança meramente formal (ou estrutural) entre os princípios da eficiência e proporcionalidade, não havendo *identidade parcial ou mesmo inclusão de um no outro*. Como explanamos, são normas-princípios com núcleos, comandos e fundamentos distintos. Contudo, essa distinção material não afasta a semelhança formal/estrutural entre as duas normas, que se instrumentalizam a partir do estabelecimento da relação de causalidade entre meios e fins.

10. Quanto à hipótese de viabilidade judicial e material do controle judicial da eficiência administrativa, assentamos que não há qualquer óbice jurídico ou material para efetivação desta forma de controle, mesmo que ainda possa existir dificuldade práticas ou circunstanciais na extração dos efeitos desta norma-princípio, principalmente pela complexidade da demonstração probatória dos vícios de eficiência, em especial no caso de normas gerais e abstratas (atos normativos), além da polissemia de significados que são atribuídos ao princípio da eficiência.

11. No que toca aos objetivos deste trabalho, pensamos que cumprimos a dupla função inicialmente anunciada. Nesse sentido, estabelecemos a base jurídica para efetivação do controle judicial da eficiência administrativa (*função fundamentadora*), da mesma forma que analisamos os limites e condicionantes desta forma de controle (*função limitadora*), impedindo que o referido princípio seja utilizado como uma “cláusula aberta”, moldável de acordo com os interesses do aplicador. Compatibiliza-se, assim, o controle judicial a partir do princípio da eficiência com o princípio da segurança jurídica.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y Administración — Tres estudios**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Roma: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, pp. 151-179 jan./mar. de 1999.

_____. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na atividade administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público**. v.1, n. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o particular”. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, v.1, n. 7, Salvador, out. 2001.

_____. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AVOLIO, Luiz Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Fundamentais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, pp. 159-188, jul./set. 2000.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, pp. 141-176, abril/junho 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?** Conjur, 8 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 01/05/2018.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECHO, Renato Lopes. Princípio da eficiência da Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: NJD, 1999.

BÉNOIT, Francis-Paul. **Le droit administratif français**. Paris: Dalloz, 1968.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.).

Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** Vol. 1. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Principi generali di Diritto.** Novissimo Digesto Italiano, v. 13. Turim: 1957.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988.

_____. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

_____. **Código de Processo Civil.** Lei n.º 13.105/2015, de 16 de março de 2015.

_____. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

_____. Improbidade Administrativa, Tese 1. **Jurisprudência em Teses.** 38. ed. Brasília: Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 05 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 17 de julho de 2018.

_____. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.** Decreto-Lei ° 4.657, de 4 de setembro de 1942.

_____. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992.

_____. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

_____. Lei n.º 9.074, de 7 de julho de 1995.

_____. Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998.

_____. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

_____. Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

_____. Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017.

_____. Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018.

_____. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília: Presidência da República, 1995.

_____. Presidência da República. Mensagem de Veto n.º 212, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13655-25-abril-2018-786606-veto-155431-pl.html>. Acesso em: 09/09/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 679.845. 2ª Turma. Relator: ministro Herman Benjamin. Data de julgamento: 16/06/2016. Publicado no DJe em 05/09/2016. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.143.129/ES. 2ª Turma. Relator: ministro Humberto Martins. Data de julgamento: 17/11/2009. Publicado no DJe em 25/11/2009. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 49850. 1ª Turma. Relator: ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de julgamento: 09/05/2017. Publicado no DJe em 30/05/2017. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.100.057/RS. 2ª Turma. Relatora: ministra Eliana Calmon. Data de julgamento: 28/10/2009. Publicado no DJe em 10/11/2009. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência n.º 540. Brasília, DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 30/07/2018. Publicação: 28 de maio de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 12.847/DF. 3ª Seção. Relatora: ministro Hamilton Carvalhido. Data de julgamento: 20/03/2008. Publicado no DJe em 05/08/2008. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 19.336/DF. 1ª Seção. Relatora: ministra Eliana Calmon. Data de julgamento: 26/02/2014. Publicado no DJe em 14/10/2014. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 857.596/RN. 2ª Turma. Relatora: ministra Eliana Calmon. Data de julgamento: 06/05/2008. Publicado no DJ em 19/05/2008, p. 1. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 879.188/RS. 2ª Turma. Relator: ministro Humberto Martins. Data de julgamento: 21/05/2009. Publicado no DJe em 02/06/2009. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 43.683. 2ª Turma. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. Data de julgamento: 28/04/2015. Publicado no DJe em 07/05/2015. Brasília, DF.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 23.742. 5ª Turma. Relator: Jorge Mussi. Data de julgamento: 20/09/2011. Publicado no DJe em 30/09/2011. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n.º 14/DF. Tribunal Pleno. Relator: ministro Carlos Ayres Britto. Data de julgamento: 20/08/2008. Publicado no DJe em 18/12/2009. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.923/DF. Tribunal Pleno. Relator: ministro Carlos Ayres Britto. Data de julgamento: 16/04/2015. Publicado no DJe em 04/05/2015. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.059/RS. Tribunal Pleno. Relator: ministro Carlos Ayres Britto. Data de julgamento: 09/04/2015. Publicada no DJ em 18/05/2015. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.386/DF. Tribunal Pleno. Relator: ministra Carmen Lúcia. Data de julgamento: 14/04/2011. Publicado no DJe em 23/08/2011. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 24/DF. Tribunal Pleno. Relator: ministro Dias Toffoli. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno em Recurso Extraordinário com Agravo n.º 565.223/SC. 2ª Turma. Relator: ministro Cezar Peluso. Data de julgamento: 12/09/2006. Publicado no DJe em 12/09/2006. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n.º 728.143/SP. 2ª Turma. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 11/06/2013. Publicado no DJe em 11/06/2013. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência n.º 343. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo343.htm>. Acesso em 30/06/2016. Publicação: 12 a 16 de abril de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 579-951/RN. Tribunal Pleno. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 20/08/2008. Publicado no DJe em 24/10/2008. Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 13.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 346.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 473.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Florianópolis: UFSC, 1997. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas — Especialidade Direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Catarina (UFSC).

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

BULLINGER, Martin. A discricionariedade da administração pública. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, pp. 3-23, abr. 1987.

BRITTO, Carlos Ayres. **Voto do ministro Carlos Ayres Britto**, Relator da ADI n.º 3.059/RS, Brasília, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8398297>; Acesso em: 02/10/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts**. Yale: The Yale Law Journal, Vol. 70, No. 4, 1961.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **A Discricionariedade e o Estado de Direito**. In: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da Administração**. 5ª ed. São Paulo: Makron Books, 1997.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. Chicago: University of Chicago Press, Reprint, 1960.

COELHO, Daniela Mello. **Administração Pública Gerencial e Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COLEMAN, Jules. **Markets, morals and the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DADALTO, Lucas Dutra. Controle judicial da eficiência administrativa: aplicação da teoria dos jogos como ferramenta auxiliar. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Salvador, v. 4, n. 1, pp. 18-36, jan./jun. 2018. Disponível em: www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/4157; acesso em: 01/09/2018

DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 5, 2006. Disponível em: www.direitodoestado.com/revista. Acesso em 26/06/2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIDIER, Fredie Jr. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil**, v. 52, pp. 36-42, 2013.

_____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. I. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER Jr, Fredie; MOUTA José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores Públicos na Constituição Federal**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Is wealth a value?**. Chicago: The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, 1980.

_____. **Levando os direitos à sério.** Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FALZONE, Guido. **Il Doveri di buona amministrazione.** Milão: Giuffrè, 1953.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina legislação e jurisprudência.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Edimur. **Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio.** 7ª ed. Curitiba: Positivo, 2008.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FORTINI, Cristiana; MIRANDA, Iúlian. A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, v. 05, pp. 55-78, 2012.

FORTINI, Cristiana. PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo Administrativo: comentários à Lei n.º 9.784/1999.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. **Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira.** Interesse Público — IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, pp. 27-44, mar./abr. 2017.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal: exegese do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as modificações introduzidas pela legislação posterior.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, pp. 165-177, abr. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47532/45218>. Acesso em: 19/08/2018.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariedade administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRIEDMAN, David Director. **What economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé na administração pública, o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2011.

GIUFFRIDA, Armando. **Il “diritto” ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità**. Torino: G. Giappichelli, 2012.

GOODNOW, Frank J. **Les principes du droit administratif des États-Unis**. Paris: V. Giard & e. Brière, 1907.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABIB, Sergio Brasil. **Quinhentos anos de corrupção**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, pp. 151-161, jul. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47421/45313>. Acesso em: 09/07/2018.

HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administrati**. Paris: Recueil Sirey. 1926.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HORNBY, Albert Sidney. **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1978.

JIMENEZ, Jose Carlos Torné. **El derecho administrativo entre la sociologia y la dogmática**. Granada: Universidad de Granada, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. A interpretação. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução e notas relativas ao direito brasileiro vigente: Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas do Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**, v. 49, n. 2, abr./jun. 1998. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/364/370>; Acesso em: 13/08/2018.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Os princípios do direito penal e o direito administrativo sancionador. *In*: FORTINI, Cristiana. **Servidor público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 4ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1964.

LIMA, Sérgio Mourão Correa (coord.). **Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos**. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>. Acesso em: 15/08/2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial**. Conjur, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#_ftn1. Acesso em: 13/08/2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador**. *Conjur*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniaio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 15/08/2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 730, abr. 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v.1, n.º. 5, agosto de 2001.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MINAS GERAIS. Lei Complementar n.º 71, de 30 de julho de 2007. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LCP&num=71&comp=&ano=2003>. Acesso em: 18/10/2018.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. V. 51, n. 2, pp. 105-120, Brasília, abr-jun 2000. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>. Acesso em: 10/08/2018.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O impacto do CPC/2015 nos processos administrativos: uma nova racionalidade**. *Direito do Estado*, Num. 104, 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/o-impacto-do-cpc-2015-nos-processos-administrativos-uma-nova-racionalidade. Acesso em 19/06/2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo e princípio da eficiência. *In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. As Leis de Processo Administrativo — Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book.

_____. Moralidade administrativa — Do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, pp. 1-44, out. 1992.

_____. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTA, Marcelo. **Pragmatismo jurídico, positivismo normativista, e liberalismo político-econômico Austríaco**. Artigo apresentado no XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. São Paulo: Anais do CONPEDI, 2009.

MÜLLER, Pierre. Le principe de la proportionnalité. *In: Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge, v. 97, fasc. 3, Basel, 1978.

NEIVA, José Antônio Lisboa. **Improbidade Administrativa**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa: Direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018. E-book.

_____. **Reforma administrativa burocrática: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo, Malheiros: 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Do Ato ao Processo Administrativo: a Crise da Ideia de Discricionariedade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.102, n. 930, pp. 23-49, abr. 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PINHEIRO, Armando Castelar & SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Eric; SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Análise Econômica do Direito Contratual — Sucesso ou Fracasso?**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. Boston: Little Brown, 2nd edition, 1992.

_____. **The Problem of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **MPF promove ação nacional para cobrar uso de ponto eletrônico por médicos e profissionais do SUS**. Brasília, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-promove-acao-nacional-para-cobrar-uso-de-ponto-eletronico-por-medicos-e-profissionais-do-sus>.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 6, pp. 41-78, out. 1946.

RAWS, John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODÓ, Laureano Lopes. O poder discricionário da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 35, pp. 40-47, 1954.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner**. São Paulo: FGV, 2008. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30. Acesso em: 15/08/2018.

SALVIA, Filippo. **La buonaamministrazione e suoi miti**. Diritto e Società, n.º 1. Pádua: CEDAM, 2004.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. Função Administrativa. **Revista de Direito Público**, vol. 89, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SICHES, Luiz Recasens. **Introducción al Estudio del Derecho**. 12ª ed. México: Porrúa, 1997.

SILVA, Almiro do Couto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com a relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, pp. 21-31, jan. 1996.

SILVA, Gabriel Cozendey Pereira. **O dever constitucional de eficiência administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) — Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Rio).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ**, Itajaí, v. 15, n. 1, pp. 158-173, 2010.

STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. **Revista de Direito Público da Economia — RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, pp. 213-216, abr./jun. 2016.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004.

TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. *In*: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VILLAMIL, Arthur. A Função Social da empresa analisada sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia — AMDE**, v. 14, 2010. Disponível em: www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/download/267. Acesso em: 10/06/2018.

WARKE, Tom. A Reconstruction of classical utilitarianism. **Journal of Bentham Studies**, Londres, n. 3, UCL Bentham Project, 2000. Disponível em: http://discovery.ucl.ac.uk/667/1/003__2000__T.Warke_2000.pdf. Acesso em: 27/08/2018.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. **Revista Diálogo Jurídico**, Ano I, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, 2001.