

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Jorge Luís Terra da Silva

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FATOR TRANSFORMADOR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Francisco de Araújo Santos

**Porto Alegre
2006**

Para Denise, Neca, Nininho, Leopoldo e Bitá, por
estimularem a transposição de barreiras.
Para Victoria, por ser a prova de que a vida e bela.

AGRADECIMENTOS

Concluída essa etapa do concorrido curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é de se refletir sobre a participação daquelas pessoas que colaboraram para o alcance desse objetivo.

À mente, logo vem a imagem de minha esposa, Denise, mentora da idéia de ingressar no Programa e de outras tantas conquistas.

Recordando-se do período de formulação da proposta de estudo, cumpre agradecer à Joseane Alminhana, cuja atividade facilitou o cumprimento dessa e de outras tarefas.

Em certo ponto, foi necessário o afastamento das atribuições profissionais e, quando não mais se tinha esperanças de que isso fosse ocorrer, socorreu-me Maria Helena Silva Coelho, demonstrando que a justiça deve ser perseguida na vida diária.

Ao longo do curso, auxílios, palavras e gestos foram agregando solidez à idéia de que, estudando-se em uma universidade pública, dever-se-ia redobrar as forças para se apresentar trabalho, limitado apenas pela capacidade do mestrando, que contribuísse para a melhoria da vida de muitos. Em virtude dessa preocupação, acabou-se por inquirir, quase “intimar”, familiares e amigos a se posicionarem sobre os textos produzidos ou lidos. E eles, com paciência, interesse e atenção só explicáveis pelo afeto, nunca se negaram a ouvir, a falar e a se manifestar criticamente. Por isso, agradece-se efusivamente à Carol, a Gabriel Pithan Daudt, a Gustavo Antonello, a João Paulo, à Lívia, à Luise, à Márcia Terra, à Marta Marques Ávila e a Rafael Orozco. Está multiplicado, se isso é possível, o amor e o respeito que tenho por vocês todos.

Os caminhos da Economia e da Administração foram abertos por Neca e por Nininho que, em candente demonstração de amor, estiveram presentes em cada fase do trabalho, contribuindo para se chegar ao nível pretendido pelo mestrando.

Na Universidade, os professores demonstraram que é possível ir mais adiante com profundidade. Agradece-se, pois, aos mestres Almiro do Couto e Silva, Cezar Saldanha Souza Júnior, Cláudio Michelin Júnior, Fábio Medina Osório, Humberto Ávila, Itiberê Rodrigues, Luis Fernando Barzotto e Luis Renato Ferreira da Silva.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco de Araújo Santos, agradeço por ter aceito o desafio e por ter me orientado de forma estimulante e livre.

As vitórias são frutos de contribuições materiais e morais de muitos. Palavras, exemplos e orações nos impulsionam fortemente. Abraço agradecendo à Vera Lúcia e aos “seus aliados”, à Vó Dadinha e ao Vô Júlio, à Maria Helena e ao Flávio, à Vó Zu e à Vó Lico.

Não menos importante foi a colaboração de Victória Pereira Terra Silva, a “Victorinha”, cujo nome já diz tudo. Com suas mensagens, sua presença e combatividade, Victória mostra que muitas coisas boas ainda estão por vir.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto o princípio da eficiência, concebendo-o como critério para a atuação administrativa voltada ao atingimento dos Objetivos Fundamentais da República brasileira. Tendo-se por meta a operacionalidade do princípio, são apresentados os conceitos de eficiência colhidos nas doutrinas econômica e jurídica. Além disso, são deduzidos os fundamentos da eficiência. Como questões atinentes à aplicabilidade do dever de eficiência são tratadas a participação popular, a atuação administrativa impessoal, a improbidade administrativa e a eficácia do princípio em comento. A eficiência também é abordada como fruto da ação discricionária e como limite dessa ação. Partindo-se do pressuposto de que a eficiência pode colaborar para a melhora da ciência jurídica e da Administração Pública brasileiras, discorre-se sobre os passos para se realizar uma atuação administrativa eficiente com esteio no texto constitucional, no Direito e na ciência da Administração, perpassando-se por alguns métodos empregados nos setores público e privado e se chegando a um caso concernente a um serviço público de cobrança judicial.

Palavras-chave: Eficiência; Administração Pública; Setor Público.

ABSTRACT

The present study introduces the efficiency approach as an element in to the management scenario, attainable by the Fundamental Objectives of the Brazilian Republic. The main operational aims of the efficiency approach are here presented in addition to the efficiency concepts, obtained on both economic and juridical doctrines. Also, the fundamentals of efficiency are presented. As attained matters of the applicability of efficiency duty, popular participation, impersonal management activities, administrative improbability and effectiveness of the efficiency approach are analyzed. Efficiency is also part of discretionary activities and as limit of this action. Using as background the fact that efficiency can put to better use judicial science and the Brazilian Public Management, the present study discourses about the steps that leads to an effective management activity based on the Constitutional Transcripts. The study comprehends some of the methods employed in public and private sectors, achieving a concerning case to a public service of judicial encashment.

Key-words: Efficiency; Public Management; Public Sector.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	14
2.1 O Conteúdo do Princípio da Eficiência	14
2.2 Eficiência com Base na Doutrina Econômica	18
2.3 Eficiência no Direito	24
2.3.1 Eficiência com base na doutrina jurídica nacional	24
2.3.2 Definição com base na doutrina jurídica estrangeira.....	30
2.4 A distinção entre eficiência e os demais institutos:.....	35
2.4.1 Eficiência e princípio da boa administração.....	35
2.4.2. Eficiência, Eficácia, Efetividade e Produtividade	37
2.4.3 Eficiência e Economicidade	38
2.4.4 Eficiência e Proporcionalidade.....	39
2.4.5 Eficiência, Moralidade Administrativa e Razoabilidade.....	40
3 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	42
3.1 Princípio do Estado Democrático de Direito.....	42
3.2 Princípio da Legalidade	45
3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	48
3.4 Princípio da Justiça	50
3.5 Princípio da Celeridade	53
3.6 Princípio da Igualdade	56
3.7 Princípio da Moralidade Administrativa	58
3.8 Princípio do Interesse Público	60
4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	63
4.1 A Aplicabilidade do Princípio da Eficiência	63
4.2 Participação Popular.....	68
4.3 Atuação Administrativa Impessoal.....	72

4.4 Improbidade Administrativa.....	74
4.5 Eficácia	76
5 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	82
5.1 Conteúdo da Discricionariiedade Administrativa	82
5.2 Discricionariiedade como Instrumento da Eficiência	92
6 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM UMA AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	107
6.1 Cenário Antes e Depois da Emenda Constitucional n°19/98	107
6.1.1 A eficiência antes da edição da Emenda 19/98	107
6.1.2 A eficiência após a edição da Emenda Constitucional 19/98.....	113
6.2 Fases de uma ação administrativa eficiente	118
7 O CASO DE UMA INSTITUIÇÃO DE COBRANÇA JUDICIAL.....	129
7.1 A Instituição	129
7.2 PROBLEMA: Identificação do problema.....	133
7.3 ANÁLISE DE FENÔMENO:Reconhecimento das características do problema.....	136
7.4 ANÁLISE DE PROCESSO: Descoberta das causas principais.....	141
7.5 PLANO DE AÇÃO:Contramedidas às causas principais	143
7.6 Considerações Finais	147
8 CONCLUSÕES.....	148
REFERÊNCIAS	155
ANEXO.....	162

1 INTRODUÇÃO

A eficiência é perseguida tanto no âmbito privado, quanto no público, pois também representa a possibilidade de se produzir mais com a mesma quantidade de insumos ou de produzir o mesmo com o emprego de menor investimento de recursos.

Na Administração Pública brasileira, a preocupação com a eficiência não é recente, tendo, inegavelmente, crescido após o advento da Emenda Constitucional nº19/98. Dado que vivemos em uma sociedade desigual e que conta com escassos recursos públicos, ganha relevo o tema, justificando-se o seu estudo. Ademais, transcorridos mais de oito anos da alteração constitucional supradita, é de se perquirir sobre as razões de a nossa Administração Pública ser tida como pouco eficiente.

Os objetivos deste estudo são indicar como a doutrina jurídica pátria pode contribuir para o alcance da eficiência na Administração Pública e como esse instituto pode colaborar para que as atuações administrativas conduzam à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹.

Como ferramental serão utilizados textos legais, de Direito, de Economia e de Administração, procurando estabelecer um método que permita examinar os conceitos de eficiência no meio jurídico pátrio sob o prisma da operacionalidade.

Embora a todos atinjam os efeitos de atividades administrativas ineficientes, não é desconhecido que as camadas mais desfavorecidas são as mais prejudicadas com tal situação. Isso se deve ao fato de não poderem pagar seguro saúde, matricular seus filhos em escolas privadas, contratar segurança particular, adquirir veículo próprio ou contratar serviço concernente à área de transportes e realizar outros atos a que se vêem obrigados os cidadãos com maior poder aquisitivo.

¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nessa senda, a eficiência, como adiante abordada, vincula-se naturalmente à dignidade da pessoa humana e à justiça social.

A eficiência concerne ao encaminhamento de soluções de numerosos problemas, devendo ser considerada como um critério para o agente, para o controlador do ato levado a cabo e para o analista, *in casu*, o jurista. Nesse sentido, é de já se destacar que a Emenda Constitucional nº19/98 não se adstringiu à inserção da eficiência no *caput* do artigo 37 da Carta Magna. Nela, há preocupação com o planejamento, com a avaliação, com o atingimento de metas e com a forma de seleção, de treinamento e de aperfeiçoamento dos servidores, bem como com a definição de suas remunerações, com a autonomia gerencial, administrativa e financeira, com a modernização, com o reaparelhamento e com a racionalização dos serviços, com a cooperação entre os entes federados e com a participação popular.

A eficiência afigura-se como um fator transformador da ciência jurídica, já que, considerando-se esse princípio, conforme Modesto, “podem ser renovados diversos institutos do direito público”. Se isso não bastasse, ao se analisar esses institutos, o cientista, não podendo se restringir a conceituações, teria de enfrentar o desafio da operacionalidade.

A eficiência, como efeito concreto imediato, poderia gerar a transformação da atuação estatal principalmente ao acrescentar a preocupação com a arrecadação e com a qualidade do gasto público. Essa transformação supradita afina-se com o alerta de Mendes:

A necessidade de unir, como prioridades do Estado, o controle do desregramento fiscal como objetivo e canalização do que se evitou gastar para políticas que busquem assegurar os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, função maior do constitucionalismo moderno, é não somente premente como legitimamente justificável.²

A eficiência no campo orçamentário é a mais importante, pois as prestações estatais dependem da existência de recursos. Todavia, não é esse o único terreno no qual a sua incidência se faz indispensável. Por óbvio, restaria inútil o esforço na alocação dos recursos e na execução dos orçamentos se atos que afastem o desenvolvimento econômico e social fossem perpetrados em outras searas.

² MENDES, Gilmar Ferreira. Lei de Responsabilidade Fiscal: correlação entre metas e riscos fiscais e o impacto dos déficits públicos sobre as gerações futuras. *Revista Diálogo Jurídico*, São Paulo, n. 14, 2002, p. 2.

Pode-se exemplificar a utilidade da eficiência, traçando-se um paralelo entre duas questões educacionais que geraram e geram acaloradas discussões no Brasil: a privatização das universidades públicas sob o argumento de que as vagas eram preenchidas por pessoas que tinham condições de pagar pelo ensino e a adoção do sistema de cotas no ingresso nas universidades públicas como forma de diminuição das desigualdades entre brancos e negros.

Restringindo-se a discussão aos argumentos apontados, há como estabelecer uma relação, em breves linhas, entre os assuntos mencionados: a falta de eficiência das escolas públicas de primeiro e de segundo graus.

As instituições públicas, no Brasil e no Rio Grande do Sul, recebem cerca de 87% dos alunos matriculados na rede básica³. Mantida essa porcentagem, a cada dez alunos que ingressassem nas universidades públicas federais, entre oito e nove deveriam ser egressos de escolas públicas. Não soa estranho dizer que isso não ocorre.

Mesmo se levando em conta a evasão escolar decorrente de fatores exclusivamente econômicos e o capital cultural⁴ dos grupos, não se pode negar que a pouca eficiência das escolas públicas da rede básica contribui para esse quadro. Dessarte, numerosos potenciais não são plenamente explorados, gerando-se vulnerações aos direitos individuais e afastamento do desenvolvimento nacional há muito anunciado em nosso país.

Como é consabido, a quase totalidade dos negros e dos pobres frequenta as escolas públicas e não as privadas cujo acesso depende da concessão de bolsas de estudo e de determinado padrão sócio-econômico. Melhorando-se o serviço público prestado nas instituições públicas, conferir-se-lhes-ia o instrumental necessário para as disputas de vagas

³ No Censo de 2005, consta que, no Rio Grande do Sul, no que pertine à rede básica, que engloba as creches e pré-escolas, o ensino fundamental e o ensino médio, 14.296 crianças foram matriculadas em escolas públicas federais, 1.402.105 crianças em escolas públicas estaduais, 926.697 em escolas públicas municipais e 355.219 em escolas privadas. Logo, quase 87% dos alunos da rede básica estão vinculados à rede pública de ensino. No mesmo ano de 2005, não foi muito diferente a situação nacional, já que dos 56.471.622 alunos matriculados na rede básica, somente 7.431.103, ou seja, pouco mais de 13% alunos foram recebidos pela rede privada.

⁴ BORDIEU assevera que “o capital cultural pode existir sob três formas: no estado incorporado, ou seja, sob a forma de disposições duráveis do organismo; no estado objetivado, sob a forma de bens culturais – quadros, livros, dicionários, instrumentos, máquinas, que constituem indícios ou a realização de teorias ou de críticas dessas teorias, de problemáticas, etc.; e, enfim, no estado institucionalizado, forma de objetivação que é preciso colocar à parte porque, como se observa em relação ao certificado escolar, ela confere ao capital cultural – de que é, supostamente, a garantia – propriedades inteiramente originais. (BORDIEU, Pierre. *Os três estados do capital cultural*. Tradução Magali de Castro, revisão técnica de Maria Alice Nogueira. *Actes de la Recherche em Sciences Sociales*, Paris, n. 30, p. 3-6, nov. 1979.

em estabelecimentos de ensino e aos postos de melhor remuneração. Estar-se-ia, assim, dando efetividade aos fundamentos republicanos de reconhecer dignidade à pessoa humana e cidadania (incisos II e III do artigo 1º da Constituição Federal/1988), bem como aos objetivos fundamentais da República Brasileira de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em síntese, deveria a eficiência, tal como concebida neste trabalho, ser adotada como argumento nas discussões referidas. Poder-se-ia até concluir que o sistema de cotas, se adotado como política permanente, seria a opção com custo econômico mais baixo, se comparado ao necessário para a qualificação defendida, bem como a menos eficiente para se atingir a transformação social aguardada e para se respeitar o direito de negros e de brancos brasileiros.

O trabalho, feita a introdução, terá, em seu capítulo seguinte, a dedução de conceitos de eficiência colhidos na doutrina econômica, na doutrina jurídica estrangeira e na doutrina jurídica nacional. Ainda na seara conceitual, procurar-se-á diferenciar a eficiência dos institutos com os quais mais freqüentemente é confundida. Postergar-se-á para fase posterior do trabalho o exame dos conceitos colacionados, verificando se estão em sintonia com a Emenda Constitucional nº19/98, com os parâmetros estabelecidos nos tópicos concernentes aos fundamentos, à aplicabilidade e à discricionariedade administrativa.

No capítulo três, serão apresentados os fundamentos do dever de eficiência, ou seja, o Estado democrático de direito, a legalidade, a dignidade humana, a justiça, a celeridade, a igualdade, a moralidade administrativa e o interesse público.

No capítulo quatro, será abordada a aplicabilidade do dever de eficiência, discorrendo-se sobre a participação popular, sobre a atuação administrativa impessoal, sobre a improbidade administrativa e sobre a eficácia do princípio em comento.

No capítulo cinco, sublinhando-se que a eficiência pertine aos atos realizados sob a competência vinculada e sob a competência discricionária, cuidar-se-á da discricionariedade administrativa mais detidamente. Examinar-se-á se o cumprimento do dever de eficiência

gerará uma maior utilização da discricionariedade e se essa, em virtude de a eficiência ampliar o espectro da legalidade, restaria mais restrita.

No capítulo seis, sinteticamente, demonstrar-se-ão os cenários nos quais se procurou dar ênfase à eficiência. Para tanto, apresentar-se-á uma visão ampla dos períodos anterior e posterior à edição da Emenda Constitucional nº19/98. Além disso, em atenção à operacionalidade, com esteio no texto constitucional e na ciência da Administração, serão apreciadas as fases de constituição de uma ação administrativa eficiente. Nesse momento, serão apresentados alguns métodos de avaliação de desempenho utilizados na iniciativa privada e no setor público no mundo e no Brasil. Esse capítulo inaugurará a segunda parte do trabalho na qual se fará mais evidente a utilização da ciência da Administração como meio para se examinar o princípio em liça.

No capítulo sete, será examinado um PDCA – *plan, do, check, act* atinente à recuperação de créditos tributários por meio de atuação de uma instituição pública de cobrança no âmbito judicial.

No capítulo oito, estarão a conclusão do estudo e as sugestões para a constituição de um eficiente serviço jurídico vinculado à cobrança tributária judicial.

2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

2.1 O Conteúdo do Princípio da Eficiência

A eficiência é desejável e desejada, porque, já num primeiro olhar, representa o afastamento da falta de planejamento e do desperdício. A questão, em verdade, está além e acima disso: antes da inserção da eficiência como um dos princípios explícitos da Administração Pública no Brasil, já havia previsões constitucional e infraconstitucional que permitiam ou exigiam sua aplicação, bem como decisões judiciais fulcradas no dever de eficiência e manifestações doutrinárias que reconheciam a sua existência. Então, o desafio, transcorrido prazo razoável desde a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, é saber os motivos de termos uma Administração Pública pouco eficiente e como pode haver a necessária e querida transformação.

Nesse quadro, o limite da doutrina jurídica pátria não pode ser a conceituação, devendo abarcar a operatividade e a serventia da eficiência, já que “la lógica democrática del funcionamiento del Estado, el ejercicio de las responsabilidades políticas de los gobernantes, las demandas y propuestas de los ciudadanos y cualquier iniciativa de reforma o de mejora en el funcionamiento de la Administración, requieren un conocimiento fundado del desempeño de los organismos públicos y de su repercusión en el ámbito social al que se dirigen y en el que actúan”⁵. Em suma, deve-se saber o que é, para que serve e como se aplica a eficiência. *Verbi gratia*, digamos que, por regra, o prazo de expedição de carteira de trabalho e de previdência social fosse, no máximo, de uma hora e não de dois a sete dias úteis como é hoje. Seria restrita a análise que se circunscrevesse à questão de esse fato significar respeito ao cidadão. Contribuiria mais para o serviço público e para a ciência jurídica a abordagem que, além da já mencionada, cuidasse das seguintes questões:

- A entrega quase que imediata da documentação implicaria organização interna que permita realizar, com segurança e em curto espaço de tempo, procedimentos que evitem a

⁵ INSTITUTO NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Evaluación en la gestión pública: conceptualización, modalidades y nuevas perspectivas*. Buenos Aires: 1997, p. 2.

duplicidade e formem um banco de dados com informações como endereço, números do CPF, do PIS e do RG;

- Haveria diminuição de casos de pessoas que perdem oportunidades de trabalho por falta da carteira de trabalho e previdência social;

- A entrega quase que imediata poderá fazer com que o cidadão aguarde no local ou nas cercanias, ou seja, não haveria deslocamento ou esse seria de pequeno percurso. Isso poderia implicar menor utilização dos serviços públicos de transporte ou de veículo particular. Como decorrência, haveria menor dispêndio de dinheiro para a obtenção do documento, bem como menor emissão de gases na atmosfera, ou seja, menos agressão ao meio-ambiente.

Atingido padrão superior de eficiência, no campo da arrecadação tributária, assegurar-se-ia que os tributos devidos fossem realmente pagos, gerando-se maiores possibilidades de o Poder Público cumprir suas obrigações institucionais em outras áreas, obviamente, com eficiência. Por conseguinte, não é desarrazoado dizer que haveria maior receita e melhor qualidade na despesa.

Meirelles ensinara que “os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada” e que os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em “regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador”. Os princípios “constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade administrativa. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.”⁶

A eficiência, havendo fundamento constitucional para tanto, deve ter como mote ser um critério de atuação administrativa. Aliás, é sob esse prisma que a concebe Schmidt-Assmann, obviamente com esteio na legislação alemã:

En la doctrina de los criterios o parámetros de la acción administrativa se estudian sistemáticamente distintas cuestiones básicas que se refieren al logro de una actuación administrativa que sea conforme a Derecho, racional e razonable. Los criterios son ‘orientaciones normativas de la acción

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 81-82.

administrativa' que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia: entre ellos se encuentran los de igualdad, proporcionalidad, economía, eficiencia, transparencia, búsqueda del consenso, etc. A través de estos parámetros se hace efectiva la racionalidad de la acción administrativa.⁷

A necessidade de discussão sobre os critérios de atuação administrativa fica evidenciada também no magistério de Ávila quando ele questiona sobre o denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado nos seguintes termos:

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular. O objetivo desta análise crítica do 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular' é apenas iniciar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, curiosamente inexpressiva. Não tem por finalidade — nem o poderia — renegar a grandiosa contribuição dos mestres citados, mas, antes, prestar a homenagem da reflexão sobre suas valiosas lições.⁸

O dever de eficiência, identificado como critério para a realização de atuação administrativa, deve conduzir à consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Nesse diapasão, é pertinente sublinhar o dever estatal de atuar ativamente na promoção dos direitos fundamentais como bem ensina Justen Filho:

Lembre-se que a concepção meramente passiva (omissiva) de o Estado Democrático de Direito foi superada por um enfoque ativo e interventivo. Exige-se não apenas que o Estado se submeta ao Direito e se abstenha de produzir atos abusivos e infringentes dos direitos individuais. Mais do que isso, exige-se uma atividade estatal ativa, consistentemente orientada a eliminar obstáculos à plena fruição da condição humana. Como observa Eberhard Schmidt-Assmann, 'junto à proibição de excesso – própria da dimensão defensiva dos direitos fundamentais – pode-se falar hoje também

⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 347.

⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público." In: SARLET, Ingo Ruben (Org.) *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.

da proibição de omissão, que resulta da vertente protetora dos mesmos direitos'.⁹

A inserção da eficiência no *caput* do artigo 37 da Carta Magna seria despicienda se não se visasse a alterações institucionais e culturais. Sob esse aspecto, é interessante a análise das posições governamentais dos períodos de 1995 a 2006 e da consolidação de um conjunto de textos sobre políticas públicas setoriais preparado pelo Departamento do Brasil do Banco Mundial, que tinha a intenção de influenciar no debate sobre as políticas públicas que seriam definidas pelos governos federal e estaduais eleitos em outubro de 2002.

Diante disso, reproduz-se, respectivamente, parte do texto produzido por Bresser Pereira sobre o período no qual foi Ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado¹⁰, do Estudo analítico do Banco Mundial¹¹, bem como do Plano de Gestão de 2003 do atual Governo¹²:

A proposta de Reforma que incluía uma emenda constitucional, foi inicialmente entendida como neoliberal e contrária aos interesses dos servidores públicos. Aos poucos, porém, através um amplo debate público, toda a lógica da reforma gerencial foi ganhando apoio ao mesmo tempo em que a emenda constitucional, que flexibilizava o princípio da estabilidade no emprego dos servidores, foi sendo aperfeiçoada pelo debate e ganhando legitimidade política. Três anos depois, a emenda foi aprovada quase na sua íntegra, recebendo um amplo apoio da opinião pública. No final dos quatro anos, a mudança cultural em Brasília, em consequência da Reforma da Gestão Pública 1995/98, havia sido enorme: difundiu-se a linguagem da gestão por resultados como parte de um novo etos da gestão pública, em substituição ao etos burocrático. A mudança institucional foi também significativa graças, principalmente à aprovação da Emenda Constitucional 19 e da Lei Organizações Sociais.

Mesmo as pequenas reduções na desigualdade poderão produzir grande impacto sobre a pobreza no Brasil. Por exemplo, o setor público gasta, a cada ano, dez vezes mais nos setores sociais do que seria necessário para elevar a renda dos pobres acima da linha de pobreza. Melhorias na qualidade do gasto, ainda que modestas, com programas de transferência mais direcionados (expandindo o programa Bolsa-Escola, por exemplo, que é eficaz e bem direcionado), poderiam transformar comunidades e retirar um grande número de pessoas da mais extrema pobreza. De modo mais amplo, a

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer*: emitido em razão de consulta do Ministério das Cidades, a respeito do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. 2005, disponível em www.cidades.gov.br.

¹⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; PACHECO, Regina Silvia. A reforma do estado brasileiro e o desenvolvimento. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 3, set./nov. 2005.

¹¹ BANCO MUNDIAL. *Brasil: justo, competitivo e sustentável, contribuições para um debate*. [s.l.], 2002.

¹² GESTÃO pública para um Brasil de todos: um plano de gestão para o Governo Lula. Brasília: MP, SEGES, 2003.

população desassistida do Brasil beneficiar-se-ia, ficando mais longe de eventuais e ainda existentes tradições clientelistas se houver uma oferta de serviços públicos transparentes e confiáveis para todos.

A eficiência é fazer mais e melhor com os recursos disponíveis, que são escassos em função da restrição fiscal e do desperdício no âmbito do Estado. Eficiência é um princípio claramente republicano, que busca um melhor aproveitamento dos recursos dos cidadãos em seu próprio benefício. A perspectiva da eficiência deve estar balizada em informações confiáveis sobre os custos que permitam uma avaliação correta sobre os gastos. Isto evitaria o simples corte linear de despesas que leva, usualmente, ao aumento do custo relativo e à ineficácia.

Com certo temperamento, mister que, visando-se ao estudo da serventia e da operacionalização da eficiência, faça-se uso do instrumento valioso que a Economia pode representar. Dessa arte, é relevante anotar o caminho de estudo apontado por Schmidt-Assmann relativo aos critérios de atuação administrativa:

La idea de que todos los parámetros normativos que se aplican a la acción administrativa componen un espectro de principios, nos conduce a examinar las funciones y la estructura de la teoría de los criterios de la acción en el Derecho administrativo. Desde un punto de vista material, tiene que desarrollar el contenido de los criterios. En este aspecto, la ciencia jurídica tiene que servirse los conocimientos alcanzados en la economía, la Hacienda pública y las ciencias de la organización. En una segunda fase, es necesario asignar mecanismos de sancion adecuados a los principios, y éste es el aspecto instrumental.¹³

A eficiência, tida como parâmetro ou critério de atuação, configura linha de orientação permanente ou caminho a ser percorrido quando da tomada de decisão sobre o fim a ser perseguido, sobre o meio a ser utilizado e sobre o desempenhar propriamente dito. Ela, por via de consequência, abarca a racionalidade na utilização dos recursos e a preocupação com o alcance de resultados, bem como a idéia de sustentabilidade.

2.2 Eficiência com Base na Doutrina Econômica

Administradores e economistas, bem como os cientistas políticos e sociais, por pressuposto percebem mais facilmente o que se convencionou denominar de “*direito vivo*”, primordialmente quando se trata da fase do direito bruto ou de normatividade espontânea:

¹³ SCHMIDT-ASSMANN, *La teoria...*, p. 351.

Em sua dimensão sociológica, o direito apresenta-se como um fluxo complexo, contínuo e incessante de ordenação das relações sociais, entre os pólos da sociedade e do poder organizado. Da sociedade, o direito bruto ou direito da normatividade espontânea – o direito dos usos, das práticas e dos costumes – parte em busca da certeza, da estabilidade e da força executiva que só o pólo do poder político pode oferecer-lhe em complemento. No pólo do poder organizado, o direito bruto encontra o Judiciário, em torno do qual vai se formando o direito dos juristas, o direito dos precedentes judiciais, com a contribuição das teses dos advogados e da sistematização dos professores, corrigindo, complementando, perfeiçãoando o direito o direito bruto.

No seio do poder do Estado, a política institucionalizada, por intermédio do legislador e do governo, percebendo as exigências do direito bruto e as limitações do direito dos juristas, vai engendrando o direito estatal formalmente escrito, a ser aplicado pela Administração aos destinatários finais, os membros da sociedade, na vida das relações. Enfim, a sociedade, sofrendo o impacto do direito estatal, assimila-o e vivencia-o ao seu modo e dentro de suas possibilidades. Esse o direito vivo.¹⁴

Por premissa básica, as ciências econômicas estão mais próximas e interligadas ao Direito “já que a atividade econômica mantém-se ainda ligada à estrutura jurídica do sistema” como ensina Rosseti¹⁵ e de há muito estudam sobre a eficiência como se depreende da lição de Ribeiro: “Todos os sistemas - o Taylorismo, o Fayolismo, o Fordismo, a Psicotécnica – preocupam-se com o aumento da eficiência humana, como processo de aumento de produção, em geral.”¹⁶

As Ciências Econômicas muito podem contribuir com o Direito, em especial na área de custos administrativos, onde o estabelecimento e a consideração de indicadores econômicos na formulação e na aplicação das normas, nas análises de processos e de desempenhos, são preocupações da Administração Pública, sem, todavia, confundir-se colaboração com unificação.

Nesse sentido, pode-se também observar que existem pontos do Direito ainda não penetrados pela Economia. Dessarte, a adoção da eficiência como princípio constitucional não pode significar que a eficiência econômica seria um valor a ser atingido e que ela corresponderia à justiça. Do contrário, negar-se-iam os ensinamentos de Saldanha, adiante

¹⁴ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: Do autor, 2002, p. 73.

¹⁵ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução a economia*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 1978, p. 52.

¹⁶ RAMOS, Luiz Guilherme Ribeiro. *Do elemento pessoal no serviço público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1944, p. 15.

explicados, de que o Direito também teria uma dimensão axiológica, bem como de Sen, atinente ao afastamento da Economia da Ética:

Seja como for, com o desenvolvimento da tendência antiética, quando as comparações interpessoais de utilidade passaram a ser evitadas na economia do bem-estar, o critério sobrevivente foi a otimalidade de Pareto. Considera-se que um determinado estado social atingiu um ótimo de Pareto se e somente se for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa. Esse é o tipo muito limitado de êxito e, em si mesmo, pode não garantir grande coisa. Um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos. A otimalidade de Pareto, como ‘o espírito de César’, pode ‘vir quente do inferno’.

A otimalidade de Pareto às vezes também é denominada “eficiência econômica”. Essa expressão é apropriada de um ponto de vista, pois a otimalidade de Pareto concerne exclusivamente à eficiência no espaço das utilidades, deixando de lado as considerações distributivas relativas à utilidade. Porém, em outro aspecto é inadequada, uma vez que todo o enfoque da análise neste caso continua sendo a utilidade, e esse é um legado da tradição utilitarista anterior. Obviamente, é possível introduzir outras considerações na avaliação do êxito das pessoas e, portanto, da sociedade (ver, por exemplo, RAWLS, 1971,1980,1982). A otimalidade de Pareto capta os aspectos da eficiência apenas do cálculo baseado na utilidade.¹⁷

Em síntese, os fins e os fundamentos da atuação administrativa devem ser definidos pelo Direito e a Economia deve ser um instrumento que aponte para um conjunto de alternativas que levem a um menor ou a um melhor gasto de recursos, bem como a um maior alcance de fins com ou sem a ampliação de recursos.

Dito isso, reproduz-se alguns conceitos de eficiência oriundos da Economia.

Sen, afirmando que não somente o auto-interesse moveria as pessoas em seus processos decisórios, informa-nos a posição tradicional na economia do bem-estar no que pertine à eficiência:

As duas principais definições de eficiência empregadas em economia são, respectivamente: (1) ‘eficiência técnica’, segundo a qual não é possível gerar mais de um produto sem produzir menos de algum outro(considerando os insumos como produtos negativos); (2) ‘eficiência econômica’, identificada com ‘otimalidade de Pareto’ [Pareto optimality], condição na qual ninguém pode melhorar seu estado sem piorar o de alguma outra pessoa.¹⁸

¹⁷ SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 47-49.

¹⁸ SEN, *Sobre ética...*, p. 37.

Para Lacombe e Heilborn a eficiência está vinculada exclusivamente aos meios e não aos resultados como se percebe com a leitura do trecho que segue:

A eficiência é a relação entre os insumos aplicados no processo e os resultados, isto é, fazer aquilo que está sendo feito da maneira certa ou fazer corretamente as coisas, considerando todos os aspectos e sua tendência, mas sem considerar se o que está sendo feito é realmente o que se deveria ser feito. (a eficiência está relacionada aos meios e à forma utilizados para atingir os resultados, sem considerar se estes resultados são válidos.) Diz respeito ao desempenho do sistema quanto ao uso dos meios. A medida da eficiência procura responder as perguntas: Como aconteceu? Podemos fazer melhor?

A eficiência visa, portanto, ao melhor uso dos recursos disponíveis pela organização para obtenção dos seus produtos ou serviços. A eficiência busca a melhor relação custos/resultados, avaliando o processamento dos insumos procurando atingir alto nível de qualidade naquilo que está sendo feito.¹⁹

Andriolo contribui agregando preocupação com apresentação de um caminho para se alcançar a eficiência na Administração Pública brasileira:

A eficiência na administração pública admite duas dimensões. Uma é relacionada com a produtividade operacional, fundamentada na racionalidade administrativa. Nessa dimensão, necessita-se de recursos humanos capacitados e qualificados para desempenharem a contento suas atribuições. Essa qualificação pode ser obtida através do treinamento. A outra dimensão da eficiência diz respeito à essência política da administração pública, no sentido de democratizar a gestão, de favorecer a participação, de repensar o modo de realizar as atividades, enfim, de cumprir eficientemente sua função social. Esses objetivos terão mais chances de serem alcançados se os recursos humanos forem criativos e comprometidos, o que exige uma mudança de comportamento organizacional.²⁰

Chiavenato ensina o conceito de eficiência: “Quando estudamos a racionalidade empresarial, abordamos o conceito de eficiência e verificamos que representa a relação entre recursos aplicados e o produto final obtido: é a razão entre o esforço e o resultado, entre a despesa e a receita, entre o custo e o benefício resultante.²¹”

¹⁹ LACOMBE, Francisco; HEILBORN, Gilberto. *Administração: princípios e tendências*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 165.

²⁰ ANDRIOLO, Leonardo José. Eficiência e desenvolvimento de recursos humanos nas administrações municipais: considerações a luz da emenda constitucional nº19/98 e das teorias organizacionais. *Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 29, 1998, p. 151.

²¹ CHIAVENATO, Idalberto. *Administração: teoria, processo e prática*. São Paulo: Makron, 2000, p. 128.

Na Argentina, vivenciado-se situação semelhante à brasileira, realizaram-se estudos sobre os novos paradigmas da administração pública. O parcialmente reproduzido sobre avaliação dos serviços públicos, foi produzido pelo Instituto Nacional de la Administración Pública:

La eficiencia económica es un concepto mucho más abstracto que la eficiencia gerencial. Uno de los criterios de eficiencia preferidos por los economistas es el de Pareto: un estado económico (un conjunto dado de dispositivos organizacionales, de asignaciones y distribuciones) es económicamente eficiente si no es posible cambiarlo para lograr alguna mejoría sin que nada empeore. Un problema práctico con este criterio es que resulta extremadamente difícil que alguna nueva política no empeore algo.

Otro problema es concretar el concepto. Aplicar el criterio a cualquier circunstancia real requiere pronósticos cuidadosos de todos los efectos relevantes de un cambio propuesto, usualmente numerosos, complicados y a menudo también inmanejables.

Otro criterio de eficiencia, utilizado a menudo en el análisis de costo-beneficio, es el de Kaldor-Hicks: un estado es económicamente eficiente si no es posible cambiarlo de modo que aquéllos que son beneficiados puedan compensar a quienes se perjudican. Este criterio implica que son deseables los proyectos con beneficios netos positivos (o una proporción de beneficios sobre costos mayores que 1). Ello no requiere que se compense efectivamente a los que pierden, sino sólo que tal compensación sea factible. Un ejemplo de tal compensación sería el subsidio gubernamental a industrias afectadas por la reducción de tarifas aduaneras. Este criterio de eficiencia económica presume que la distribución de beneficios y costos antes del cambio es razonable, sino óptima.²²

Antes, no mesmo trabalho, foi apresentado o conceito de eficiência gerencial com elucidativo exemplo:

Siguiendo a Downs y Larkey (1986), podemos distinguir dos conceptos de eficiencia, en sentido gerencial o ingenieril y en sentido económico. La primera es la acepción más corriente, que relaciona los productos con los insumos utilizando como medida el costo por unidad de producto. Por ejemplo, una operación municipal de limpieza de calles emplea los insumos de personal, vehículos, gasolina, servicios de mantenimiento, varios materiales y provisiones, y espacio edificado (oficina, depósito, etc.). El producto podría ser la cantidad de kilómetros de calzada barridos. La base para medir la eficiencia sería pues el costo por kilómetro limpiado.

Aplicada con fines prácticos, se trata de una medida relativa, basada en los niveles de rendimiento previos del mismo organismo o los de otros organismos comparables. Si el costo del kilómetro de calles limpiadas decrece de un año para otro, se supone que el servicio es más eficiente. La mejora podría deberse a un programa de entrenamiento de los barrenderos, a la disminución de “tiempos muertos”, a la aplicación de una ordenanza que prohíbe estacionar automóviles en las calles, etc. Claro que la mejora puede

²² INSTITUTO NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Evaluación...*, p. 13.

ser sólo aparente, por ejemplo si resulta de registros falseados, o de un nuevo equipamiento de automotores cuyo costo se refleja en la cuenta de capital pero no en la medida de eficiencia.

De manera análoga, si barrer un kilómetro de calles en el mismo período cuesta en un municipio más que en otro, puede tratarse realmente de una diferencia en la eficiencia relativa o puede ser atribuible a un conjunto de otros factores tales como disparidades físicas entre las ciudades, diferencias en el mercado de trabajo, en la calidad del servicio o en las prácticas contables. Un sistema de producción es más eficiente que otro si tiene un costo menor por unidad de producto o un más alto producto por unidad de costo y los sistemas son idénticos en todos los demás aspectos relevantes.²³

Cejas e Valderrama²⁴, preocupadas con a falta de eficiência das entidades públicas espanholas, já que as prestações sociais não correspondiam ao nível de gasto público levado a cabo, estudaram os problemas relevantes para a implantação da eficiência, bem como os instrumentos de avaliação e de controle. Culminaram seu trabalho expondo uma metodologia para a avaliação dos programas públicos espanhóis e ressaltando a importância de serem realizadas auditorias de eficiência para se perquirir sobre as causas de ineficiência e se efetuar as correções necessárias.

No referido trabalho, ressaltando que não havia “un consenso sobre la elección de técnicas a emplear en la medida, evaluación y control en las entidades públicas españolas e que la elección de la técnica a utilizar dependerá del tipo de eficiencia a controlar”, apresentaram seu conceito de eficiência:

Generalmente, el concepto de eficiencia empleado es el ratio outputs/inputs, por lo que se plantea la necesidad de disponer de información acerca de los resultados conseguidos por las mismas, así como de los costes incurridos en la realización de las actividades conducentes al logro de aquéllos.²⁵

Demonstrando-se a atualidade do tema também em nível internacional, é de se alinhar o posicionamento de Palomares²⁶ que, estudando sobre a análise da eficiência no setor público espanhol, concluiu que “las técnicas de análisis de eficiencia mediante función frontera se presentan como idóneas para ser aplicadas al sector publico” e assim conceituou as empresas eficiente e ineficiente:

²³ INSTITUTO NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Evaluación...*, p. 12

²⁴ GARCIA VALDERRAMA, Teresa; CALZADO CEJAS, Yolanda. Metodología de evaluación de la eficiencia em las entidades publicas. *Revista da ABOP*, n. 36, p. 43-63, 1996.

²⁵ GARCIA VALDERRAMA; CALZADO CEJAS, Metodologia..., p. 61.

²⁶ DIOS PALOMARES, Rafaela. El análisis de eficiencia en el sector público. *Auditoría Pública*, n. 33, 2004.

Si nos centramos en el concepto de eficiencia técnica, definimos como eficiente a la empresa que obtiene el máximo posible de producción, habiendo empleado unos recursos dados, y como ineficiente a aquella empresa que usando los mismos recursos obtiene menos producción que la anterior.²⁷

Como se percebe, a economia é ferramental precioso para se concretizar a melhoria da eficiência da Administração Pública brasileira tanto na alocação de recursos quanto na execução de políticas, de programas, de atividades, de projetos e de serviços.

2.3 Eficiência no Direito

2.3.1 Eficiência com base na doutrina jurídica nacional

O exame da eficiência na doutrina jurídica pátria perpassa pela análise dos termos “princípio” e “eficiência”.

Na quase totalidade das manifestações, a doutrina brasileira considera a eficiência como um princípio. Aliás, esse foi o sentido adotado quando da redação da Emenda Constitucional nº19/98 e que está expresso nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam esse entendimento as seguintes lições:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.²⁸

O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à atividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.²⁹

²⁷ Ibidem, p. 40

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

²⁹ MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº19/98*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Quanto à eficiência, registre-se que está não se mostra filosoficamente incompatível com o Direito Público e com os seus princípios(bem ao contrário), mesmo porque a eficiência é também um dos princípios superiores de Direito administrativo(CF, art. 37) a nortear as relações de administração.³⁰

Ávila,³¹ por seu turno, não utiliza a expressão “princípio” por considerar que, tecnicamente, está-se diante de um postulado. Tal diferenciação não seria mero emprego de nome diferente para o mesmo instituto, pois postulado é uma metanorma e princípio é norma imediatamente finalística.

Assim se pronunciou o jurista gaúcho ao concluir abordagem sobre razoabilidade e sobre eficiência:

Em terceiro lugar, este estudo procurou demonstrar que os denominados princípios da razoabilidade e da eficiência possuem uma diferente estrutura relativamente aos princípios jurídicos. Para tanto, procede-se à uma reconstrução analítica de decisões judiciais que nos permite afirmar, com segurança, que a razoabilidade e a eficiência não são meros **topoi** sem forma nem conteúdo, mas postulados específicos que estruturam a aplicação de princípios e regras.³²

Adotam-se, neste trabalho, os conceitos de princípio e de postulado aduzidos por Ávila. Por conseguinte, princípios são “normas finalísticas que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários à essa realização”; e postulados são “normas estruturantes da aplicação de princípios e de regras”.³³

Oportuno é colacionar que, no estudo argentino referido no item concernente à contribuição econômica para o Direito, considerando a eficiência como um conceito ligado à avaliação econômica da ação administrativa, assim se registrou:

Los conceptos tradicionales para la medición económica de resultados (eficiencia, efectividad, eficacia, productividad) aportan herramientas básicas para evaluar la actividad administrativa, que se integran en el conjunto de la tecnología de evaluación.

³⁰ FREITAS, Juarez. Regime dos serviços públicos e a proteção dos consumidores. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 24, 2001, p. 19.

³¹ ÁVILA, Humberto. Moralidade, eficiência e razoabilidade na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./nov. 2005.

³² *Ibidem*.

³³ ÁVILA, Moralidade...

No obstante, la realidad se presenta por lo general de manera más confusa y compleja que en los análisis académicos, por lo cual hay distancias entre las definiciones teóricas y la posibilidad de aplicarlas a las situaciones concretas, que deberían ser salvadas por la inteligencia y la percepción experimentada de los gestores y evaluadores.³⁴

Ao prelecionar sobre Direito e Economia, ou seja, Law and Economics, Sztajn evidenciou seu conceito de eficiência:

Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função. Não se confunde com eficácia que é a aptidão para produzir efeitos.³⁵

Modesto, também aborda sobre a significação da expressão em comento. Assim assevera:

O termo eficiência não é privativo de nenhuma ciência; é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua acepção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas, como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional.³⁶

Gabardo, após exame de numerosos posicionamentos doutrinários, conclui que o ponto que os une é a idéia de racionalização como se percebe ao se ler o trecho de sua obra abaixo transcrito:

A expressão eficiência possui múltiplos sentidos, com semelhanças e afinidades, mantendo-se, contudo, suas diferenças, que variam conforme os autores e as teorias a serem considerados. Mas é a partir do ideal comum de racionalização que todos os conceitos afins são tomados pelas distintas racionalidades público-administrativistas, com o objetivo de construir seus modelos de gestão do Estado.³⁷

³⁴ INSTITUTO NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Evaluación..., p. 28.

³⁵ ZYBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

³⁶ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 830-837, 2000, p. 831.

³⁷ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 146.

Custódio, após ter lido a exposição de motivos da emenda constitucional nº49/95, conclui que, na Constituição, a palavra “eficiência” é empregada no sentido comum, calcando-se nos seguintes motivos:

- I - o princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva;
- II - o aspecto teleológico da norma em apreço, que visa a aprimorar os métodos de trabalho e os resultados da Administração;
- III - a interpretação sistemática do princípio da eficiência com as outras alterações introduzidas na CF/88 pela EC 19/98;
- IV - o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, que impõe aos agentes administrativos cuidar tanto do uso correto dos meios, quanto da efetiva consecução dos fins previstos na lei.³⁸

Confirmando a adoção do sentido de eficiência como sendo o comum, ou seja, vinculado aos meios e ao resultado, oportuno se apresenta consignar trecho de palestra proferida pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira:

A Administração Pública gerencial difere nesses dois pontos, da autonomia e do controle, porque parte da idéia de que o fundamental não é controlar os processos, e sim os resultados. Define com clareza quais os resultados a serem atingidos e, depois, dá liberdade ao administrador para que, vendo os recursos que lhe são alocados à disposição – humanos, materiais, financeiros – possa administrar com eficiência e alcançar os objetivos que foram contratados.³⁹

Consoante Custódio, deve-se conferir o conteúdo jurídico-semântico mais amplo ao dever de eficiência, já que, em sentido restrito, a Administração eficiente seria aquela que “utilizasse os recursos disponíveis racionalmente, com economicidade, mas descomprometida com a questão de metas e resultados, pois metas e resultados não se incluem na acepção científica de eficiência”.⁴⁰

É de rigor concluir que o vocábulo “eficiência”, no sentido comum, conjuga otimização dos meios e consecução dos fins e, no sentido científico, significa utilização racional dos meios. E que, no primeiro e mais ampliado sentido foi empregado no texto constitucional.

³⁸ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 27, 1999, p. 214.

³⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Resumo de palestra proferida no auditório do TCE/RJ em 12.2.96. *Revista do TCE/RJ*, Rio de Janeiro, n. 31, [1996], p. 41.

⁴⁰ CUSTÓDIO FILHO, A Emenda..., p. 212.

Relevante é que, considerando-se postulado ou princípio, ao dever de eficiência não se poderá negar caráter normativo, sendo imprescindível o exame de sua possibilidade de transformar positivamente a ação estatal. Para tanto, mister, desde já, pensar sobre a contribuição que a doutrina pátria pode oferecer para o alcance do desiderato supracitado, bem como repensar sobre sua participação na falta de efetividade do dever mencionado após o transcurso de prazo superior a oito anos da edição da EC 19/98.

Diferente não é o posicionamento de Barroso que, partindo da idéia de que a Constituição Federal vigente inaugurou um novo tempo no que pertine à efetividade das Constituições, pregou o que segue:

Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate de valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos deve-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.⁴¹

Aliás, como bem disse Barroso, reportando-se ao estágio constitucional anterior à vigência da Carta Magna de 1988, a “falta de efetividade das sucessivas Constituições Brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata”⁴².

Antes de se trazer alguns dos conceitos formulados por doutrinadores jurídicos brasileiros, conveniente é reproduzir a ressalva deduzida por Modesto concernente ao conteúdo da eficiência, evidenciando-se que o dever de eficiência merece exame aprofundado que permita alcance de sua real possibilidade de melhoria da atuação estatal. Assim se pronunciou o administrativista baiano:

É certo que o princípio da eficiência resente-se ainda de uma limitada consideração na doutrina especializada. No entanto, parece urgente delimitá-lo para que o seu conteúdo prescritivo não seja invocado de modo espúrio. A

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 371, 2004, p. 201.

⁴² BARROSO, O começo..., p. 175.

exploração do seu conteúdo pode ser útil também para que certos abusos administrativos fiquem melhor evidenciados e possam ser banidos da vida brasileira.⁴³

Já se tendo recorrido sobre os vocábulos “princípio”, “postulado” e “eficiência”, mister avançar. Dessa arte, apresentam-se conceitos de doutrinadores jurídicos pátrios pertinentes ao dever de eficiência:

O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim.⁴⁴

Diante do que vem de ser dito, pode-se definir o princípio da eficiência como a exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público.⁴⁵

Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à idéia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se à lentidão, a descaso, à negligência, à omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.⁴⁶

Conhecido entre os italianos como ‘dever de boa administração’, impõe rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade.⁴⁷

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.⁴⁸

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio

⁴³ MODESTO, Notas..., p. 833.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 430.

⁴⁵ MODESTO, op. cit., p. 836.

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132-153.

⁴⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

da função administrativa, que já não contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.⁴⁹

Assim, princípio da eficiência impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.⁵⁰

Há respeito à eficiência quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos e por vias lícitas. Quando o administrado se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que ininterruptamente leva à Administração. O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda a ação administrativa deve estar orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico administrativo.⁵¹

Optando-se pelo sentido comum, o princípio da eficiência significaria ao agente administrativo a obrigação de satisfazer as necessidades dos cidadãos (consecução dos fins), com presteza e da maneira menos dispendiosa possível para a Administração (otimização dos meios). Aqui, eficiente seria a Administração que obtivesse os resultados que dela se espera, ao menor custo e no melhor tempo.⁵²

2.3.2 Definição com base na doutrina jurídica estrangeira

No direito alienígena, o dever de eficiência há muito é tratado. Nesse sentido, é o alerta de Ávila ao registrar que “o tema da eficiência não é novo no Direito anglo-saxão, onde são diferenciadas duas exigências: o dever de atingir o máximo do fim com o mínimo de recursos (efficiency); o dever de, com um meio, atingir o fim ao máximo (effectiveness).”⁵³ Aliás, sobre a relação entre efficiency e effectiveness há menção na lição de Schmidt-Assmann transcrita mais adiante.

Importante estudar, sublinha-se, os métodos adotados para o exame da eficiência e não, como por vezes acontece até em decisões judiciais, simplesmente se adotar as conclusões alcançadas com esteio em situações, culturas e legislações diferentes das brasileiras. Ademais,

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90.

⁵⁰ MORAES, *Reforma...*, p. 31.

⁵¹ FRANCA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na constituição federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 777, p.743-754, jul. 2000.

⁵² CUSTÓDIO FILHO, A Emenda..., p. 212.

⁵³ ÁVILA, Sistema..., p. 425.

é de se registrar que se tem por objetivo desse estudo demonstrar como a eficiência, diante de uma disposição constitucional, poderá ter efetividade no Brasil se as previsões infraconstitucionais, as manifestações doutrinárias e judiciais brasileiras voltarem-se para a persecução dos Objetivos Fundamentais da República. Em síntese, falta-nos é maior discussão sobre a inserção do dever de eficiência como critério de atuação administrativa.

Para o momento, suficiente é elencar os conceitos pertinentes ao tema em comento como se fez na parte anterior desse trabalho, postergando para os momentos da fundamentação, da aplicabilidade e da discricionariedade os exames que se fizerem necessários.

Schmidt-Assmann, considerando a eficiência como um critério normativo de atuação administrativa, assim a definiu:

En la bibliografía menos reciente, la eficiencia se coloca normalmente al lado de la efectividad, la capacidad de ofrecer rendimientos o la funcionalidad. Aquí damos al término, por el contrario, el sentido que se asigna en las ciencias económicas. Desde este punto de vista, la efectividad mide la consecución del fin. La eficiencia se ocupa, por en contrario, de la relación entre los costos asumidos (medios, recursos) y el fin perseguido (beneficio, éxito). El contenido mínimo de este principio es la obligación de conseguir el fin fijado con la menor cantidad posible de medios. Su objetivo máximo consiste en aspirar al mayor beneficio posible con los medios de que se dispone.⁵⁴

Rawls, objetivando elaborar uma teoria de justiça com raiz contratualista, na primeira parte de sua obra, denominada de justiça como equidade, define o princípio da eficiência como sendo um dos princípios de justiça nos seguintes termos:

O princípio da eficiência pode ser aplicado à estrutura básica em referência às expectativas dos homens representativos. Assim, podemos dizer que uma organização de direitos e deveres na estrutura básica é eficiente se, e somente se, é impossível mudar as regras, redefinir o esquema de direitos e deveres, de modo a aumentar as expectativas de qualquer dos homens representativos (pelo menos um) sem ao mesmo tempo diminuir as expectativas de um (pelo menos um) outro homem representativo.⁵⁵

⁵⁴ SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría...*, p. 353.

⁵⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta, Lenita Maria Rimolli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 74.

Posner, considerando com poucas aplicações no mundo real o conceito de eficiência fulcrado no magistério de Pareto, define-a como sendo a maximização da riqueza tendo como parâmetro o conceito de Kaldor-Hicks ou, como também é conhecido, o conceito da superioridade potencial de Pareto:

En el concepto menos austero de la eficiencia que se utiliza en este libro – llamado concepto de Kaldor-Hicks o de maximización de la riqueza -, si A valúa el adorno de madera en \$5 y B en \$12, con un precio de venta de \$10 (de hecho, con cualquier precio entre \$5 y \$12) la transacción generará un beneficio total de \$7 – con un precio de \$10, por ejemplo, A se considera \$5 mejor, mientras que B se considera \$2 mejor – habría una transacción eficiente, siempre que el daño causado (si hay alguno) a terceros (menos los beneficios que se les confieran) no exceda \$7. La transacción sólo sería superior en el sentido de Pareto si A y B compensaran efectivamente a los terceros por los daños que les inflijan. El concepto de Kaldor-Hicks también recibe el nombre de superioridad potencial de Pareto: los ganadores podrían compensar a los perdedores, aunque no lo hagan efectivamente.

En virtud de que casi nunca se satisfacen en el mundo real la condiciones para la superioridad en el sentido de Pareto, pero los economistas hablan mucho de la eficiencia, está fuera de duda que la definición de la eficiencia que se usa en la economía no es la superioridad en el sentido de Pareto. Cuando un economista afirma que el libre comercio o la competencia o el control de la contaminación o alguna otra política o estado del mundo es eficiente, nueve de cada 10 veces se refiere a la eficiencia de Kaldor-Hicks, ...

El hecho de que incluso el concepto de eficiencia basado en la superioridad en el sentido de Pareto dependa de la distribución de la riqueza – porque la disposición a pagar, y por ende el valor, son una función de esa distribución – limita más a la eficiencia como un criterio final del bien social. Si el ingreso y la riqueza se distribuyen de otro modo, el patrón de demanda también podría ser diferente y la eficiencia requeriría una asignación diferente de nuestros recursos económicos. Dado que la economía no decide si la distribución actual del ingreso y de riqueza es buena o mala, justa o injusta (aunque puede decirnos mucho acerca de los costos de alterar la distribución existente y acerca de las consecuencias distributivas de diversas políticas), tampoco puede decir si una asignación eficiente de recursos es deseable desde el punto de vista social o ético.⁵⁶

Posner, com o fito de evitar confusão, traz esclarecimento sobre o termo “riqueza”, numerosas vezes empregado em sua obra:

...el término ‘riqueza’, tal como lo usan los economistas, no es un concepto contable; se mide por lo que los individuos pagarían por las cosas (o pedirían a cambio de deshacerse de las cosas que poseen), no por lo que efectivamente pagan por ellas. Así, el ocio tiene valor y forma parte de la riqueza, aunque no se compre y venda. Podemos decir que el ocio que el ocio tiene un precio implícito o sombra (¿calculado en qué forma?). Incluso

⁵⁶ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 21.

los mercados crean valor por encima del precio del bienes que en ellos se venden.⁵⁷

As conclusões do jurista norte-americano Posner, não se pode olvidar, foram atingidas estudando o sistema da Common Law e sociedade que não apresenta o nível de desigualdade da brasileira. Pertinente, por conseguinte, a informação de Bresser Pereira de que, nos países desenvolvidos, “a relação entre a renda do quinto mais rico e o quinto mais pobre da população é de 6 vezes, já num ‘país como o Brasil’, a distribuição da renda é escandalosamente desigual, chegando aquela relação a 24 vezes.”⁵⁸

Ressalva-se, ainda, como ensina Bresser Pereira, que, em seus estudos, Kaldor não tratou dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento:

Já em relação aos países subdesenvolvidos, Kaldor preocupou-se pouco. A idéia de que o desenvolvimento desses países é acompanhado por concentração de renda é historicamente correta, mas muito genérica. Para compreendermos efetivamente o processo de desenvolvimento dos países subdesenvolvidos, ainda que apenas em suas linhas mestras, seria necessário um modelo mais complexo. Seria especialmente importante, os trabalhadores e os capitalistas – um terceiro grupo constituído pelos trabalhadores especializados, pelos administradores e pelos técnicos, que podem ser genericamente chamados de nova classe média ou de grupo tecnoburocrático. Seria ainda importante distinguir, na economia subdesenvolvida, o setor moderno, caracterizado pela presença dominante dos capitalistas e dos tecnoburocratas inclusive os trabalhadores especializados, pela produção de bens de capital e de bens de consumo de luxo, do setor marginal ou tradicional, dominado pelos trabalhadores não-especializados e pela produção de bens de consumo simples. Estas variáveis, entretanto, escapam ao modelo Kaldor.⁵⁹

Destacando-se as diferenças de cenário e os fundamentos da eficiência adiante externados, é de se ter cautela e de se atentar para outro trecho da lição de Posner:

Es probable que el mayor problema ético planteado al derecho común por el enfoque de la eficiencia sea la discrepancia existente entre la maximización de la eficiencia y las nociones de la distribución justa de la riqueza. En una economía de mercado donde el papel del derecho, y del gobierno en general, es sólo el control de las externalidades y la reducción de los costos de transacción – que es básicamente todo lo que la eficiencia económica requiere del derecho y del gobierno -, las diferencias de los gustos, las capacidades y la suerte de los individuos podrían generar desigualdades sustanciales en la

⁵⁷ Ibidem, p. 23.

⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A proposta de renda mínima. *Folha de São Paulo*, 8 out. 1993.

⁵⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo de desenvolvimento de Kaldor. *Revista Brasileira de Economia*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 51-67, abr./jun. 1975.

distribución del ingreso y la riqueza; y en las sociedades diversas desde el punto de vista racial o étnico, estas desigualdades podrían correlacionarse con las diferencias raciales y étnicas. En la quinta parte examinaremos algunas teorías de la justicia distributiva. Lo que queremos señalar aquí es que el derecho común es, en su mayor parte, neutral por lo que toca a la distribución⁶⁰.

A eficiência, uma vez que nos leva a pensar nos custos das ações que se pretende realizar, poderá ser o contrapeso a muitas exigências apresentadas à Administração Pública. Nesse sentido, complementam-se as lições de Schmidt-Assmann e de Amaral, nessa ordem, transcritas:

Del principio de eficiencia se deriva la necesidad de analizar cuantitativamente las distintas decisiones que se puede adoptar, y favorecer el empleo más adecuado de los medios disponibles. Mientras que la efectividad se centra el fin, la eficiencia lleva a pensar en los costes. Así, los análisis de costes deben ser el contrapeso a muchas exigencias de efectividad que se dirigen a la Administración y al Derecho administrativo.⁶¹

Há, como já dito, três grandes correntes: a dos que entendem ser exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a reserva do possível, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível. Como veremos a seguir, essas distinções são insuficientes, mas contém algo que parece inegável: há direitos cuja efetividade social pode ser apenas “jurídica”, pois correspondem a pretensões de abstenção, ao passo que outros, para serem cumpridos, para sair do papel, necessitam intrinsecamente da existência de um aparato público, vale dizer, demandam recursos materiais.⁶²

Por fim e na mesma esteira, impõe-se a demonstração de que ao Poder Judiciário não passa despercebida a necessidade de se cotejar os pleitos apresentados com a condição econômica de a Administração Pública lhes dar efetividade:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ESPECIAL A MENOR. RESERVA DO POSSÍVEL. O direito à saúde, previsto pelo artigo 196 da Constituição Federal, exige prestações positivas por parte do Estado e, por isso, situa-se dentro da chamada reserva do possível, ou seja, dentro das disponibilidades orçamentárias da Administração Pública. Sentença alterada

⁶⁰ POSNER, *El análisis...*, p. 251.

⁶¹ SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría...*, p. 353

⁶² AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67

em reexame necessário, prejudicada a análise dos recursos de apelação interpostos.⁶³

2.4 A distinção entre eficiência e os demais institutos:

Mister que sejam estabelecidas relações entre a eficiência e outros institutos jurídicos. Com alguns a eficiência é numerosas vezes confundida e com outros apresenta semelhanças, diferenças, ou aparente conflito que impõe registro neste estudo.

2.4.1 Eficiência e princípio da boa administração

Mello⁶⁴ externou que, apesar de o princípio da eficiência ser “algo mais do que desejável”, nada haveria a dizer sobre ele, que, sendo “juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito”, pareceria “um simples adorno agregado ao art. 37”. Acrescentou que “este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo e superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’.” Nessa ocasião, sem bem esclarecer a ligação que via entre o princípio tratado e o da boa administração, o notável administrativista pátrio, em nota de rodapé, mencionou o nome do doutrinador italiano Guido Falzone e sua monografia intitulada “Il Dovere di Buona Amministrazione”.

Mais didático afigurou-se Moreira Neto ao se reportar ao princípio da boa administração após dizer que sua origem remonta estudos na área da ciência econômica:

De outro lado, destaca-se sua origem em estudos jurídicos de vanguarda, desenvolvidos em meados do século XX, por juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de poder-dever de administrar, afirmado pela administração burocrática, empenhada apenas em lograr a eficácia, para estabelecer, como um passo adiante, o dever de

⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação e Reexame Necessário nº 70014912018. Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 19 jul. 2006.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e ampl. Até a Emenda Constitucional n. 52, de 08.03.2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117-118.

boa administração, que passou a ser respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltados à eficiência da administração pública.

Com completude, Gabardo examinou a questão destacando que se socorreu de doutrinadores italianos contemporâneos:

João Carlos S.G. Loureiro ressalva a importância da comparação entre eficiência e o princípio do bom andamento ou da boa organização (característico do Direito italiano) e o da boa administração (como comumente expresso na doutrina portuguesa), afirmando a sua distinção, pois o primeiro enfocaria tanto a organização quanto a procedimentalização funcional, enquanto o segundo se restringiria a esta última. Já na interpretação de Guido Landi, Giuseppe Potenza e Vittorio Itália, o bom andamento é representado pela imposição de controles à Administração (o interno, para avaliação orgânica e o externo, focado na gestão e nos resultados, ligados à idéia de eficiência). A eficiência, portanto, ainda que um conceito indeterminado, representaria um universo contido no princípio do bom andamento, que, por ser mais amplo, compreenderia também o próprio bom senso na definição de objetivos e na programação, além da busca pela maior responsabilização, coordenação e especialização funcionais (questão estrutural).

Já a boa administração teria seu conceito muito mais centrado na busca de resultados positivos (questão funcional), sendo, portanto, mais restrita (pelo menos de acordo com esta perspectiva de análise, que de certa forma, caminha em sentido inverso à impressão terminológica). Para outros autores, como Luigi Galanteria e Massimo Stipo, não há interesse nesta distinção, restando o “tradicional” princípio da boa administração positivado na Constituição italiana como princípio do bom andamento, a fim de exigir que a ação da Administração estabeleça-se ‘segundo regras que concretizam a eficiência a economicidade, a simplicidade, a celeridade, o rendimento, etc.’⁶⁵.”

Mais adiante, acresce o doutrinador paranaense que os autores brasileiros que apontou não faziam distinção entre eficiência, boa administração ou bom andamento:

De qualquer forma, a tradição brasileira, inspirada de forma genérica na doutrina européia, até mesmo antes da constitucionalização do princípio, assevera a equivalência entre os três conceitos afins. Por exemplo, Diógenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles e Adilson Abreu Dallari, há muito estudavam então o “dever de eficiência” que, traduzido do princípio do bom andamento ou da boa administração, significa a realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da estrutura institucional. Não poderia ser diferente, pois, como ressalta Modesto: ‘o exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficácia, pois ambos, violam os interesses tutelados na lei’.

⁶⁵ MOREIRA NETO, *Curso de...*, p. 103.

2.4.2. Eficiência, Eficácia, Efetividade e Produtividade

Mister distinguir eficiência de efetividade e de eficácia. Para tanto, auxilia-nos a lição de Bugarin:

Efetividade é vista como a expressão do desempenho de uma empresa (organização) em função da relação entre os resultados alcançados e os objetivos propostos ao longo do tempo.

Eficácia, por sua vez, significa fazer o que é preciso fazer para alcançar determinado objetivo. Não se confunde com a eficiência, uma vez que se refere especificamente ao resultado do trabalho realizado, ou seja, se este é adequado a um fim proposto. Pode, todavia, ocorrer que o produto em si seja considerado adequado, no entanto, o seu processo se dê sem eficiência, levando a um resultado final não apropriado.

Assim, no âmbito estatal, pode-se afirmar que a eficácia ‘diz respeito ao alcance da meta desejada’, sendo que este termo ‘expressa o grau com que um programa governamental, por exemplo, é capaz de produzir resultados previamente definidos, através de seus objetivos de performance, dentro dos prazos estabelecidos’. Importa destacar neste contexto, que pode ocorrer que uma dada organização pública ‘seja altamente eficaz e ao mesmo tempo bastante ineficiente. Isso ocorre quando ela gera os seus resultados a custos exorbitantes. Daí a necessidade de se operar a custos mínimos, de forma econômica’⁶⁶.”

Conveniente também é a reprodução do magistério de Lacombe e Heilborn atinente à efetividade:

Outro termo importante é efetividade, inicialmente, a palavra efetividade começou a ser usada como sinônimo de eficácia, a partir da tradução inglesa **effectiveness**. Nesse sentido, efetividade seria um anglicismo, sinônimo de eficácia. Poucos seguem essa definição. Outros autores passaram a usar efetividade para significar a satisfação das necessidades dos clientes pelos produtos ou serviços da organização, ou melhor, o valor social que deve ser atribuído ao produto ou serviço, isto é, a medida da utilidade do produto ou serviço considerando-se a sociedade como um todo e não apenas o consumidor ou a organização. Nesse sentido, uma organização pode ser eficiente e eficaz, mas não ter efetividade. Uma destilaria de cocaína, para chegarmos ao caso mais extremo, pode ser eficiente, utilizando os meios e processos tecnológicos mais modernos na sua produção. Pode ser eficaz, do ponto de vista interno da organização, no sentido de que alcança os resultados a que se propôs, executando as atividades que precisam ser

⁶⁶ BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência. *Revista dos Tribunais de Contas da União*, Brasília, n. 87, 2001, p. 41

executadas para atingir suas metas, mas para a sociedade essa organização é altamente prejudicial e, assim, a organização não tem nenhuma efetividade.⁶⁷

Na mesma obra, os mesmos autores, esclarecem o que é produtividade para a Ciência da Administração. Percebe-se, em síntese, que a produtividade é a análise pormenorizada de cada insumo e a eficiência, englobando aquela, corresponde ao exame da íntegra do processo:

A **produtividade** é o quociente que resulta da divisão entre a produção obtida e um dos fatores empregados na produção ou entre a produção obtida e um conjunto ponderado dos fatores de produção.

A produtividade nada mais é do que uma relação entre o que foi obtido e um dos recursos usados para obtê-lo. Por exemplo: a produtividade de um hectare de terra; dizemos que a produtividade é tantas toneladas por hectare. Se utilizarmos outros insumos, como adubos ou irrigação, a produtividade do mesmo hectare aumenta. Se usarmos sementes selecionadas obteremos uma produtividade mais alta por hectare.

É comum dizer produtividade de uma máquina, de um operário, de uma linha de produção e de uma fábrica, por exemplo.⁶⁸

2.4.3 Eficiência e Economicidade

Numerosas vezes, há confusão conceitual entre economicidade e eficiência. Nessa senda, é prudente recorrer a um doutrinador econômico e a um jurídico para espancar tal ocorrência.

De forma sintética e clara, Andriolo distingue eficiência de economicidade:

Convém observar que o artigo 70, “caput”, já estabelecia que o controle deve considerar a economicidade, um termo que poderia, num sentido amplo, ser considerado como sinônimo de eficiência. Pode-se estabelecer, no entanto, uma diferença crucial: a economicidade tem conotação de não-desperdício de recursos, enquanto eficiência é alcançar o máximo de produtividade da utilização dos recursos disponíveis.⁶⁹

Também se reportou ao princípio da economicidade o juspublicista Moreira Neto:

⁶⁷ LACOMBE; HEILBORN, *Administração...*, p. 166.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 166.

⁶⁹ ANDRIOLO, *Eficiência...*, p. 144

Neste sentido, em parte ele é um corolário do princípio da eficiência, acima estudado, porque se volta à observância de uma relação, que aqui é especificamente financeira, portanto, mensurável ou estimável, entre insumos e produtos, pois, tanto quanto nas hipóteses aplicativas daquele princípio, a economicidade tampouco prescinde de parâmetros objetivos, claros e previamente conhecidos, para que, em cotejo com eles, seja possível chegar-se a conclusões, juridicamente válidas, sobre sua eventual violação, não podendo decorrer, portanto, de uma apreciação livre e, muito menos, subjetiva dos atos da Administração.⁷⁰

2.4.4 Eficiência e Proporcionalidade

A adequação é uma fase do exame do postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Ela se restringiria à possibilidade de o meio propiciar o alcance do fim visado. A eficiência administrativa seria bem mais do que isso, pois estaria vinculada à satisfatoriedade no alcance desse fim.

Nesse sentido, é a lição de Ávila abaixo reproduzida:

Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim.⁷¹

Ávila,⁷² que entende o dever de eficiência como “a implicação da própria atribuição de fins à administração pública”, assevera que “a administração, de acordo com o ordenamento jurídico, deve promover a realização de diversos fins”. “A instituição de fins a serem promovidos pela administração impede que ela escolha meios que não os promova de modo satisfatório.”

⁷⁰ MOREIRA NETO, *Curso de direito...*

⁷¹ ÁVILA, *Sistema...*, p. 430.

⁷² *Ibidem*.

Também a Aragão ocorreu a relação entre proporcionalidade e eficiência, cotejando essa última com a legalidade apoiado nos ensinamentos dos doutrinadores italianos Iannotta e Manganaro:

O Princípio da Eficiência se vê ainda mais reforçado pelo conflito positivo que possui com o Princípio da Proporcionalidade, já que também por força deste, em seus elementos 'adequação' e 'necessidade', não se poderia impor a adoção de meio (normalmente uma interpretação) inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais, pelo simples apego a uma legalidade formal, impondo-se uma legalidade material, cujo substrato encontrar-se-ia na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo. 'Na Administração de resultado, o Princípio da legalidade implica na indefectível aplicação das normas que geram bons resultados; mas também implica na impossibilidade de aplicar normas que geram maus resultados. (...) 'O Princípio da Legalidade relacionado com o resultado impõe, sobretudo, que o bem seja reivindicado no plano substancial': tal legalidade exclui ' a operatividade de previsões irrelevantes em relação ao resultado administrativo'⁷³.

2.4.5 Eficiência, Moralidade Administrativa e Razoabilidade

Vettorato assinala que haveria na doutrina pátria certa confusão entre a eficiência, a moralidade administrativa e a razoabilidade. Em seu artigo sobre eficiência procura dirimir esse problema delineando os três institutos:

O princípio da eficiência também não pode ser confundido com os princípios da moralidade e da razoabilidade. Quanto ao princípio da moralidade, como já dito antes, ele também está ligado ao bem administrar, da mesma forma que o princípio da eficiência, mas, enquanto este é referente a aspectos de meios, insumos e resultados dos atos administrativos na busca dos fins do Estado, o segundo se volta para os aspectos da boa-fé e lealdade administrativa (20). Uma das derivações ao Princípio da Moralidade é a probidade administrativa, especialmente, no trazido pelos art. 37, § 4^a, e 85, V, ambos da Constituição Federal de 1988. Tais dispositivos determinam punições ao agente público que não servir a Administração "com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer." (21) Assim, cumulando-se ao já comentado, está clara a diferenciação entre os princípios da eficiência e moralidade administrativa.

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n 237, 2004, p. 4

Já o princípio da razoabilidade difere-se do princípio da eficiência, pois aquele busca a congruência dos atos administrativos e dos seus fins, tanto que um ato pode ser plenamente eficiente, atingindo economicamente e plenamente o seu objetivo específico, mas pode não ser razoável para o atendimento dos fins da Administração Pública. Ou seja, o ato administrativo será inválido juridicamente, mesmo dentro dos limites estabelecidos em lei, se foi desarrazoado, incoerente ou praticado sem considerar as 'situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada'.⁷⁴

Deduzidas as relações tidas como pertinentes aos limites e objetivos desse estudo, avança-se para o trato dos fundamentos do dever de eficiência no Brasil não sem antes aduzir breve síntese.

Do exposto neste capítulo, pode-se concluir que o dever de eficiência, no direito pátrio, está vinculado à otimização dos meios disponíveis, bem como ao alcance de resultados positivos. A sua inclusão no *caput* do artigo 37 da Lei Maior, quando se procurou adotar uma Administração Pública Gerencial, teve a intenção de provocar mudança institucional e cultural, ensejando que a eficiência fosse considerada um critério normativo para a atuação administrativa que deve ser no sentido de perseguir fins de interesse público, fazendo com que a legalidade seja material.

Dessarte, ao se discorrer sobre os fundamentos e sobre a aplicabilidade da eficiência no direito brasileiro, nos capítulos vindouros, notar-se-á que alguns dos conceitos acima citados exigirão maior cautela ao serem cotejados com o real contexto brasileiro.

⁷⁴ VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da administração pública: diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>

3 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

3.1 Princípio do Estado Democrático de Direito

O dever de eficiência como parâmetro de atuação administrativa tendente à consecução dos objetivos fundamentais da República impõe que seja compreendida a relação do Estado com o cidadão e a função do Direito nesse contexto. Aliás, sublinhando que “*imperativos da realidade*” e não “*motivações de cunho ideológico*” que estão a exigir a reestruturação do Estado, Freitas diz que “é imperioso vencer o paradoxo do Estado demasiado e da carência de ação estatal, no escopo de que o Estado Democrático reúna as energias imprescindíveis à consecução dos objetivos fundamentais”⁷⁵.

Adequado exsurge o magistério de Saldanha sobre as três dimensões do Estado (axiológica, sociológica e jurídica):

No âmbito do Estado, o bom direito é, em suma, a cristalização da política dinamizada pelos valores éticos, na experiência concreta da vida social, ao longo do tempo, com a intervenção da razão prática.

O Estado que, no mundo contemporâneo, favorece essa interação é o regime designado de democrático. Esse, atento às exigências da realidade, soube construir, no diálogo entre a prática política e os ideais éticos – e aprendendo com a história – instituições adequadas, capazes de produzir política eficiente e valiosa, com ordem, liberdade, igualdade, justiça e segurança.⁷⁶

A Ética, então, é o ramo do conhecimento que indica os fins últimos do humano, bem como os caminhos para o atingimento da felicidade. E essa não estaria limitada a um aspecto individual, pois, também sendo um ser social, o homem preocupa-se com o convívio com seus pares. Nesse diapasão, cabe à ética alcançar os princípios genéricos que facilitam a realização do Bem Comum. Todavia, a realização prática do Bem Comum caberia à Política, informada pela relação mando-obediência. Assim, à Política tocaria a missão de, pretendendo efetivar o Bem Comum, estabelecer clima de convívio, calcado na Segurança, no qual cada ser pudesse desenvolver sua potencialidade.

⁷⁵ FREITAS, Juarez. O novo regime de concessões e permissões de serviços públicos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, 1995, p. 35 e p. 44.

⁷⁶ SOUZA JÚNIOR, A *Supremacia...*, p. 41.

O Direito deve interligar a Ética e a Política, estabelecendo uma composição que preserve ambas. O cenário das relações entre a Ética, Política e Direito é o Estado, que terá o Direito como instrumento de limitação do poder estatal, maximizando a segurança dos indivíduos e minimizando o arbítrio da autoridade.

Note-se que o Estado Democrático de Direito é o cenário no qual a eficiência se deve apresentar com a força imprescindível para que sejam alcançados os fins últimos estatais que são didaticamente apresentados por Saldanha:

Fins do Estado e escalões do ordenamento jurídico

Desenvolvendo uma intuição de BIGNE DE VILLENEUVE (1954), cumpre distinguir os fins do Estado em três áreas que, ordenadas embora em planos hierárquicos de mediação, preservam as autonomias específicas a cada instância. Ei-las:

(1º) Os fins últimos do Estado, no plano mais elevado de abstração e generalidade. Trata-se do reino dos valores supremos e consensuais da convivência social pacífica, regrada e civilizada (ou seja, a liberdade, a igualdade, a justiça, a segurança, a ordem e o desenvolvimento). Esses valores, inspiradores de concórdia política, podem ser acolhidos generosamente- como o confirma a experiência recente de muitos Estados ocidentais- por todas as forças válidas da sociedade, incluídos aí os partidos, independentemente de credo ideológico. As funções político-jurídicas que operacionalizam esses fins, todas de **decisão de última instância**, exigem dos órgãos aos quais vem sendo atribuídas (geralmente um chefe de Estado e um tribunal Constitucional), neutralidade partidária e ideológica, bem assim lealdade ao quadro positivado de valores.

(2º) Os fins imediatos ou próximos do Estado, no plano do mais concreto e urgente. Cabe aí a imensa variedade das necessidades mais prementes e existenciais da convivência social, a exigir do poder público providências e decisões determinadas no espaço e no tempo, em vista dos setores da sociedade diretamente interessados. É o espaço próprio das **prestações administrativas**, incluídos os serviços públicos, bem assim o da **distribuição da justiça** às partes com direitos lesados ou ameaçados. As funções político-jurídicas que operacionalizam esses fins (a administrativa e a jurisdicional) exigem, dos órgãos e agentes a que forem atribuídas (a Administração e o Judiciário): imparcialidade, competência técnico-profissional, continuidade das ações e, não menos importante, fiel observância do ordenamento jurídico vigente.

(3º) Os fins intermediários, no plano da articulação das necessidades concretas e urgentes com os fins últimos da convivência. Este é o domínio dos governos e das maiorias parlamentares que os apóiem, com seus programas partidário-ideológicos, a articular, conjugar e compatibilizar as necessidades próximas e urgentes da sociedade, com os valores supremos da ordem constitucional no Estado democrático. Essa árdua tarefa de mediação – funções político-jurídicas operacionais de governar e de legislar – reclama

uma pauta de ordenação, articulação e conjugação, marcada, em maior ou menor grau, por sentimentos, interesses e pré-compreensões: a ideologia política. Esta vem a ser a alma dos partidos políticos - instituições essenciais a democracia contemporânea - atraindo líderes, envolvendo militantes, inspirando programas e motivando as ações tendentes a efetivar os fins intermediários do Estado.⁷⁷

Outro não parece ser o entendimento de Modesto ao relacionar Estado e eficiência:

Reclama-se do Estado, cada vez com maior impaciência, para que otimize o seu agir e conduza em termos adequados a realização dos fins prezados pela comunidade. Questiona-se a omissão no agir, a aptidão do agir e a qualidade do agir estatal. Essas exigências não são dirigidas a um Estado liberal, mas a um Estado Democrático e Social, executor e fomentador da prestação de serviços coletivos essenciais. É o Estado Social que não pode descuidar de agir com eficiência, justificando os recursos que extrai da sociedade com resultados socialmente relevantes. Essas exigências hoje não são mais percebidas em termos meramente políticos ou econômicos. Foram positivadas, foram entronizadas no sistema jurídico, juridicizaram-se como exigências do ordenamento nacional.

Mas não são exigências apenas negativas, úteis para censurar, ou recusar a validade de comportamentos que contravenham aos valores por ela expressados, pois também são válidas positivamente, para impor ao administrador a observância de cautelas e procedimentos que permitam a otimização possível na obtenção dos bens jurídicos prometidos pelo ordenamento. Exige-se do Estado celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na obtenção de utilidades para o cidadão, na regulação da conduta pública e privada, na vigilância ao abuso de mercado, no manejo dos recursos públicos. Hoje essas são pautas de comportamento exigíveis do administrador para a validade e legitimidade da ação estatal. São imposições normativas, com caráter principiológico, condensadas sob o rótulo de princípio da eficiência, referido expressamente na cabeça do art. 37 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998.⁷⁸

Alexandre de Moraes que entende que o princípio da eficiência “é o que impõe à administração pública direta ou indireta e a seus agentes a persecução do bem comum” ensina que a “idéia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da Administração Pública decorre da própria razão de existência do Estado e está prevista em todos os ordenamentos jurídicos⁷⁹.”

Assim sendo, resta claro que o sobreprincípio Estado Democrático de Direito é um dos fundamentos da eficiência.

⁷⁷ SOUZA JÚNIOR, *A Supremacia...*, p. 55-57.

⁷⁸ MODESTO, *Notas...*, p. 831.

⁷⁹ MORAES, *Reforma...*, p. 33.

3.2 Princípio da Legalidade

O dever de eficiência, deduzido como princípio basilar da Administração Pública, tem por fundamento constitucional o caput do artigo 37 da Carta Magna em virtude de alteração promovida pela Emenda Constitucional nº19/98. Ele não poderia ser visto como antagônico ao princípio da legalidade. Ao contrário, esse seria um fundamento daquele, fazendo com que a função administrativa, como já pregava Meirelles, não se contente com a legalidade, “exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”⁸⁰. Dessarte, ensina Aragão, “todo o ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência(art. 37, caput, CF), for a maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.”⁸¹

Não discrepa desse sentido o magistério de Modesto:

Em verdade, ao contrário de contrastar com o princípio da legalidade, ou legitimar sua atenuação, penso que o princípio da eficiência pode ser percebido como componente da própria legalidade, percebida sob um ângulo material e não apenas formal. Refiro-me à legalidade material explorada excelentemente entre nós, há anos, pelo Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, nomeadamente quando trata do dever de atuação ótima ou excelente do administrador nas hipóteses de discricionariedade (Cf. Discricionariedade e Controle Judicial, São Paulo, Malheiros, 1992, pp. 33-36).

Ser predicado da legalidade material, entretanto, não é um privilégio do princípio da eficiência. O princípio da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, entre outros, podem ser também encartados na abordagem ampliada do princípio da legalidade. O princípio da eficiência compõe uma das faces materiais do princípio da legalidade da administração pública, destacado pela Constituição por razões pragmáticas e políticas.⁸²

Gabardo, com o fito de demonstrar a natureza jurídica do dever de eficiência, utiliza-se de lição de Moreira Neto para pontuar a sua vinculação com a legalidade:

⁸⁰ MEIRELLES, *Direito...*, 2000, p. 90.

⁸¹ ARAGÃO, *O princípio...*, p. 3.

⁸² MODESTO, *Notas...*, p. 834

No Direito, a eficiência assume uma caracterização inexoravelmente particular, como bem sintetiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto: ‘A eficiência para o tecnocrata tem sentido mais restrito que a eficiência juspolítica: para aquele, basta o atingimento ótimo dos objetivos a que imediatamente se propõe o agir do Estado. Para o Direito e para Política a eficiência tem mais duas dimensões: a legalidade- conformar-se externamente à lei – e a legitimidade – atender ao interesse público’.⁸³

A preocupação com a compatibilização ou o respeito à legalidade, bem com a dificuldade de fazer isso não é exclusividade brasileira, como demonstra Schmidt-Assmann:

Las cuestiones relativas a la eficiencia han tenido cierta relevancia en el ámbito del Derecho administrativo, como es lógico. Así, en las Leyes se encuentran en algunos casos consideraciones relativas a los niveles razonables de gasto, que legitiman en supuestos concretos el abandono de los estándares aplicables con carácter general. En este sentido, los preceptos relativos a la simplificación procedimental en procedimientos masivos (§§ 17 y 18 de la VwVfG) pueden considerarse disposiciones relativas a la eficiencia contenidas directamente en una Ley. Sin embargo, lo normal es que las Leyes no den una solución concreta a problemas de eficiencia, sino que formulen – implícitamente con más frecuencia que de forma expresa – mandatos específicos de observar una conducta eficiente, o bien opciones de eficiencia o limitaciones relacionadas con ella.⁸⁴

Apesar do exposto, é conveniente transcrever a ressalva feita por Di Pietro: “Vale dizer que a eficiência que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”⁸⁵

Em sentido oposto à administrativista paulista, tal como os mencionados anteriormente, está Medauar: “O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade.”⁸⁶

No sentido supracitado, parece compreender a questão Schmidt-Assmann ao registrar que é “importante la obligación de la Administración de establecer indicadores del coste y de las consecuencias negativas de las distintas acciones y orientar sus decisiones en

⁸³ GABARDO, *Princípio...*, p. 90

⁸⁴ SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría...*, p. 355-356.

⁸⁵ DI PIETRO, *Direito...*, p. 84.

⁸⁶ MEDAUAR, *Direito...*, p. 153.

función de ellos. Por lo tanto, la mejora de la eficiencia no está unida en absoluto a la desaparición de las reglas procedimentales.”⁸⁷

Ainda no que pertine à legalidade, mister se estabelecer discussão sobre duas questões importantes para o alcance da eficiência: uma diz respeito ao combate à corrupção que, fora envolver aspectos morais de grande envergadura, é antieconômica na medida em que não são recuperados todos os recursos desviados e que a impunidade ou a punição inadequada, bem como a ineficiência na fiscalização geram estímulos à prática de atos danosos ao Erário e que diminuam os já escassos recursos disponíveis; a outra atine ao cometimento de atos ímprobos perpetrados quando da realização de atuação ineficiente. Anotada a vinculação entre o dever de probidade, a legalidade e a eficiência, posterga-se para o capítulo seguinte a abordagem mais detalhada. Por ora, bastante é reproduzir o ensinamento de Tácito:

O servidor público submete-se, no exercício do cargo ou função, a obrigações e deveres que são regidos pelo princípio da legalidade, o qual se vincula a outros princípios essenciais, estabelecidos na Constituição e nas leis ou regulamentos, entre eles o da finalidade e o da moralidade administrativa.

Em decorrência desses princípios, o servidor público tem, como forma substancial de sua atividade, o dever de boa administração e a prática da probidade administrativa, derivada do interesse público e o código de ética da relação jurídica entre o servidor público e a Administração, visando à razoabilidade, impessoalidade e eficiência no desempenho dos cargos ou funções públicas.⁸⁸

A eficiência, tendo como fundamento a legalidade, não poderá se desbordar da lei, nem se prender a formalismos que a nada conduzam. Ademais, a colocação do aspecto formal em posição de superioridade com relação ao material, como se demonstrará, poderá inviabilizar a participação popular prevista na Lei Fundamental pátria. A eficiência, em verdade, deve ser vista como uma forma de melhor interpretar, cumprir e de fazer cumprir a Lei.

⁸⁷ SCHMIDT-ASSMANN, *La teoria...*, p. 358.

⁸⁸ TÁCITO, Caio. Improbidade administrativa como forma de corrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 1-3, 2001, p. 1.

3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A eficiência por si só não se justifica econômica ou juridicamente. No plano econômico, há de se oferecer serviço eficiente àquele que tenha necessidade dele, ou seja, para aquele que dele necessite. Em outras palavras, a eficiência e seus benefícios serão oferecidos para aqueles que neles veja utilidade, conferindo-lhes, por via de consequência, valor. Já no plano jurídico, a eficiência não pode ser visada descurando-se do fato de que a pessoa é um fim e um sujeito de fins. Nesse sentido, a lúcida colocação de Rocha (1999), esteada em Kant abaixo transcrita:

Para Kant, o grande filósofo da dignidade, a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí por que há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado.⁸⁹

O dever de eficiência será cumprido com o estabelecimento e verificação de custos e de metas. Logo, a noção de preço é relevante. Sublinha-se que, sendo o fim maior a ser atingido a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mais ainda se configura o saber da importância do homem nesse contexto que Rocha (1999) demonstra:

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana comparece no art.1º, III, da Constituição da República de 1988, de maneira inédita, uma vez que nos textos constitucionais que a antecederam não havia menção àquele princípio. Ali, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil. A expressão daquele princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitem que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. Este princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do

⁸⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, 1999, p. 27-28.

sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções”⁹⁰.

Mais adiante, a hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal é mais incisiva:

O Brasil, como antes observado, positiva como fundamento expreso do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa, o da dignidade da pessoa humana. Segundo tal princípio é que se afirmam, no art. 3º daquela Lei Fundamental, os objetivos do Estado voltados à dignificação do homem, com a definição de imperiosa observância de políticas públicas que erradiquem do Brasil condições indignas que se põem a nu pela desigualdade social, econômica, regional, pela pobreza e miséria que aviltam e envergonham os que nessa situação se encontram,etc.⁹¹

O princípio ora em comento, evitando-se individualismo extremado ou segregações, é conjugado com a cidadania, da forma abaixo externada:

Daí a importância de se interpretarem os princípios contidos no art.3º da Constituição da República brasileira acoplados àqueles do art.1º, inclusive ao da dignidade da pessoa humana, de que eles são emanação e complementação, porque impeditivos do pensamento individualista que conduziria aos perigos de retorno ao exagero interpretativo que poderia findar por impedir a plena concretização daquele princípio em vez de aperfeiçoá-lo em sua dimensão mais humana e integral para todos os homens que compõem a sociedade.⁹²

O sistema jurídico pátrio, como é consabido, reconhece a dignidade da pessoa humana, já que essa configura um direito pré-estatal. Dessa arte, não se pode conceber a eficiência divorciada de um sobre-princípio, de um “princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.”⁹³

⁹⁰ ROCHA, O princípio..., p. 33-34.

⁹¹ Ibidem, p. 37.

⁹² Ibidem, p. 34-35.

⁹³ Ibidem, p. 33.

3.4 Princípio da Justiça

A perseguição da eficiência tem um norte: a construção de uma sociedade nos moldes previstos na Lei Maior, delineada pelos princípios esculpidos na Carta mencionada. Nesse sentido, é inafastável o destaque de que a eficiência por si só não se justifica. Ela deve, em cotejo com os demais princípios constitucionais, levar-nos a uma situação institucional e cultural melhor.

Nesse diapasão, compreensível a manifestação de Rawls no sentido que “embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.”⁹⁴

Pertinente também é a manifestação de Bresser Pereira que, discorrendo sobre o Movimento dos Sem-Terra, evidencia a subordinação da eficiência à justiça, bem como a vinculação da primeira ao desenvolvimento econômico e social:

Mas a reforma agrária não seria uma forma ineficiente de fazer justiça? Talvez, mas a justiça, como a liberdade, é valor último que não pode ser subordinado à eficiência. Devem considerá-la porque o desenvolvimento econômico é um terceiro objetivo político fundamental das sociedades democráticas modernas. Mas as medidas de eficiência, ainda que mais precisas do que as de justiça, são muito relativas. Eficiência em relação a quê? Ao retorno do investimento? Ou a esse retorno em termo de melhoria da qualidade de vida dos assentados em projetos de reforma agrária? Há estudos antropológicos mostrando uma extraordinária melhoria nessa área. E não seria também conveniente considerar o retorno em termos de aumento do emprego? Eu sei que os economistas ortodoxos ‘aboliram’ o conceito de desemprego quando inventaram a ‘taxa natural de desemprego’, mas, apesar disso, o desemprego continua a ser o maior problema econômico brasileiro. E nós sabemos o quanto ele representa em termos de sofrimento humano, de desrespeito à pessoa. No passado, já se afirmou que a reforma agrária era uma condição para o desenvolvimento do Brasil. Isso não era verdade no plano econômico então, e continua falso hoje. De um ponto de vista maior, porém, do ponto de vista político, estou convencido de que um dos principais problemas que impedem o desenvolvimento brasileiro é a enorme desigualdade aqui existente. É essa desigualdade que explica políticas populistas, levando ora ao desequilíbrio fiscal, ora ao cambial, ora a ambos. É essa injustiça na distribuição da

⁹⁴ RAWLS, *Uma teoria...*, p. 3.

riqueza e da renda que torna a sociedade brasileira pouco solidária, dividida e, por isso mesmo, incapaz de se constituir em verdadeira nação⁹⁵.”

A eficiência, como já se demonstrou, está umbilicalmente ligada à utilização de recursos e esses são escassos. Todavia, a Administração tem uma gama enorme de fins a atender e de pessoas a satisfazer. Por esse motivo, ao lado da racionalização na utilização dos meios, está a justiça na sua alocação. Outra não é a mensagem de Amaral abaixo transcrita:

Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. As decisões alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbitt, escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte.

As decisões alocativas são, basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender. A primeira é chamada decisão de primeira ordem e a outra de decisão de segunda ordem. As expressões foram cunhadas por Guido Calabresi e Philip Bobbitt, com as decisões de primeira ordem voltando-se à produção de bens onde há escassez natural. Jon Elster inclui nas decisões de primeira ordem todas as escolhas feitas ou induzidas com o propósito direto de afetar o total de bens disponíveis, incluindo escolhas individuais descentralizadas e a escassez quase-natural. Elster cria também o conceito de decisões de terceira ordem, que vem a ser decisões tomadas pelos potenciais beneficiários dos bens escassos que afetam suas necessidades ou suas possibilidades de recebê-los, dentro de um dado esquema alocativo. São citados como exemplo os operários que por serem casados ou trabalharem em indústrias vitais para o esforço de guerra tinham mais facilidade de serem dispensados do serviço militar, ou ainda a possibilidade de desestimular o abuso de nicotina, álcool e drogas dando-lhes menor prioridade para transplantes. As decisões de primeira ordem podem ser individuais, como a de se tornar doador de órgãos, ou políticas.⁹⁶

A eficiência, assim como permite um melhor tratamento do recurso escasso, pode conduzir a certos ganhos. Significa dizer que os fins atingidos, que podem ser primários ou secundários, têm potencial para levar à obtenção de determinadas vantagens. A justiça, como fundamento da eficiência, serviria como parâmetro para a distribuição desses benefícios. Nesse sentido, apreende-se a lição de Rawls:

Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior a uma menor. Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para selar um acordo sobre as partes distributivas

⁹⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. MST: eficiência e justiça. *Folha de São Paulo*, 31 jan. 2005.

⁹⁶ AMARAL, *Direito...*, p. 147-149.

adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.

Digamos agora que uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando esta planejada para promover o bem de seus membros mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios.⁹⁷

Demonstra-se condizente com a abordagem a colocação de Freitas, estribada em Drucker, sobre a reestruturação do Estado brasileiro proferida quando estava a examinar o regime de concessões e permissões do serviço público:

Afortunadamente, para lembrar Peter Drucker no ponto, há fortes indícios de aproximação do final de um ciclo em que os governos pareciam não querer admitir limites, passando-se a uma época em que se cobra uma ação governamental dentro de certos pressupostos e comprometida com o aumento da produtividade, condição vital para o êxito de qualquer modelo de distribuição de renda e de justiça social.⁹⁸

Apropriado também é se reproduzir trecho da manifestação do então Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Nelson Jobim, sobre eficiência, relacionando-a com justiça:

Ressalto que a ação racional do juiz, diferentemente de um investidor econômico, deve basear-se em valores, e não em interesses.

O valor norteador da ação racional de um juiz é a justiça.

Não uma justiça da metafísica. Uma justiça construída social e historicamente.

O Poder Judiciário, em ambiente de globalização, tem como certo que, tão importante quanto proferir uma decisão correta é proferi-la em tempo oportuno e de forma eficaz.

O Poder Judiciário trairia a sua finalidade se perdesse a dimensão valorativa do justo; trairia se renunciasse ao seu mandato constitucional de zelar pelo império da lei; trairia se negligenciasse em decidir sobre a validade dos atos dos poderes legislativo e executivo; trairia se não fosse independente.

No entanto, outros valores precisam se incorporar à ação racional dos juízes e à cultura judicial. A transparência e a eficiência são fundamentais ao Judiciário.

Eficiência não se confunde com rapidez. Um judiciário eficiente não é apenas aquele que produz decisões rápidas.

Há que não negligenciar os custos, a equidade e o acesso para os cidadãos.

⁹⁷ RAWLS, *Uma teoria...*, p. 5.

⁹⁸ FREITAS, *O novo...*, p. 36.

O Poder Judiciário está consciente do seu papel. Sabe que a Nação deseja, merece e exige prestação de suas contas.
O destino dos recursos outorgados pelos contribuintes tem que ser enunciado.
É tempo do Poder Judiciário ser transparente.
É tempo do Poder Judiciário prestar contas à Nação.⁹⁹

3.5 Princípio da Celeridade

Muito do descrédito da Administração Pública junto aos administrados advém da tardança no agir. Assim, o proceder correto, sendo tardio, acaba por desservir ao cidadão. Nesse ponto, agir com eficiência, em numerosos casos, implicará agir com celeridade.

A vinculação entre eficiência e celeridade, constante até de conceitos elencados no capítulo anterior, com a expressão “célere”, com a expressão “presteza” ou com a expressão “rapidez”, merece cautela. Resta inegável que há prestação de serviços públicos para os quais o tempo de atendimento faz enorme diferença como, por exemplo, o serviço de combate a incêndio. Além disso, como no exemplo relativo à redução do prazo para o fornecimento de carteira de trabalho e previdência social, a diminuição do tempo para se prestar serviço público pode permitir o alcance de fins secundários relevantes. Contudo, o atributo da celeridade possivelmente não tem a mesma envergadura em todas as prestações de serviço.

Flagrante é o dever de celeridade quando o cidadão, vedada a auto-tutela, deduz pedido ao Poder Judiciário. Por essa razão, é lícito inferir que as alterações do Código de Processo Civil, sobretudo no que pertine à execução de sentenças, com a adoção de ações executivas *lato sensu*, têm por escopo o alcance da eficiência no Poder Judiciário.

Sublinha-se que não se busca a mera rapidez, mais sim, sendo célere nas causas repetitivas, bem como no desenvolvimento de todos os processos, direcionar mais e maiores esforços no exame de causas que demandam maior dificuldade com os recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis. Há de se perceber que a tardança do tramitar é fator que estimula aqueles que violam direitos na relação de direito material, tornando crescente o número de demandas judiciais. Exemplificando-se a preocupação com a eficiência do Poder

⁹⁹ Mensagem ao Congresso Nacional 2006 na abertura da 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura.

Judiciário no que concerne à celeridade, traz-se notícia relativa aos esforços estatais de utilização da lei como meio de tornar melhor a prestação jurisdicional:

O Ministério da Justiça, através da Secretaria de Reforma do Judiciário e o Supremo Tribunal Federal elaboraram sete projetos de lei que alteram as leis processuais civis e seis projetos de lei relativos ao processo trabalhista, que conferem funcionalidade à tramitação das causas e inibem a utilização da Justiça como meio de protelar o pagamento de dívidas.

As propostas são o resultado de debates, proposições e sugestões anteriores, apresentadas por juristas, entidades e associações que vivem os problemas do sistema judicial na prática, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

Os projetos mencionados foram enviados ao Congresso no final de 2004 e devem ser examinados ao longo do primeiro semestre de 2005.

Em resumo, os 13 projetos trazem as seguintes propostas:

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Apelação – PL 4724/2004

Meios eletrônicos – PL 4726/2004

Julgamento em Processos Repetitivos – PL 4728/2004

Simplificação de procedimentos – PL 4725/2004

Agravos – PL 4727/2004

Julgamento de agravo – PL 4729/2004

Uniformização de decisões – PL 4723/2004 A

ALTERAÇÕES AO PROCESSO TRABALHISTA

Autenticação de Cópias – PL 4730/2004

Rescisória Trabalhista – PL 4735/2004

Execução Trabalhista – PL 4731/2004

Embargos – PL 4733/2004

Recurso de Revista – PL 4732/2004

Sistemática Recursal Trabalhista – PL 4734/2004¹⁰⁰

Também é plenamente exigível a celeridade, no que atina com a eficiência, quando o Poder Público, transcorrido prazo razoável ou previsto em lei, não concede benefício ou licença indispensável para a realização de atividade.

Na trilha acima exposta, elucidativa é a decisão do Superior Tribunal de Justiça que foi emendada da seguinte forma:

¹⁰⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Programa de transparência: reforma do judiciário*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/transparencia>> Acesso: abr. 2006.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO ANTE À AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DA PORTARIA PREVISTA NO § 2º DO ART. 3º DA LEI 10.559/2002. PRAZO DE SESSENTA DIAS. PRECEDENTE DO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O art. 10 da Lei n.º10.559/2002 outorga competência única e exclusiva ao Ministro de Estado da Justiça para decidir a respeito dos requerimentos em que se postulam o reconhecimento de anistia política, podendo, para esse fim, utilizar-se, para formar sua convicção, de parecer fornecido pela Comissão de Anistia de que trata o art. 12. Exsurge claro que a Autoridade ora impetrada não está vinculada à manifestação da referida Comissão, podendo, inclusive, dela discordar; por ser esta instituída tão-somente para assessorar-lhe, servindo apenas como órgão consultivo.

2. Nada impede que o Ministro da Justiça venha a requerer novos esclarecimentos da própria Comissão de Anistia ou consultar outros órgãos de assessoramento que estejam ao seu alcance para solucionar questões que envolvam aspectos de oportunidade ou certificar-se a respeito de possíveis divergências jurídicas.

3. Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia –, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final no Processo Administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte.

4. Ordem parcialmente concedida.¹⁰¹

Não é diferente o entendimento de Modesto ao expor os deveres do Estado para com o cidadão em virtude do princípio da eficiência:

Exige-se do Estado celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na obtenção de utilidades para o cidadão, na regulação da conduta pública e privada, na vigilância ao abuso de mercado, no manejo dos recursos públicos. Hoje essas são pautas de comportamento exigíveis do administrador para a validade e legitimidade da ação estatal. São imposições normativas, com caráter principiológico, condensadas sob o rótulo de princípio da eficiência, referido expressamente na cabeça do art. 37 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998. Trata-se de tema ainda carente de maior exploração entre nós, mas cuja consideração parece urgente.¹⁰²

Nesse particular, prudente reproduzir o inciso LXXVIII do artigo 5ª da Constituição Federal/1988 inserto pela Emenda Constitucional nº45/04:

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 9.420/DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. j. em: 24 ago. 2004. DJ 06 set. 2004, p. 163.

¹⁰² MODESTO, Notas..., p. 830.

LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

3.6 Princípio da Igualdade

Não é possível se pensar em eficiência sem igualdade.

A eficiência necessita de terreno propício para sua efetivação. Em outras palavras, a Administração, obrigada a bem atingir os fins a ela confiados, desvia-se desse mister se adota critérios que conduzem à criação ou à manutenção de indevidos privilégios.

O querer beneficiar pessoa ou grupo determinado quando da formulação de política ou legislação ou, ainda, quando da atuação administrativa propriamente dita redundará em violação ao princípio da igualdade. O vício, deixe-se claro, não está em atender determinada camada da população ou grupo de pessoas identificáveis. Ele reside em atender os pleitos dirigidos à Administração em razão de critérios atinentes à proximidade ou influência dessas pessoas junto ao ente estatal. Nesse sentido, é bem-vinda a mensagem de Oliveira Ávila, que também distinguindo impessoalidade de igualdade, define esse último princípio:

Nas suas relações com os indivíduos, considerados perante o Estado, o decisivo é que as decisões estatais sejam tomadas sem a consideração da pessoa, e sim com a consideração objetiva dos pontos de vista estabelecidos em lei. Tal consideração passa, obviamente, por mecanismos que tornem o sistema impermeável a simpatias ou antipatias pessoais, a motivações político-partidárias, ou a preferências ditadas pela afinidade com determinados grupos ou segmentos na sociedade. Entre tais mecanismos, impessoalidade, imparcialidade e neutralidade aparecem para tornar o sistema infenso a tais perigos.

A preservação da igualdade exige a impessoalidade. Esta realidade levou muitos autores a identificar o princípio da impessoalidade administrativa com o da igualdade. O fato de se relacionarem não faz com que os princípios se confundam. A capacidade de se relacionarem entre si faz parte da natureza própria dos princípios jurídicos.¹⁰³

Numa sociedade democrática e capitalista as remunerações, os acessos aos bens são diferenciados. Sendo isso inevitável, há de se propiciar a igualdade de oportunidades para se

¹⁰³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2001, p. 39-40.

atingir posições que espelhem melhor condição social e econômica, bem como, pelo menos, assegurar um padrão digno aos que não atingirem esse estágio.

Kondo, com apoio no economista norte americano Okun que tratou de igualdade e eficiência, ensina o que segue:

As sociedades sujeitas a regimes autoritários sem dúvida alguma enfrentarão mais contradições que as sociedades democráticas, mas, mesmo onde existam condições ideais para a democracia, um dilema inevitável persistirá. Por um lado, as sociedades garantem a igualdade de direitos a todos. O aspecto mais representativo desse princípio é outorgar o direito de voto a todos os cidadãos, independentemente de renda, raça, sexo ou qualquer outra característica individual. Por outro lado, o sistema produtivo deve ser eficiente e, no processo de procurar uma alocação eficiente dos agentes econômicos, remunera-se melhor o trabalhador mais competente e capacitado, e investe-se mais nos equipamentos de produção mais avançados e confiáveis. O trabalhador menos competente recebe um salário menor, se tanto. Os equipamentos menos avançados são vendidos a preços reduzidos, ou rejeitados junto com a empresa, se esta não encontrou um nicho para competir. Dessa maneira, as atividades produtivas de uma sociedade conduzem a uma desigualdade crescente. Essa disparidade, entretanto, não é o resultado de um planejamento intencional. Muito pelo contrário, essa desigualdade é o resultado indesejável da busca por alcançar um uso eficiente dos recursos que beneficiam toda a economia.¹⁰⁴

Posner, como consta no capítulo concernente aos conceitos de eficiência, afirmou que a eficiência seria neutra no que tange à distribuição de renda. Todavia, em uma sociedade desigual como a brasileira, os efeitos da desigualdade não atingem somente aquele que está em pior situação. Ao contrário, a desigualdade exige cada vez mais recursos públicos para a área social, perturba o setor da segurança pública e prejudica a estabilidade do mercado interno. Além disso, diante da obrigação de o Estado promover os direitos fundamentais do cidadão, apresentada no capítulo supracitado, nas palavras de Justen Filho, os resultados atingíveis e atingidos devem ser socialmente relevantes. Nesse caso eficiência representa, sim, distribuição de renda.

Conveniente, é trazer às luzes o ensinamento de Bacellar Filho:

A Administração Pública legitima-se quando age em conformidade com o interesse público. Neste contexto, a profissionalização da função pública constitui instrumento de legitimação da Administração Pública brasileira

¹⁰⁴ KONDO, Edson Kenji. Desenvolvendo indicadores estratégicos em ciência e tecnologia: as principais questões. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 27, n. 2, p. 128-133, maio/ago. 1998, p. 130.

perante o povo: (i) primeiro, para garantir a observância do princípio da igualdade na escolha de seus agentes, a partir de critérios que possibilitem a aferição daqueles mais preparados para o exercício da profissão, e não num status atribuído em razão de um direito de nascença ou pela proximidade pessoal com os governantes; (ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da eficiência, de uma Administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados.¹⁰⁵

Mais adiante, Bacellar Filho traz em nota de rodapé, importante notícia sobre igualdade, expondo o magistério de Pubusa:

O autor conclui que a administração não é ‘puissance publique’, mas ‘servizio pubblico’, na medida em que constitui um dos instrumentos principais do Estado para a realização da igualdade substancial, entendida como criação de igualdade de oportunidades e do princípio de solidariedade sobre o qual se funda o ordenamento jurídico italiano. ‘Somente’ por causa desta sua função, a administração é dotada, nos casos previstos pela lei, de poderes autoritários. Mesmo assim, em geral, não é o ‘poder que age’, sobretudo porque sempre age menos autoritariamente (prevalece na ação administrativa as prestações e os serviços) e, secundariamente, porque quando age como autoridade, justifica-se tal poder em função de sua instrumentalidade em relação à utilidade social e ao interesse geral.¹⁰⁶

3.7 Princípio da Moralidade Administrativa

Sobre o dever de probidade e sobre a corrupção já se fez menção ao se tratar da legalidade. Além disso, quando da aplicabilidade, discorrer-se-á sobre improbidade. Por isso, sucintamente, fala-se sobre a moralidade administrativa nesse item.

Ao se inserir o princípio da eficiência no rol dos pilares da Administração Pública, pensava-se em um cenário no qual o exercício das atribuições do administrador fossem levado a cabo com maior liberdade. Isso resta claro quando Bresser Pereira apresenta as três idéias que distinguiriam as administrações burocrática e gerencial:

A primeira é que a burocrática fundamenta-se no controle dos processos. Controla-se rigorosamente os processos de admissão de funcionários, de compras e de atendimento às demandas dos cidadãos. Porque há um outro fator, característica também fundamental da burocracia, a desconfiança. O

¹⁰⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p.1-9, abr./jun. 2003, p. 2

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 2(nota de rodapé).

Ministro Hélio Beltrão diz isso com muita clareza. Quer dizer, é a desconfiança no servidor, no político, em todos, porque parte da idéia de que o Estado é totalmente patrimonialista. Portanto, dada essa desconfiança, é preciso controlar. Não se pode dar liberdade nenhuma, nem autonomia ao administrador público; ele deve ser controlado passo a passo no processo.

A Administração Pública gerencial difere nesses dois pontos, da autonomia e do controle, porque parte da idéia de que o fundamental não é o controlar os processos e, sim os resultados. Define com clareza quais os resultados a serem atingidos, e, depois, dá liberdade ao administrador para que, vendo os recursos que lhe são colocados à disposição – humanos, matérias e financeiros – possa administrar com eficiência e alcançar os objetivos que foram contratados.

A segunda idéia, evidentemente, é que este tipo de Administração Pública está baseado na confiança. Uma confiança limitada, mas, confiança, que se pode delegar ao administrador público. Porque o princípio da Administração burocrática é um princípio centralizado e rígido em que a delegação é mínima.

E a terceira idéia que distingue a Administração Pública burocrática da gerencial é a de que esta não está auto-referida, mas, como salientou bem o relator, está voltada para o atendimento das necessidades do cidadão – cidadão-cliente, cidadão-usuário, cidadão que é o objeto do serviço público.¹⁰⁷

À toda evidência, essa liberdade deverá ser acompanhada de um maior zelo, de uma maior responsabilidade no trato das questões públicas. Em síntese, com a liberdade crescente, amplia-se o papel da moralidade administrativa.

Elucidativo quanto à relação entre eficiência e moralidade administrativa é o trecho da obra de Meirelles, baseado no magistério de Brandão:

O certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. Já disse notável Jurista luso – Antônio José Brandão – que ‘a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhes pertence – princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos jurisconsultos romanos. À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou

¹⁰⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; MOREIRA FRANCO, Wellington. A reforma administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.31, p. 37-55, 1196, p. 39-40.

embora mantendo ou aumentando o patrimônio gerido, desviando do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum.¹⁰⁸

3.8 Princípio do Interesse Público

O interesse público deve ser fundamento e, ao mesmo passo, limite para o princípio da eficiência. A eficiência deve espelhar perseguição do interesse público, bem como administração satisfatória desses interesses. Assim, valiosas afiguram-se as lições de Bastos e de Moreira Neto:

Todavia, pode-se dizer que, considerando o conjunto de modificações e o modelo de Administração Pública trazidos pela Emenda Constitucional n.19/98, na verdade, o princípio da eficiência ganha um perfil novo. Ao analisar-se, por exemplo, o §8º do art 37 e o inc. III do §1º do art 41, aquele acrescentado e este com nova redação, pode-se concluir que a grande preocupação concentra-se no desempenho da Administração Pública, ou seja, buscam-se melhores resultados em suas atividades, com a substituição dos obsoletos mecanismos de fiscalização dos processos pelo controle dos resultados, sempre tendo em vista a realização do interesse público.¹⁰⁹

Entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.¹¹⁰

Di Pietro, anota que, sob o aspecto jurídico, com o Estado Social, o interesse público passou a ser entendido como Bem Comum:

Com o Estado Social, o interesse público a ser alcançado pelo direito administrativo humaniza-se, na medida em que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais a existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar toda a coletividade o bem-estar social. O interesse público,

¹⁰⁸ MEIRELLES, *Direito...*

¹⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80.

¹¹⁰ MOREIRA NETO, *Curso de...*, p. 103.

considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a idéia de bem comum.¹¹¹

Na mesma obra, em ponto mais avançado, assevera Di Pietro que a proteção ao interesse público está inserta no princípio da legalidade, estando, mas especificamente, introduzida no princípio da impessoalidade. A impessoalidade, nesse quadro, vinculada à finalidade pública, deveria ser encarada como a impossibilidade de a Administração favorecer ou prejudicar pessoas determinadas:

A Constituição de 1988, que inovou ao mencionar expressamente alguns dos princípios a que se submete a Administração Pública (artigo 37), deixou de mencionar o princípio concernente à proteção do interesse público. Mas, na realidade, ele está inserido quer no princípio da legalidade, quer no da impessoalidade. No primeiro, porque, quando a lei resulta claramente qual o interesse público a proteger, a atuação administrativa que contrarie estará, na realidade, contrariando a lei, ofendendo, pois, o princípio da legalidade.

Mas é especificamente no princípio da impessoalidade que está embutido o princípio da observância obrigatória do interesse público. Precisamente por constituir novidade no direito brasileiro, o princípio da impessoalidade está dando margem a controvérsias no que diz respeito à sua interpretação. Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administradores como à própria Administração.

No segundo sentido, que ora interessa, a impessoalidade está relacionada com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público, despersonalizado, que tem que nortear o seu comportamento.¹¹²

Interesse público, ao ver de Justen Filho, seria um conceito jurídico indeterminado, que, permeado pela realidade e aferível diante do caso concreto, deveria conduzir à consecução dos valores fundamentais, em especial, o da dignidade humana. Dois trechos de seu artigo sobre o tema esclarecem seu posicionamento:

Tem de reconhecer-se que não é simples definir interesse público, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado. Lembre-se que a função desempenhada pelos conceitos indeterminados exige uma abertura permanente em face da realidade. A indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real.¹¹³

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionabilidade administrativa na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 217.

¹¹² *Ibidem*, p. 229.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999, p. 116.

Se o valor fundamental é a dignidade da pessoa humana, então interesse público não pode ser compreendido senão como a demanda de realização desse valor. Os poderes atribuídos ao Estado, no âmbito da função administrativa, não são voltados a produzir um interesse público abstrato, difuso ou apenas cognoscível por parte do governante. A atividade administrativa do Estado se orienta a atender as necessidades individuais e as coletivas pertinentes ao valor da dignidade da pessoa humana.¹¹⁴

Concebendo-se o dever de eficiência como um dos caminhos a ser trilhado para a gradativa construção da sociedade que respeita os valores elencados no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ter-se-á o interesse público como bússola, ou seja, como fundamento. Ademais, se o dever de eficiência for a atribuição de fins à administração e a satisfação deles, é indispensável que se tenha um parâmetro para os definir dentro no caso concreto.

Ao fim desse tópico, percebe-se que alguns dos conceitos de eficiência meramente elencados em capítulo anterior, impõem maior reserva em suas análises sob a luz dos fundamentos referidos acima, seja pelo fato de não estarem em perfeita sintonia, seja por não ter sido adotado critério que se coaduna com todas as espécies de atividades realizadas pelo Poder Público.

Na parte seguinte deste estudo, cuidar-se-á da aplicabilidade do dever de eficiência, verificando-se se os conceitos formulados pela doutrina jurídica auxiliam ou não na solução dos problemas enfrentados pelo administrador público e na solução do caso a ser aduzido mais adiante.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Conceito..., p. 129-130.

4 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

4.1 Aplicabilidade do Princípio da Eficiência

A eficiência pode ser transformadora da ciência jurídica e do Estado na medida em que traga novos paradigmas e novas referências às análises e às atuações administrativas, tais como preocupação com os custos administrativos, com o planejamento, com a participação popular e com a sustentabilidade.

Mendes, ao cuidar da correlação de metas e de riscos fiscais, e do impacto dos déficits públicos sobre as gerações futuras, asseverou o seguinte:

As alternativas atuais para a construção de uma economia sólida e menos suscetível passam necessariamente pelo controle de gastos públicos. Alguns países desenvolvidos, tendo em vista esta perspectiva, buscaram limitar gastos e muitas vezes editaram leis para esse fim. É impossível, na atualidade, visualizar qualquer Estado que se proponha ao desenvolvimento sem um minucioso projeto de controle dos gastos públicos.¹¹⁵

Na visão de Bresser Pereira, a eficiência em particular e a reforma estatal em geral, seriam caminhos para o desenvolvimento nacional, considerando esse último como vinculado ao desenvolvimento institucional, sobretudo do Estado.

Nesse sentido, a manifestação a seguir transcrita:

Para o desenvolvimento econômico, as instituições são fundamentais, sendo, naturalmente a mais importante delas o próprio Estado moderno, na medida em que este é seu instrumento de ação coletiva por excelência. O Estado é um instrumento positivo do desenvolvimento na medida em que estimula o investimento em capital físico e humano, e o progresso técnico e científico, mas pode ser também um empecilho, se, ao invés, suas instituições estabelecerem o privilégio e favorecerem a captura do patrimônio público¹¹⁶.

A despeito de ser discutível se a reforma administrativa conduza diretamente à redução da carga tributária ou apenas a uma maior efetividade na arrecadação e a um emprego

¹¹⁵ MENDES, Lei de..., p. 5.

¹¹⁶ BRESSER PEREIRA; PACHECO, Reforma do..., p. 1-2.

qualificado dos recursos decorrentes dessa atividade, é interessante reproduzir outro trecho do texto acima aduzido:

Essa reforma é essencial para tornar o Estado mais eficiente, e, portanto, para permitir que, com a mesma quantidade de recursos, possa ele realizar serviços com melhor qualidade e em maior extensão. Permitirá, além disso, reduzir a carga tributária, que é excessiva no Brasil, embora seja um equívoco atribuir principalmente à ineficiência do Estado o descompasso, no Brasil atual, entre o tamanho do Estado, quando medido em termos de carga tributária, e o nível de desenvolvimento do país.¹¹⁷

Por outro viés, Andriolo,¹¹⁸ embora não se tenha furtado de referir outros aspectos da questão, analisando o §7º do artigo 39 da Constituição Federal, diz que o desenvolvimento dos recursos humanos é essencial para o alcance de um nível superior de eficiência no setor público.

Deveria, segundo ele, haver preocupação com o desenvolvimento de habilidades e de atitudes. As habilidades compreenderiam as capacidades e os conhecimentos necessários para o desempenho das funções. As atitudes teriam como ponto crucial a motivação e essa não se restringiria às compensações pecuniárias.

Uma vez que na Emenda Constitucional nº19/98 está prevista a possibilidade de criação de adicional de produtividade, conveniente colacionar o alerta de Andriolo, baseado em Bergamini e Senge, no sentido de que a motivação duradoura e eficaz advirá do comprometimento do servidor com os fins institucionais, de sua valorização pela Administração e da possibilidade do estabelecimento de uma visão compartilhada no ambiente de trabalho:

Para gerar motivação, deve ocorrer efetivo comprometimento do nível gerencial com os funcionários, favorecendo uma cultura centrada nos princípios e valores organizacionais e humanos, tornando o trabalho um instrumento de realização pessoal e profissional. Mas há um aspecto fundamental a ser considerado: é preciso haver mudança de atitude das pessoas, a começar dos chefes, porque para mudar os outros, primeiro deve-se mudar a própria atitude. O que se espera do gerente, nesta nova concepção é que ele seja menos chefe e mais líder. O bom líder partilha informações, facilita às pessoas o aprendizado no processo de tomada de decisões,

¹¹⁷ BRESSER PEREIRA; PACHECO, Reforma do..., p. 3.

¹¹⁸ ANDRIOLO, Eficiência...

desenvolve um clima de confiança e ajuda as pessoas da equipe a recuperarem o poder interno e a auto-estima.¹¹⁹

Bergamini, em verdade, ensina que a motivação, sendo intrínseca à pessoa depende da relação que a essa tem com o trabalho. Direta, ela diz que “ninguém pode, por isso mesmo, motivar ninguém, sendo que a motivação específica para o trabalho depende do sentido que se dá a ele.¹²⁰”

Após relato sobre as considerações que se teve ao longo do tempo sobre a importância da motivação no ambiente de trabalho, Bergamini define o seguinte:

Se, no início do século, o desafio era descobrir aquilo que se deveria fazer para motivar as pessoas, mais recentemente tal preocupação muda de sentido. Passa-se a perceber que cada um já trás, de alguma forma, dentro de si, suas próprias motivações. Aquilo que interessa, então, é encontrar e adotar recursos organizacionais capazes de não sufocar as forças motivacionais inerentes às próprias pessoas. O importante, então, é agir de tal forma que as pessoas não percam a sinergia motivacional. Descobre-se, finalmente, que o ser humano não se submete passivamente ao desempenho de atividades que lhe sejam impostas e que, por conseguinte, não tenham para ele nenhum significado¹²¹.

Bergamini aponta que estudos mais avançados sobre liderança indicam que a maioria dos chefes reconhecidamente autoritários são incapazes de proporcionar um ambiente no qual os trabalhadores sejam criativos. Logo, são nocivos às empresas, uma vez que impedem a descoberta de formas inovadoras e melhores de se levar a cabo a realização do trabalho e de se resolver os problemas.

A pesquisadora não se furta de comentar sobre a relação que algumas pessoas constroem com o trabalho. Assim ela se manifesta:

Infelizmente, em algumas organizações é mais comum encontrar um grande contingente de pessoas que não nutrem a menor motivação para aquilo que fazem. Esses trabalhadores não experimentam, portanto, nenhuma satisfação ou realização pessoal gerada por aquilo que fazem em seu trabalho. O

¹¹⁹ ANDRIOLO, Eficiência..., p. 150.

¹²⁰ BERGAMINI, Cecília Whitaker, Motivação nas organizações. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 24.

¹²¹ Ibidem, p. 23.

emprego, neste caso, passa a ser entendido como uma forma de angariar recursos para que possam sentir-se felizes fora dele. É nesse momento que o trabalho deixa de exercer seu papel como referencial de auto-estima e valorização pessoal, passando a ser fonte de sofrimento e não oportunidade de realização sadia dos desejos interiores que cada um tem.¹²²

Dessa arte, a motivação seria o somatório das expectativas e os objetivos de cada pessoa e que esse seria resultado da personalidade e na cultura de cada pessoa. Logo, ela está ligada à felicidade pessoal. Bergamini elucida que a inapropriada utilização dos termos condicionamento e motivação como sinônimos faz com que se confundam fenômenos que são qualitativamente diferentes. Isso gera dificuldade na compreensão do que seja realmente motivação.¹²³

Nesse diapasão, retornando à questão inicial, ou seja, à previsão de gratificação na Emenda Constitucional nº19/98, é oportuno reproduzir o ensinamento de Bergamini sobre a atração do empregado pelo alcance de recompensa externa, ou seja, pelo condicionamento:

Por uma série de razões, apenas aparentemente inexplicáveis, muita gente tem ligado, por exemplo, o tema aumento salarial a outro que é o da maior satisfação motivacional. Assim sendo, essas pessoas simplesmente concluem que os empregados que ganham mais dinheiro no final do mês estão necessariamente mais motivados para o trabalho. Caso alguém receba uma recompensa salarial (reforço positivo) por alguma façanha no trabalho, da próxima vez que se necessite da repetição desse comportamento será necessário, mais uma vez, acenar com novo aumento salarial, isto é, rerepresentar o estimulador salário. Basta um simples levantamento de dados para que se perceba que isso levou organizações a se envolverem com dispendiosos sistemas de retribuição e remuneração, embora não admitam que essa seja uma forma de controlar o comportamento no trabalho.¹²⁴

A gratificação supradita, por conseguinte, deve ser vista como fator externo, ou seja, de condicionamento. Como tal, em se cuidando de instituição que dispõe de escassos recursos, deve a Administração ter claro o período curto no qual esse estímulo poderá ser levado de forma que represente ganho efetivo para o serviço. Duradouro é o caminho de

¹²² Ibidem, p. 35.

¹²³ Ibidem, p. 41.

¹²⁴ Ibidem, p. 56.

estimular o surgimento de ambientes nos quais os servidores se sintam importantes para o desenvolvimento e para a melhoria do trabalho.

Nunca é suficiente reprimir que a preocupação com a eficiência pode colaborar para a melhoria da atuação estatal (preocupação com otimização dos recursos e alcance de fins de interesse público, bem como com sua estruturação, com os seus servidores e com a relação com os administrados) e do direito administrativo (controle dos atos administrativos, participação popular, etc). Todavia, sem o comprometimento dos servidores públicos, ela jamais passará de mera intenção. Portanto, é indispensável que os administradores tenham atenção às questões motivacionais.

Já a análise do Estado como instrumento condutor ao desenvolvimento, sob o prisma jurídico, merece estudo que, no momento, pecaria pela superficialidade e geraria afastamento do centro do presente trabalho.

A investigação relativa à aplicabilidade do princípio em comento, inevitavelmente, passa pela análise da emenda supradita, pois, em seu texto, já haveria indicações de como se poderia atingir a eficiência, não ocorrendo apenas a inclusão da expressão “*eficiência*” no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Ela trouxe evidente preocupação com o planejamento, com a avaliação, com o atingimento de metas e com a forma de seleção, de treinamento e de aperfeiçoamento dos servidores, bem como com a definição de suas remunerações, com a autonomia gerencial, administrativa e financeira, com a modernização, o reaparelhamento e a racionalização dos serviços, com a cooperação entre os entes federados e com a participação popular.

Para perceber o que acima se disse, bastante é o reexame dos artigos da emenda ligados à eficiência que foram reproduzidos no anexo desse estudo.

Evidenciando-se os caminhos apontados pelo legislador para o alcance de uma maior eficiência, passa-se a discorrer sobre a aplicabilidade do princípio da eficiência.

4.2 Participação Popular

A participação popular é fundamental no sistema constituído pelas normas extraíveis dos artigos constituintes da Emenda Constitucional nº19/98 que foram transcritos no item 4.1.

A participação popular é importante para o alcance da pretendida eficiência, pois conduz a um mais abrangente processo decisório, minimizando-se, muitas das vezes, as possibilidades de desgastantes e antieconômicos conflitos. Além disso, permite uma melhor identificação dos fins públicos a serem perseguidos, uma melhor escolha dos meios para tanto e a identificação dos interesses em choque e dos possíveis sacrifícios a serem impostos.

Dallari, ao ensinar sobre a relação jurídico-administrativa, evidencia a tendência de crescente participação popular no processo decisório:

Os particulares, os cidadãos, os destinatários finais das ações estatais, paulatinamente estão deixando de ser considerados como intrusos nas atividades administrativas, especialmente nos processos de tomada de decisões. A tendência é no sentido do desenvolvimento da participação popular nas decisões administrativas, como já vem ocorrendo em questões ambientais, nas concessões de obras e serviços públicos, nas licitações de grande vulto e em matéria de planejamento urbano.¹²⁵

Essa participação, pelas razões mencionadas acima, foi tida como fundamental na reforma administrativa por seu mentor, Bresser Pereira:

Eficiência administrativa e democracia são dois objetivos políticos maiores das sociedades contemporâneas, ainda que vistos como contraditórios pelo saber convencional. Pois bem, uma tese fundamental que orientou a Reforma Gerencial de 1995 contradiz tal saber: a maior eficiência por ela buscada só se efetivará se o regime político for democrático. Ou, em outras palavras, a maior autonomia assegurada aos administradores públicos, prevista pela Reforma Gerencial, relegando-se para segundo plano ou mesmo eliminando-se os regulamentos rígidos próprios da administração pública burocrática, só será possível se essa reforma, além de usar da estratégia da administração por resultados, contar com três tipos de controle: o social ou participativo da sociedade, o controle da imprensa e da opinião pública e o da oposição política. Por outro lado, a maior eficiência e o aprofundamento da democracia que a reforma gerencial de 1995 prevê adota um critério prático de êxito: saber se, mantendo a quantidade de recursos constante, os cidadãos

¹²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.141, jan./mar, 1999, p. 82.

estão sendo melhor atendidos pelo Estado e pelos serviços que este financia.¹²⁶

Pode-se dizer que há duas formas de controle da função administrativa: o oficial e o social. Ambos cresceram em relevo com a emenda já referida.

O controle oficial, como ensina Mileski, é executado pela Administração, pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário. Nesses termos, ele se manifestou:

Em gênero, são muitos os critérios existentes para serem classificadas as modalidades de controle. No entanto, independentemente da forma, existem alguns elementos que constam sempre como referência no meio doutrinário. O controle pode ser interno ou externo. Quanto ao órgão que o executa, pode ser administrativo, legislativo ou judiciário, e se efetua de forma prévia, concomitante ou a posteriori, envolvendo aspectos de legalidade ou de mérito. Na execução do controle da Administração Pública, quatro são as formas principais de ser exercido o controle: pela própria Administração, pelo Tribunal de Contas, pelo Ministério Público e pelo Judiciário.¹²⁷

Prega Freitas, ao tratar do controle social, que sejam constituídos certos instrumentos protetivos e, mais do que isso, que seja desenvolvido um espírito participativo, crítico, propositivo e cidadão:

O controle dos atos administrativos deveria funcionar, substancialmente, como processo único, tendo como grande estímulo a acentuação do controle social e eticamente engajado. Avulta, sobremaneira, no exercício deste, a luta pela eficácia social do princípio da proteção do consumidor de serviços públicos, que implica, antes de mais, o reconhecimento técnico e fático da vulnerabilidade dos usuários. Em outras palavras, a compreensão dos diplomas atuais e, sobretudo, daqueles exigidos pela Emenda Constitucional nº 19/98 (ao alterar o parágrafo terceiro do art.37 da Constituição, ordenando que lei discipline as formas de participação do usuário, bem como ao determinar – em seu art.27 – que o Congresso elabore lei de defesa do usuário de serviços públicos) deve radicar na defesa positivadora do citado princípio, superpondo-o, se for o caso, às regras e aos ajustes contratuais.¹²⁸

¹²⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma gerencial de 1995*. São Paulo: Fundação Adenauer, 2001, p. 43.

¹²⁷ MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 85-98, mar. /abr. 2006, p. 88.

¹²⁸ FREITAS, Juarez. O controle social e o consumidor de serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 23, p. 24-31, 1998, p. 24.

Modesto, por seu turno, claramente diz que a participação popular está vinculada ao desenvolvimento social e que iniciativas legais não são bastantes para a promover. Em verdade, segundo ele, não faltaria ao Brasil instrumento jurídico para se ampliar e enraizar a participação popular. Nesse diapasão, é prudente transcrever a lista dos instrumentos considerados como principais por Modesto:

- a) consulta pública (abertura de prazo para manifestação por escrito de terceiros, antes de decisão, em matéria de interesse geral);
- b) audiência pública (sessão de discussão, aberta ao público, sobre tema ainda passível de decisão);
- c) colegiados públicos (reconhecimento a cidadãos, ou a entidades representativas, do direito de integrar órgão de consulta ou de deliberação colegial no Poder Público);
- d) assessoria externa (convocação da colaboração de especialistas para formulação de projetos, relatórios ou diagnósticos sobre questões a serem decididas);
- e) denúncia pública (instrumento de formalização de denúncias quanto ao mau funcionamento ou responsabilidade especial de agente público; ex. representação administrativa);
- f) reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos (difere da representação administrativa, pois fundamenta-se em relação jurídica entre o Estado ou concessionário do Estado e o particular-usuário);
- g) colaboração executiva (organizações que desenvolvam, sem intuito lucrativo, com alcance amplo ou comunitário, atividades de colaboração em áreas de atendimento social direto);
- h) ombudsman (ouvidor);
- i) participação ou 'controle social' mediante ações judiciais (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entre outras);
- j) fiscalização orgânica (obrigatoriedade, por exemplo, de participação de entidades representativas em bancas de concursos públicos, v.g, OAB).¹²⁹

Modesto, repete-se, assinala que a participação popular implica maior desenvolvimento político. Logo, ao seu sentir, a sua incoerência não se deveria à falta de instrumentos jurídicos. Sintetiza consignando que “a participação cidadã em sentido estrito, diz respeito a um grau mais amplo de desenvolvimento político, pois referente a formas de participação objetiva, semi-diretas ou diretas do povo na condução da função administrativa do Estado”.¹³⁰

¹²⁹ MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005, p. 7

¹³⁰ *Ibidem*, p. 3.

Outro não parece ser o entendimento de Mileski que assevera que o controle social, decorrente da participação popular inserta na Emenda Constitucional nº19/98 necessita do somatório da consciência cidadã com a transparência das instituições:

Nesse contexto, para que haja participação popular, imperiosamente, impõe-se a existência de transparência dos atos governamentais. É inadmissível no Estado Democrático de Direito que o governo fique enclausurado, hermético, sem dar satisfação de seus atos. A arrogância governamental de não expor os atos que pratica, não encontra espaço no Estado Democrático de Direito. Assim, no Estado contemporâneo, deve o Poder Público expor, de forma clara e indubitável, com absoluta transparência, as políticas públicas estabelecidas para o atendimento do interesse público, dando ciência sobre a estrutura e as funções de governo, os fins da política fiscal adotada, qual a orientação para elaboração e execução dos planos de Governo, a situação das contas públicas e as respectivas prestações de contas. Só tendo pleno conhecimento das formas de agir da Administração Pública pode haver participação popular e, em decorrência, controle social.¹³¹

Reforça-se que a transparência, inserta na impessoalidade e perfectibilizada na prestação de contas e o “*accountability*” podem ser instrumental útil para uma sociedade que se pretenda fiscalizadora e, por conseqüência, combatente do desperdício e da falta de eficiência. Nesse prisma, é de, mais uma vez, colacionar manifestação de Mileski:

A transparência e a participação popular na gestão fiscal têm formação idealizada e inspirada no *accountability*, devendo servir para um controle de resultados e de adequação dos meios utilizados para o cumprimento da política fiscal, sem descuidar do controle sobre o uso inadequado da discricionariedade.

Accountability é procedimento utilizado especialmente nos países anglo-saxônicos, não possuindo uma tradução em português, podendo, numa tradução livre e genérica, ser entendida como responsabilidade no trato dos bens e dinheiros públicos, transparência e prestação de contas.¹³²

A participação popular funciona como causa e efeito, pois crescerá com o desenvolvimento de um espírito cidadão e, ao mesmo passo, será fator para que esse espírito aflore e se desenvolva. No que tange à eficiência, a participação popular pode levar à qualificação dos processos e a um controle mais eficaz da função administrativa.

Por fim, destaca-se que tanto Mileski, quanto Modesto ressaltaram que a participação popular ganha força quando representa a vontade de um grupo ou de toda a Sociedade,

¹³¹ MILESKI, Controle..., p. 87.

¹³² *Ibidem*, p. 91.

transcendendo, pois, o interesse individual. Por isso, o primeiro conclama os cidadãos a se organizem institucionalmente, pois a “organização institucional, na representação de determinado segmento da sociedade, adquire força e autonomia para pleitear atendimento de seus interesses, assim como para exercer controle e vigilância sobre os atos governamentais¹³³”. O segundo, por sua vez, fulcrado em Ayres Brito sinala que haverá participação popular quando essa representar manifestação de poder político e não expressão de direito subjetivo público¹³⁴.

4.3 Atuação Administrativa Impessoal

Prosseguindo na aplicabilidade da eficiência, chega-se à impessoalidade que, além de apresentar mais de uma faceta, abriga, como já se mencionou, o perseguido interesse público. Logo, não se pode examinar essa parte do trabalho apenas a vinculando aos conceitos de eficiência já deduzidos. Mais produtivo é relacionar a impessoalidade com os fundamentos da eficiência, com outros aspectos da aplicabilidade e com os artigos relacionados no item 4.

A impessoalidade, como se disse outrora, é o berço do interesse público. Evitando-se despicienda repetição, restringir-se-á a manifestação concernente a esse item apenas ao que aquele princípio corresponde à transparência e à imparcialidade.

Nesse prisma, percebe-se que a transparência, nos moldes referidos por Oliveira Ávila, abaixo transcrito, exsurge como fundamento do dever de motivação dos atos administrativos:

Desse modo, a transparência da atividade administrativa está relacionada com o interesse do público em geral na clareza e objetividade da atividade da Administração Pública, razão por que se insere no rol de deveres vinculados à exigência de impessoalidade. Aqui se compreende ainda o dever de fundamentação expressa dos atos administrativos, em particular daqueles que possam afetar desfavoravelmente os direitos e interesses jurídicos dos administrados.¹³⁵

¹³³ MILESKI, Controle..., p. 98-99.

¹³⁴ MODESTO, Participação..., p. 8.

¹³⁵ ÁVILA, A. P. O. *O princípio da...*, p. 78.

Na mesma esteira, percebe-se que a impessoalidade, somada ao dever de proteção da confiança, conduz à transparência na Administração. Gize-se que sem a transparência não se atinge o basilar princípio da publicidade, impossibilitando-se o indispensável controle social da Administração tratado anteriormente.

A eficiência, no que tange à aplicabilidade, por tudo que já se anotou, não pode ser dissociada do interesse público que, nunca é demais repetir, está albergado na impessoalidade. Nesse sentido, na solução de questões que abrangem um grande número de pessoas e nas decisões quanto à alocação e utilização de recursos escassos, afigura-se de grande relevo a impessoalidade, deduzida, aqui, como imparcialidade:

A imparcialidade, em suma, determina à Administração Pública o dever de proporcionar a participação dos administrados no processo de formação dos atos administrativos, para, tomando ciência dos interesses legitimamente relacionados à atividade administrativa concreta, realizar a ponderação desses interesses de forma impessoal, imparcial, isenta e objetiva. Veda, ainda, ao servidor público, permitir que perseguições, simpatias, antipatias, caprichos, paixões ou interesses de ordem pessoal interfiram no trato com os administrados e com o patrimônio público. Na medida em que esses interesses interfiram na avaliação das questões submetidas à Administração, estará o administrador agindo com base em razões impróprias e, por isso mesmo, incidindo no vício de parcialidade. E não há tratamento parcial que faça justiça ao administrado.

Impessoalidade abrange a imparcialidade porque ambas se referem à mesma idéia: à necessidade de atuações e tomada de decisões desinteressadas, isentas e objetivamente orientadas. A necessidade de objetividade administrativa confere unidade aos dois elementos.¹³⁶

Pertinente a lição de Oliveira Ávila, bem como a de Sundfeld que foi por ela colacionada, pois relacionam o tópico atual com o controle da atuação administrativa:

O princípio da impessoalidade e também a proteção da confiança do cidadão implicam o dever de transparência no desempenho das atividades administrativas. A transparência exterioriza a impessoalidade na atividade administrativa, sendo o elemento que possibilita o controle das condutas da Administração. Aparece, então, como aspecto indissociável da impessoalidade, assim como de outros princípios, dada a sua natureza instrumental na aferição do respeito, pela Administração, aos comandos normativos. Consoante bem consignou Sundfeld, ao tratar do princípio da publicidade – principal aspecto do dever de transparência -, ‘é um princípio básico e essencial ao Estado de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor de direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos.’¹³⁷

¹³⁶ ÁVILA, A. P. O. *O princípio da...*, p. 57.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 76.

No que interessa neste estudo, frisa-se que a impessoalidade tem face correspondente à imparcialidade, característica que, devidamente compreendida, auxilia a elucidar a eficiência como deduzida até aqui. A transparência, como ensina Oliveira Ávila seria canal que conduziria à imparcialidade:

Transparência é também pressuposto para a imparcialidade, pois é o fator que viabiliza a participação dos administrados: única via, portanto, para que o administrador tome conhecimento da quantidade e do conteúdo de interesses que devem ser ponderados na atuação concreta da Administração.¹³⁸

A imparcialidade deve ser cotejada com a participação popular, pois sem transparência, resta inviabilizada a participação mencionada. Apesar disso, a imparcialidade é um verdadeiro norte a ser seguido pela administração e pelos servidores.

Por fim, destaca-se que a impessoalidade e a imparcialidade na Administração não significam que atuações não possam visar ao atendimento de pleito ou melhoria da qualidade de vida de um grupo determinado, pois, do contrário, restaria inviabilizada qualquer tentativa de combater as desigualdades sociais ou regionais. Significam, cumuladas ou não, que sentimentos menos nobres não serão móveis de nenhuma ação administrativa. Aliás, exemplificativamente, coloca-se que ação voltada a manter parte da população na zona rural, evita a maximização de problemas nas zonas urbanas relacionadas com a falta de emprego, de segurança e de moradia. Logo, atuações setoriais do Poder Público, podem gerar benefícios coletivos.

4.4 Improbidade Administrativa

A eficiência, como se disse, tem a moralidade administrativa e o interesse público como fundamentos e, ao se discorrer sobre sua aplicabilidade, ressaltou-se a importância da impessoalidade. Ademais, outrora, referiu-se sobre o dever de probidade.

¹³⁸ ÁVILA, A. P. O. *O princípio da...*, p. 76.

Assim, comenta-se sobre a improbidade administrativa que, em realidade, seria o desrespeito ao que acima se mencionou.

Nos limites desse trabalho, há de se verificar se a ineficiência pode ser considerada um ato de improbidade pelo fato de, a rigor, configurar violação de um dos princípios basilares da Administração Pública.

De início, sublinha-se que a improbidade pode se perpetrar de maneira velada, ou seja, recoberto pelo mero erro ou esquecimento, atribuível, muitas das vezes, ao excessivo volume de trabalho, pode estar um ato proposital, que tenha por fito o benefício de outrem. Isso pode se dar com a prisão sem o cumprimento de formalidades essenciais, permitindo-se a liberação com a atuação de advogado apresentando acolhível pedido ao Juízo competente; pode também ocorrer com a perda de prazo em processo no qual haveria chance de se obter decisão comprometedora para os interesses da parte adversa da Administração. Essa linha tênue não escapou da visada de Osório:

Observa-se que a eficiência é um parâmetro de responsabilidade dos agentes públicos em geral. Não se pode abdicar do exame em torno ao atendimento ao dever de eficiência funcional, visto que seu rompimento traduz suporte aos mais variados tipos de responsabilidade, desde a disciplinar até a penal. Tal como ocorre com a desonestidade, que comporta graus variáveis de intensidade e conteúdos, também a ineficiência perpassa numerosos estágios axiológicos, de tal sorte que sua configuração há de ser aquilatada de modo fundamentado e criterioso, com o escalonamento necessário de suas faixas de incidência.

Se resulta ser ímprobo um perito que vende seus laudos, e sobre isso não há dúvida, diante da previsão expressa da própria Lei Geral de Improbidade, também o é o intoleravelmente incompetente, que incorre em erros crassos, grosseiros, teratológicos. Cuida-se, não obstante, de situações freqüentemente vizinhas: o erro crasso pode servir de fachada para a desonestidade mais abjeta. Ambientes dominados por ineficiência endêmica são, não raramente, infectados com espantosa naturalidade pelo vírus da corrupção.¹³⁹

Perceba-se que, ao final, Osório¹⁴⁰ traz outro componente que pode ligar eficiência e improbidade: o ambiente. Isto é, ambientes descontrolados, desorganizados, sem rotinas definidas, são o palco ideal para o cometimento de atos de corrupção.

¹³⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei federal nº 8.429/92. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> p. 15.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

Osório¹⁴¹ sustenta que não é toda ilegalidade ou imoralidade que será entendida como ato ímprobo, devendo a averiguação se perpetrar perante o caso concreto e, alcançada ampla defesa e seguido o devido processo jurídico ou legal, isto é, “a patologia aqui tratada requer uma gradação dos deveres públicos, da normativa incidente à espécie e das respostas sancionatórias cabíveis. Assim, repito, somente o processo interpretativo poderá definir, concretamente, um ato ímprobo, o que não impede o reconhecimento de pautas abstratas e objetivas para os operadores jurídicos”. Resta claro, com efeito, que a ineficiência pode, em tese, ser considerada improbidade, sobretudo pelo fato de o administrador e também o servidor terem o dever de probidade administrativa. Configura-se bastante a reprodução de outra lição de Osório:

Define-se a improbidade administrativa como uma patologia associada ao mau exercício das funções públicas, decorrente de ações ou omissões do agente competente. Trata-se do desempenho de condutas por parte de agentes públicos, em desacordo com a normativa, constitucional, infraconstitucional e, eventualmente, também administrativa *stricto sensu*, que preside seus atos. Improbidade é, no bojo da Lei 8.429/92, em sintonia com o art.37, par.4o, da Carta de 1988, má gestão pública *lato sensu*, seja por desonestidade, seja por intolerável ineficiência. A densidade das proibições e sanções, dirigidas aos ímprobos, é alcançada pela obediência ao devido processo legal, que articula a funcionalidade dos princípios da legalidade, tipicidade, culpabilidade, segurança jurídica, proporcionalidade e simetria entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Nesse cenário, a conduta proibida é previsível diante dos tipos sancionadores desenhados na Lei Geral de Improbidade, considerando-se as interfaces entre normativas inerentes às normas punitivas em branco que compõem esse verdadeiro Código Geral de Conduta dos agentes públicos brasileiros.¹⁴²

4.5 Eficácia

Pretendendo ser útil no que diz com a aplicabilidade do dever de eficiência, tomando-se ele como decorrente de um princípio, já que dessa forma é encarado pela quase totalidade da doutrina, utilizar-se-á a classificação de Ávila¹⁴³ que, considera tratar-se de um postulado normativo.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*, p. 3.

¹⁴³ ÁVILA, *Sistema...*, p. 45-51.

O dever de eficiência tem como destinatários o servidor, o agente político, normalmente denominado de administrador, e a Administração e quem lhe faça as vezes por força de lei ou de contrato. Portanto, parece insuficiente a análise desse princípio considerando a sua inserção na cabeça do artigo 37 da CF/88 como mera consequência de uma política neoliberal, justificando-se tal entendimento no fato de o servidor poder ser demitido por insuficiência de desempenho. A um, porque essa possibilidade de demissão já havia no direito pátrio. A dois, porque a possibilidade supradita é uma das inovações constitucionais e não a única, não se podendo tomar uma parte como o todo.

A inclusão promovida pela Emenda Constitucional nº19/98 leva a pensar se haveria ou não um exame mais amplo de determinadas situações relacionadas com o serviço público.

Verbi gratia, o servidor médico que não cumpre a carga horária relativa ao cargo que ocupa comete falta funcional indubitavelmente. Já a construção da resposta ao questionamento sobre o fato de esse descumprimento, ao impedir que a Administração cumpra com seu dever de atender eficientemente a população por ausência de um elemento humano (meio), ampliando a espera dos cidadãos por consulta, gerar ou não agravamento da sanção excederia os limites desse trabalho. Por um lado, poder-se-ia conjeturar que a sanção prescindiria do exame dos efeitos da ausência, sendo cabível mesmo que ninguém necessitasse de atendimento no dia da falta ao serviço. De outra banda, sabendo-se que sempre há pessoas aguardando por atendimento médico em instituições públicas, a falta não se resumiria à pretensão do servidor de receber por serviço não prestado, solucionável com o não-pagamento, mas, sim, perfectibilizaria retardo dos tratamentos e afastamento de algumas curas.

A eficiência impõe o confronto com o caso concreto. Por isso, num primeiro pensar e sem mais avançar, parece que, o não-pagamento e a possível demissão não deveriam considerar a dificuldade que foi imposta pela falta do servidor para que a Administração cumprisse o seu dever de eficiência. Deixa-se, claro, todavia, que, consoante disposto na Carta Magna, a ineficiência devidamente comprovada é que merece a consideração quanto à dificuldade supradita.

Retomando-se a trilha original desse tópico, trazem-se as características do dever de eficiência arroladas por Modesto. Segundo esse autor, o princípio da eficiência seria instrumental e pluridimensional¹⁴⁴.

A instrumentalidade não seria propriedade exclusiva da eficiência, pois todos os princípios da administração o seriam. Em virtude disso, ele e os demais princípios não teriam valor substancial auto-suficiente, sendo inafastáveis a integração e a impossibilidade de sobreposição entre eles. Os princípios, em decorrência do que se assinalou, exigiriam ponderação, concordância prática, aplicação tópica e complementação. “Por isso, o princípio da eficiência, como todo princípio, não possui caráter absoluto, mas irradia efeitos em quatro dimensões: cumpre uma função ordenadora, uma função hermenêutica, uma função limitativa e função diretiva”.

Ao discorrer sobre a pluridimensionalidade, assim se pronunciou Modesto:

Trata-se também de ‘princípio pluridimensional’, segundo alguns autores, de um princípio que não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos, vale dizer, a uma relação quantitativa entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos, consoante o emprego tradicional das ciências econômicas.

Penso que, no sistema jurídico brasileiro, em face das normas referidas, o princípio da eficiência diz mais do que a simples exigência de economicidade ou mesmo de eficácia no comportamento administrativo. Entendo eficácia como a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos. A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um *prius* da eficiência.

A imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis:

- a) a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios;
- b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública.

Não é apenas uma ou outra exigência, mas as duas idéias conjugadas.¹⁴⁵

Na primeira dimensão do princípio da eficiência, estaria abarcada a idéia de economicidade que implica, necessariamente, o combate ao desperdício. Na segunda, estaria a de busca de resultados satisfatórios ou excelentes.

¹⁴⁴ MODESTO, Notas..., p. 835.

¹⁴⁵ MODESTO, Notas..., p. 836.

Ávila¹⁴⁶ divide a eficácia dos princípios em dois grandes grupos: a eficácia interna e a eficácia externa. O primeiro se subdividiria em direta e indireta e o segundo em objetiva e subjetiva.

Suficiente para os propósitos desse estudo é deduzir a classificação supradita com as funções ínsitas a cada uma delas.

A eficácia interna é a relação das normas umas com as outras com o fito de lhes definir o sentido e o valor. Assim, na medida em que os princípios estabeleceriam um estado ideal de coisas visado, são eles importantes para a compreensão dos sentidos das regras, ensina Ávila.

A eficácia direta seria a realizada sem a intermediação de outra norma. Nessa senda, o princípio exerceria função eficaz integrativa, já que agregaria elementos não previstos em subprincípios ou regras. Por conseguinte, “mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo”¹⁴⁷.

Já a eficácia interna indireta seria a realizada com a intermediação ou interposição de norma. Nesse prisma exerceria um número maior de funções.

A função eficaz definitória seria a delimitar o comando inserido em subprincípios, permitindo-se a concretização. A função eficaz interpretativa conduz à ampliação ou à redução dos significados das regras expressas no ordenamento jurídico. A função eficaz bloqueadora seria a de afastar os elementos previstos em regras que se afigurem incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido. Por fim, a função eficaz rearticuladora, somente exercida pelos sobreprincípios (que não é o caso da eficiência), seria a de permitir a interação entre os numerosos elementos que compõem o estado ideal coisas perseguido.

Na eficácia interna, a atuação seria sobre outras normas. Na eficácia externa, essa seria a compreensão dos fatos e das provas em análise. Portanto, uma vez que estabelece um estado ideal de coisas, o princípio acaba por servir de paradigma para os exames de pertinência e de

¹⁴⁶ ÁVILA, *Sistema...*

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 45

valoração. Sublinhe-se que exame de pertinência corresponde à escolha dentre os fatos ocorridos daqueles que seriam pertinentes para se decidir sobre a aplicação da norma (função eficaz seletiva); e que exame da valoração seria a escolha dentre todos os pontos de vista possíveis qual o adequado para se interpretar os fatos (função eficaz valorativa).

No que concerne ao estudo do dever de eficiência, cabe ressaltar mais uma lição de Ávila externada ao explicar a função eficaz valorativa dos princípios, tendo-a como reforço para se entender o dever supracitado como tendente a conduzir à satisfação dos princípios constitucionais. “Dentro de uma mesma categoria de fatos, o intérprete deverá buscar o ângulo ou ponto de vista cuja avaliação seja suportada pelos princípios constitucionais. É preciso como que conceitualizar a situação com base nos fins jurídicos.”¹⁴⁸

Outra vertente da eficácia interna objetiva seria a função eficaz argumentativa, ou seja, o ônus argumentativo é proporcional à restrição ao princípio, pois esse protege bens e interesses jurídicos, isto é, “quanto maior for o efeito direto ou indireto na preservação ou realização desses bens, tanto maior deverá ser a justificação para essa restrição por parte do Poder Público (postulado da justificabilidade crescente).”¹⁴⁹

A eficácia externa subjetiva apresenta-se de duas formas: a primeira seria a função eficaz de defesa ou resistência (*Abwehrfunktion*), que proíbe as intervenções estatais em direitos de liberdade dos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios.

Já que ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também os promover, os princípios exercem função protetora (*Schutzfunktion*).

Ao fim desse tópico, é de se lamentar a constatação de que estava correto Ávila quando, após análise jurisprudencial estudando sobre a eficácia dos princípios jurídicos, disse carecer de desenvolvimento a compreensão sobre eles¹⁵⁰. A crítica pertine embora o autor considere erro técnico tomar o dever de eficiência por princípio, classificando-o como um postulado normativo. Pertine porque, mesmo que o Supremo Tribunal Federal se tenha

¹⁴⁸ ÁVILA, *Sistema...*, p. 50.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 50.

¹⁵⁰ ÁVILA, *Sistema...*, p. 267-268.

alinhado à quase totalidade da doutrina, considerando o dever já referido como princípio, pouco o aplica na solução dos casos que julga.

5. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

5.1 Conteúdo da Discricionariedade Administrativa

O dever de eficiência é comumente relacionado com a discricionariedade, seja como meio de se lhe dar efetividade, seja como seu “limitador”. Por isso, em capítulo apartado, examina-se essa relação.

Harger afirma que a eficiência interessaria aos atos que denomina de discricionários e não aos que chama de vinculados, pois, no caso desses últimos, “a lei já determina qual a única solução possível para o atingimento do interesse público¹⁵¹”.

Essa recorrente manifestação impõe uma mais longa exposição sobre discricionariedade antes de se fazer ligação entre ela e o instituto *sub oculis*.

A Administração deve cumprir a lei. A prévia definição objetiva de como atender à finalidade legal e a impossibilidade de definir previamente o caminho para alcançar esse desiderato são critérios para se atribuir a competência vinculada ou a competência discricionária, não são revelações de desinteresse ou de interesse pela eficiência da Administração.

Calha, aqui, o magistério de Mello:

Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou.¹⁵²

¹⁵¹ HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n.16/99, 1999, p. 494.

¹⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

Começemos pelo fato de que o dever de eficiência não concerne apenas ao controle do ato administrativo, devendo ser preocupação constante, inclusive quando da formulação do texto legal.

Melhor dizendo, no momento supradito, estabelecido qual o fim a ser atingido, define-se o nível de liberdade que se compreender indispensável para que ele seja alcançado. Portanto, nesse sentido, o dever de eficiência não se restringiria às hipóteses nas quais houvesse competência discricionária, embora, nesses casos, seu controle tenha particularidades que merecem tratamento diferenciado.

Dessa arte, também quando possa redigir texto legal que implique competência vinculada, o legislador deverá atinar com as exigências decorrentes do dever de eficiência.

Avança-se um pouco mais, deixando-se clara a impropriedade das correntes expressões “ato vinculado” e “ato discricionário”, já que a discricionariedade não é atributo do ato, mas hipótese de atuação relativamente livre do agente. Não se cuida de mera impropriedade denominativa, pois, a consideração de que haveria “ato discricionário” leva à abordagem que, invariavelmente, afasta o controle judicial. Mello é bem claro quanto a isso, chegando a prescrever que a solução adviria do exame concreto do caso posto para se verificar se há discricionariedade e em que extensão. O administrativista sustenta que a utilização das fórmulas “ato discricionário” e “ato vinculado” acabam por levar ao encobrimento de aspectos relevantes do fenômeno jurídico em liça. Consoante esse autor, elas conduziram “a conclusões falaciosas das quais resulta o danosíssimo efeito de arredar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros casos e conseqüente comprometimento da defesa dos direitos individuais.”¹⁵³

O equívoco decorre de não se examinar a discricionariedade sob as luzes do caso concreto, tendo-se por bastante a discricionariedade prevista na norma. Ocorre que essa, em numerosas ocasiões, é inferior à discricionariedade que é fruto do cotejo com a realidade, principalmente quando houver só um meio a empregar.

Sobre esse aspecto, assim professorou Mello:

¹⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Relatividade da competência discricionária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, 1998, p. 55.

Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir diante do fato. Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discricionariedade administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta.¹⁵⁴

Tendo-se por pressuposto as funções precípua, o Executivo seria o Poder que mais faria uso da discricionariedade. O Legislativo, não estando obrigado a legislar, não a utilizaria. O Judiciário, embora com menos frequência do que o Executivo, utiliza-se da discricionariedade. Couto e Silva¹⁵⁵ traz três exemplos de discricionariedade levada a efeito pelo Poder Judiciário: o “poder cautelar geral”, a “jurisdição graciosa” e a “gradação da pena no direito criminal”. Sublinha-se que também o Judiciário e o Legislativo praticam atos administrativos.

A noção de que a discricionariedade está ligada ao dever de atender à finalidade legal, é útil para a compreensão da conceituação e do controle da discricionariedade. Por isso, assim se pronunciou Mello:

Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes de um ‘poder’ discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem.¹⁵⁶

Mello esclarece, também, o conceito de discricionariedade:

É apenas a possibilidade - aberta pela dicção legal - de que o agente qualificado para produzi-lo disponha de uma “certa” (ou “relativa”) margem de liberdade, seja para avaliar se efetivamente ocorreram (a) os pressupostos (isto é, motivos) que legalmente o ensejariam, seja para (b) produzi-lo ou abster-se, seja (c) para eleger seu conteúdo (conceder ou negar expedir o ato “x” ou “y”), seja (d) para resolver o momento oportuno de fazê-lo, seja (e) para revesti-lo com a forma tal ou qual. E tudo isso na medida, extensão e modalidades que resultem da norma jurídica habilitante e, ademais, apenas quando comportado pela situação concreta que lhe esteja anteposta. Assim, é visível que a noção de discricionariedade não é predicável de um ato propriamente dito, mas da competência que o agente disporá, “in

¹⁵⁴ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 36.

¹⁵⁵ COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2004, p. 94.

¹⁵⁶ MELLO, op. cit., p. 15

concreto”, para proceder a uma avaliação concernente às condições de sua expedição ou conteúdo.¹⁵⁷

Embora parta da idéia de que a discricionariedade seja um poder, não é muito discrepante o posicionamento de Couto e Silva:¹⁵⁸

Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só a faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta. O elenco de providências, conforme dispuser a norma, poderá ser maior ou menor. Determinada norma estabelecerá, por exemplo, a possibilidade de eleição entre as medidas de A até Z; outra apenas entre as medidas de A até F; outra entre medidas A, B e C; outra entre A e B; e outra, finalmente, apenas a possibilidade de escolher entre praticar ou não praticar o ato.

Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O Poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente.

A discricionariedade, reafirma-se, é atributo da competência do agente que lhe permite, em concreto, examinar o conteúdo e as condições de realização do ato. Observa-se, portanto, que a satisfação do interesse público é o motivo da concessão da liberdade e, conforme Di Pietro, também limite de seu exercício:

Ainda que a lei não use expressamente a expressão interesse público, sabe-se que, em toda a atividade administrativa, deve ele ser observado. Quando a atividade é vinculada, o legislador já definiu, na norma jurídica, os meios de ação aptos ao entendimento adequado daquele objetivo. Porém, quando o legislador não diz essa opção, cabe à Administração Pública fazê-lo diante do caso concreto; a liberdade, neste caso, nunca é total na escolha dos meios de ação, pois estará limitada não apenas por normas legais sobre competência, finalidade e forma, como também pelos princípios da razoabilidade, moralidade, motivação: a autoridade competente deverá demonstrar, mediante a necessária motivação, que a sua escolha atende a este ou àquele interesse público. A discricionariedade que, aparentemente, é ampla, pode reduzir-se sensivelmente diante do caso concreto.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MELLO, Relatividade..., p. 50.

¹⁵⁸ COUTO E SILVA, Poder..., p. 95-96.

¹⁵⁹ DI PIETRO, *Discricionariedade...*, p. 230-231.

A discricionariedade pode ocorrer, consoante Mello¹⁶⁰, quando a situação fática (motivo) for definida com imprecisão (discricionariedade na hipótese da norma), quando o comando da norma apresentar alternativas para o administrador (discricionariedade no comando da norma) e quando a finalidade, por apontar para valores, for indicada com o emprego de conceitos fluidos ou indeterminados.

Couto e Silva¹⁶¹ assevera que a possibilidade de escolha do administrador recairia no “se” e ou no “como”, vislumbrando a potencialidade de também a finalidade ser objeto de discricionariedade. Essa terceira hipótese ocorreria, porque, ao lado do fim de utilidade pública sempre perseguível, haverá, na maior parte dos casos, um outro fim especial atendido com a atuação administrativa. Assim ele se manifestou: “É sabido que a atividade do Estado é sempre polarizada por um fim de utilidade pública. A vinculação a esse fim genérico não transforma, porém, todo o ato administrativo em ato de cumprimento de dever jurídico, de sorte a eliminar qualquer margem de poder conferido ao agente.”

Relaciona-se o ensinamento acima transcrito com o de Ávila que, ao abordar sobre o cotejo que deverá o administrador proceder na escolha de alternativa que atenda ao dever de eficiência, anotou que “de uma medida administrativa podem surgir efeitos relacionados a vários fins que a administração deve atingir, uns primários, outros secundários”¹⁶². Exemplo disso, é o investimento público em saneamento básico que, além de conferir maior qualidade de vida, representada pelo fácil acesso à água tratada e pelo pleno escoamento da água servida (utilizada) por rede de esgotos, configura, também investimento em saúde pública, pois há numerosas doenças que afligem pessoas que vivem em região na qual há “esgoto a céu aberto”.

Exceto nas vezes em que a discricionariedade se perfectibilizar na possibilidade de o administrador não agir, independentemente de onde estiver prevista (na hipótese, no comando ou na finalidade da norma) ela se expressará no próprio ato, ou melhor no seu conteúdo¹⁶³.

¹⁶⁰ MELLO, *Discricionariedade...*

¹⁶¹ COUTO E SILVA, *Poder...*, p. 98.

¹⁶² ÁVILA, *Sistema...*, p. 426.

¹⁶³ MELLO, *op. cit.*, p. 22.

Mister registrar que Mello¹⁶⁴ apostila que a discricionariedade será sempre relativa, pois a liberdade será exercida nos estritos limites estatuídos na lei.

Essa relatividade pode ser sintetizada da seguinte forma:

1) O comportamento do agente não poderá exceder ao previsto no texto legal, logo, no dizer de Mello, “o administrador se encontra sempre e sempre ‘vinculado’ aos ditames legais”. O agir será, portanto, “intra legem” e não “extra legem”;

2) A liberdade do agente está restrita aos campos de incidência permitidos pela lei. Em outras palavras, a discricionariedade “só dirá respeito àqueles tópicos que a lei haja remetido à apreciação do administrador e não a outros tópicos concernentes ao ato”;

3) A liberdade outorgada somente será exercida na busca da finalidade legal em virtude da qual foi alcançada a competência, configurando-se desvio de poder mesmo que outra seja visada. Melhor consignando, “a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consonante com a busca da finalidade legal em vista da qual foi atribuída a competência. Logo, seja qual seja a extensão da liberdade resultante da regra a ser cumprida, o administrador não poderá decidir-se por motivos particulares, de favorecimento ou de perseguição, que isto configuraria ‘desvio de poder’, nem por razões de interesse público diferente daquele contemplado na regra ‘sub execução’, sob pena de também incidir no mencionado vício.”;

4) “A discricionariedade, também é relativa no sentido de que a liberdade deferida pela lei só existe na extensão, medidas ou modalidades que dela resultem”;

5) O agente, havendo no texto legal que lhe confere discricionariedade conceito jurídico indeterminado, não poderá se afastar dos campos de certeza positiva e negativa das palavras constantes do preceito. Esclarecendo-se, “a liberdade acarretada pelo fato de haver a lei se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a desprender-se do campo significativo mínimo a que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas ‘zonas de certeza positiva’ e ‘certeza negativa’ nem do significado social imanente nas palavras legais nas quais resultou tal liberdade. Referimo-nos a expressões tais como

¹⁶⁴ MELLO, Relatividade...

‘notável saber’, ‘situação urgente’, ‘pobreza’, ‘comportamento indecoroso’, reputação ilibada’, ocorrências que comprometem sua situação econômica’, as quais, bastas vezes, são adotadas para a caracterização dos motivos que facultam ou impõe a prática de determinado ato”.

6) Poderá haver ocasião na qual, alcançada a liberdade pela lei, perceber-se diante do caso concreto, que somente uma alternativa terá o agente. Mais especificamente, “ante as peculiaridades do evento que lhe esteja anteposto, a autoridade poderá ver-se defrontada com um caso no qual suas opções para atendimento do fim legal fiquem contidas em espaço mais angusto do que aquele abstratamente franqueado pela lei, e pode ocorrer até mesmo que, a toda evidência, não lhe reste senão uma só conduta para a satisfação do escopo normativo, por não ser comportada outra capaz de colimar os propósitos da lei em face da compostura da situação.”.

Indispensável, aqui, em virtude do conteúdo do quinto dos seis itens elencados acima, tratar dos conceitos jurídicos indeterminados, tanto dos empíricos (perigo, perturbação, noite, etc), quanto dos normativos ou valorativos (interesse público, motivo torpe, falta grave, etc).

Krell, embora diferencie discricionariedade de conceitos jurídicos indeterminados, identifica ambos como espécies da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas como se pode notar na manifestação a seguir reproduzida:

Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal.¹⁶⁵

Mello refere posição doutrinária da qual discorda, que prega que a fluidez dos conceitos jurídicos indeterminados nada tem a ver com discricionariedade, cabendo ao juiz,

¹⁶⁵ KRELL, Andreas. Discricionariedade administrativa: conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 8, dez. 2004, p. 195.

quando da aplicação da lei, dissipar as dúvidas já que elas somente existiriam em abstrato. Ele, adepto de outra corrente, entende o que segue:

Outros – e é o ponto de vista que adotamos – admitirão que embora caiba ao Poder Judiciário tentar reconduzir os casos concretos a uma zona de certeza (positiva e negativa), casos haverá em que tal procedimento só será possível até um certo ponto, além do qual as dúvidas são inelimináveis e o juízo administrativo haverá de prevalecer, por ser o administrador o encarregado de sopesar com exclusividade as circunstâncias do caso, ante a impossibilidade do juiz pretender que a inteligência dada pela autoridade administrativa desbordou dos limites do direito – ressalvada a hipótese de desvio de poder.¹⁶⁶

Em suma, independentemente da posição adotada, o juiz, verificando se os motivos legais ocorreram de modo suficiente a ensejar a aplicação da medida prevista na lei e se essa era proporcional à gravidade dos fatos, deveria verificar se a “intelecção administrativa se manteve nos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo.¹⁶⁷”

Couto e Silva, distinguindo a discricionariedade de conceito jurídico indeterminado, assinala que a doutrina alemã consideraria os conceitos jurídicos indeterminados, em princípio, suscetíveis de exame judicial, já que a revelação de seu sentido decorreria de interpretação. Haveria, porém, ocasiões que, por impossibilidade cognitiva não poderia o juiz definir se a liberdade foi exercida de forma correta ou incorreta:

A orientação hoje dominante no direito germânico é a de que os conceitos jurídicos indeterminados estão insertos no suporte fático (Tatbestand) e os problemas com eles relacionados resumem-se todos – ou pelo menos predominantemente – à interpretação da regra jurídica, diferentemente do que se passa com o poder discricionário, que se constitui num poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico (Rechtsfolge). Sendo assim, os conceitos jurídicos indeterminados são, em princípio, suscetíveis de exame judicial quanto à correção ou incorreção de sua aplicação, ou da subsunção

¹⁶⁶ MELLO, Relatividade..., p. 52.

¹⁶⁷ MELLO, Relatividade..., p. 52/3.

do caso concreto no preceito abstrato, pois logicamente só existirá uma única aplicação certa.¹⁶⁸

Krell que, em seu artigo, critica severamente a forma de análise doutrinária da discricionariedade e seu controle judicial no Brasil, procura estabelecer relação entre os tratamentos da matéria procedidos na Alemanha e no Brasil, ressaltando a necessidade de se respeitar as condições particulares de cada Estado; ele, aduzindo breve relato histórico, anota que, desde 1970, na Alemanha, a maioria da doutrina não distingue rigidamente discricionariedade e conceito jurídico indeterminado, o que teria gerado uma diminuição do espectro do exame judicial da discricionariedade naquele país:

Desde então, contudo, houve uma mudança na doutrina administrativista deste país, que começou a criticar a propriedade teórico-normativa e efetivo-funcional desse controle judicial abrangente. Nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade; hoje, eles representam talvez a maioria. Por isso, é equivocada a afirmação de vários autores brasileiros de que a posição, que distingue rigidamente entre conceitos indeterminados e discricionariedade, refletiria a linha da ‘moderna’ doutrina alemã.¹⁶⁹

Ao mesmo passo que o autor supracitado refere que, acompanhando o entendimento prevalente na União Européia, em seu país de origem, tem-se abandonado a diferenciação substancial entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, sustenta que seria benéfica a diferenciação para o Brasil. A vantagem, segundo Krell¹⁷⁰ decorreria do fato de que poderia haver “uma redução conceitual da nebulosa expressão do mérito do ato administrativo”, sujeitando “ao controle judicial uma boa parte dos casos, que antes se considerava estarem motivados por razões de conveniência e oportunidade”, gerar-se-ia, ao seu ver, uma sistematização do controle da discricionariedade e a sua limitação.

Couto e Silva¹⁷¹, grifando que já estando plenamente consolidada a separação do conceito jurídico indeterminado da discricionariedade, noticia que passaram a sofrer o crivo judicial casos que antes eram tidos como pertinentes ao juízo de conveniência e oportunidade. Ele registrou que não seria inoportuno “relembrar que a distinção hoje plenamente consolidada entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados teve a

¹⁶⁸ COUTO E SILVA, Poder..., p. 99.

¹⁶⁹ KRELL, Discricionariedade..., p. 191-192.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 196-197.

¹⁷¹ COUTO E SILVA, Poder..., p. 106.

consequência prática de sujeitar de forma integral, na generalidade dos casos, uma larga fatia do que antes se considerava poder discricionário ao controle judicial.”

Ademais, ensina Couto e Silva, no que concerne ao controle judicial, a diferença entre discricionariedade e conceito jurídico determinado estaria nos seguintes termos:

... no primeiro, o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência e oportunidade da medida – no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada.¹⁷²

Sem se afastar terrivelmente dos trilhos atinentes ao presente estudo, mister consignar que, na Alemanha, com o afastamento da distinção substancial entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, voltou-se a mencionar a discricionariedade de decisão e a discricionariedade de atuação. Nesse quadro, afirma Krell¹⁷³, um número crescente de doutrinadores alemães passou a ver semelhança entre a discricionariedade e o espaço de livre apreciação (*Beurteilungsspielraum*) que alguns conceitos jurídicos indeterminados teriam. Nessas hipóteses, leciona Couto e Silva¹⁷⁴, não poderia o Judiciário substituir a decisão proferida pelo órgão administrativo, que teria prerrogativa de avaliação (*Einschätzungsprärogative*) na escolha de solução sustentável ou razoável. Krell¹⁷⁵ acresce que, uma vez que a limitação do controle judicial perderia o sentido perante caso de violação dos direitos fundamentais, desde 1980, o Tribunal Constitucional Federal Alemão “baseado na garantia do pleno controle judicial dos atos públicos, tem reduzido a abertura de espaços de livre apreciação dos órgãos administrativos, exigindo um reconhecimento expresso ou concludente do legislador”.

A teoria da margem de livre apreciação, mencionando Grau, Krell noticia ter chegado ao Brasil:

¹⁷² COUTO E SILVA, Poder..., p. 100.

¹⁷³ KRELL, Discricionariedade..., p. 197.

¹⁷⁴ COUTO E SILVA, op. cit., p. 100

¹⁷⁵ KRELL, op. cit., p. 198.

Essa teoria teve sua recepção também no Brasil.

Para Grau, na interpretação de textos normativos que veiculem preceitos indeterminados, não existe apenas uma interpretação verdadeira, devendo o Judiciário se limitar a verificar se o ato administrativo é ‘correto’, isto é, se foram cumpridas as regras procedimentais, se os fatos foram levantados de forma suficiente e correta, se a lei foi interpretada de acordo com os princípios de avaliação ‘universalmente vigentes’ e se a decisão não foi influenciada por considerações pouco objetivas.¹⁷⁶

Couto e Silva¹⁷⁷ informa que a precedência da Administração na teoria mencionada acima seria no sentido de que nos “casos altamente duvidosos, como a Administração Pública está mais bem aparelhada para resolvê-los, parece que só a ela deve caber a decisão final, não indo, pois, excepcionalmente, o controle judicial ao ponto de modificar a decisão administrativa.”

5.2 Discricionariedade como Instrumento da Eficiência

Examinadas questões de base, chega-se ao ponto de, havendo preocupação com a aplicabilidade da eficiência, direcionar-se para o trato de dois aspectos: um diz com o alcance da eficiência por meio da discricionariedade e o outro com o controle da discricionariedade à luz da eficiência.

No que se relaciona à primeira indagação, elucidativo é o posicionamento de Krell abaixo transcrito:

Somente após muitos anos de debate político e justiciero, a discricionariedade passou a ser aceita como verdadeira necessidade para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas. Ficou evidente que, perante a dinâmica do mundo moderno, onde sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes.¹⁷⁸

Corroborando esse entendimento a manifestação de Martins Filho:

¹⁷⁶ KRELL, Discricionariedade..., p. 199.

¹⁷⁷ COUTO E SILVA, Poder..., p. 100.

¹⁷⁸ KRELL, op. cit., p. 180.

[...] a discricionariedade administrativa é um dos meios para alcance da eficiência, traduzindo o dever de administrar de modo razoável e moral com utilização das melhores opções disponíveis, expressando-se como o dever de alcançar a solução ótima ao atendimento das finalidades públicas. Não se conforma a discricionariedade administrativa com ações ou omissões que não atendam o princípio da eficiência - equivalente ao bom andamento (art. 97, 1, Constituição italiana), eficácia (art. 103, 1, Constituição Espanhola) e a prossecução do interesse público (art. 266, 1, Constituição Portuguesa) - descendente do dever de boa administração aludido por Guido Falzone e que impõe à Administração Pública perseguir a satisfação do interesse público da melhor e mais adequada maneira que torne possível o seu pleno atendimento. Para tal escopo é que existe a discricionariedade administrativa.¹⁷⁹

É possível responder positivamente ao problema correspondente ao emprego da discricionariedade como caminho para se chegar à eficiência com esteio nas claras lições colacionadas. A discricionariedade, já se disse, é a liberdade para o administrador decidir se age ou não; e, se age, em que momento e de que forma e objetivando satisfazer qual fim. Portanto, a liberdade é concedida por ser um caminho para atender os fins públicos. Considerando-se, como Ávila, que a eficiência seria a atribuição de fins à Administração e que, consoante Bresser Pereira, ela corresponderia à uma maior preocupação com o atingimento de fins, pode-se, embora seja cedo para se ser conclusivo, dizer que a discricionariedade, como técnica, será mais utilizada com a inserção da eficiência no rol dos princípios da Administração Pública.

Sustentam também a manifestação de que a inclusão supradita gerará um maior emprego da discricionariedade as justificativas material e jurídica de Krell atinentes à discricionariedade, abaixo trazidas. Ademais, tendo-se eficiência como otimização dos meios e preocupação com o alcance de resultados positivos, será inafastável ter em conta o que diz Mello:

É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.¹⁸⁰

¹⁷⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 789, 2001, p. 82.

Tratadas as questões sobre a ampliação ou não da utilização da discricionariedade em razão da eficiência e sobre a possibilidade de a discricionariedade conduzir ao alcance da eficiência, mister que se diga se a discricionariedade se tornará mais “controlável” em virtude do dever em comento.

O questionamento sobredito tem relação com o chamado “controle do exercício da discricionariedade”. Portanto, antes de se abordar sobre o controle judicial, impõe-se que sejam trazidas outras informações.

Grife-se que a Emenda Constitucional nº19/98 consagra a participação popular como modo de construção de solução de problemas. Em outras palavras, não se pode descurar do fato de que a participação popular, configurada em consultas, audiências públicas, participação em conselhos e reclamações, representa uma nova forma de enfrentamento de questões relevantes. A solução legislativa ou administrativa, nesse cenário, mais do que antes, também informada pelo princípio da impessoalidade, resultaria da oitiva dos segmentos sociais organizados interessados além de corpos técnicos, podendo, inclusive, ser fruto de consenso. Além disso, o controle da atuação administrativa não está restrito ao Poder Legislativo, realizado pelo Tribunal de Contas, ou ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, pois, proferida a decisão ou realizado o ato, haveria a vigilância dos atores supracitados. Obviamente, em decorrência da ainda incipiente participação popular e dos níveis de consciência cidadã, bem como dos níveis de educação formal e de informação vivenciados, é maior a importância da atuação dos órgãos supraditos.

Para se montar a equação que se entende condutora à resposta sobre “o controle da discricionariedade”, falta trazer os motivos de se utilizar a discricionariedade. Para tanto, socorrem-nos os ensinamentos de Krell sobre as razões materiais e jurídicas de se empregar a discricionariedade.

As razões de ordem material para a existência da discricionariedade repousam na concessão de liberdade para o agente constituir o Direito no caso concreto, fazendo com que prevaleça a decisão administrativa, que seria pouco ou nada sindicável.

O dizer de Krell foi aduzido da seguinte maneira:

¹⁸⁰ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 35.

O legislador sempre vai conceder um grau maior de discricionariedade onde as circunstâncias da realidade, que deve ser regulamentada, dificilmente são previsíveis, e o alcance de um determinado fim exige o exercício de conhecimentos específicos da Administração para garantir uma decisão justa e correta no caso concreto.¹⁸¹

Ao tratar das razões materiais supracitadas, Krell fala que as sociedades de risco, em um mundo globalizado, para enfrentar problemas relativos às novas tecnologias e à degradação e da exaustão dos recursos naturais utilizam-se da discricionariedade. Acresce que, em países em desenvolvimento ou “periféricos”, carecedores de transformação, precisando combater a exclusão social de parcela significativa de suas populações, os Estados Intervencionistas trabalham “com as chamadas ‘normas-objetivo’ ou ‘normas de criação’ (Gestaltungsnormen), que possuem uma programação finalista e servem de base jurídica na implementação de políticas públicas pelas organizações burocráticas governamentais, que deixaram de ser apenas executores de normas preestabelecidas pelos Legislativos e, na verdade, detêm as informações estratégicas e o know how da organização dessas políticas”.¹⁸²

As leis apenas imporiam “metas, resultados e fins para o próprio Estado, sem especificar os meios pelos quais devem ser alcançados, concedendo ao Poder Executivo uma larga margem de discricionariedade”.

Já a razão jurídica para a existência de discricionariedade está assentada no fato de os parlamentos, utilizando-se de discricionariedade (e também de conceitos jurídicos indeterminados) criarem textos legais com pouca “*densidade regulativa*”, transferindo para o administrador parte de sua liberdade de conformação legislativa (*gesetzlicher Gestaltungsspielraum*). Dessarte, a discricionariedade configuraria instrumental jurídico utilizado pelo administrador para efetuar a gestão dos interesses sociais em consonância com as necessidades do momento.

Krell¹⁸³ noticia que a “*densidade mandamental*” variaria em sintonia com as exigências, sendo limitada pelo princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*). Logo, tendo o legislativo maior legitimidade democrática, ele deveria resolver as questões mais importantes, sobretudo as relacionadas aos direitos fundamentais ou a prestações estatais, que

¹⁸¹ KRELL, Discricionariedade..., p. 180-182.

¹⁸² KRELL, Discricionariedade...

¹⁸³ Ibidem.

devem ser igualitárias e ordenadas. Quando houvesse atribuição à Administração, ela deveria ser específica.

Krell finaliza dizendo o seguinte:

Dessa forma, há cada vez mais decisões e medidas administrativas que somente podem ser tomadas na base de uma ponderação das condições e circunstâncias concretas e que não são abertas para uma previsão legal mais densa. Nesses casos, a norma legal recua em favor de uma decisão justa na situação individual. Outra consequência dessa reduzida intensidade da programação normativa é uma restrição do controle judicial, que sempre está adstrito às leis e ao Direito.¹⁸⁴

Dito isso, avança-se na construção da pendente resposta. Nesse exercício, serão considerados um dos conceitos do dever de eficiência, a finalidade e o conceito de discricionariedade, o espectro possível da discricionariedade, os motivos de se utilizar a técnica de abertura legislativa denominada de discricionariedade e o conceito de legalidade com a inserção da eficiência no artigo 37 da Constituição Federal brasileira.

O conceito adotado será o de Ávila¹⁸⁵ que já consta do segundo capítulo: “O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim”.

Portanto, para o autor escolhido, o dever de eficiência é a atribuição de fins à Administração.

A finalidade da discricionariedade, sinteticamente, é a concessão de liberdade de escolha para o administrador, diante do caso concreto, optar pela alternativa que se afigure a mais indicada para se bem atender a finalidade legal.

Discricionariedade, consoante Mello, é o que segue:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso

¹⁸⁴ KRELL, Discricionariedade...

¹⁸⁵ ÁVILA, *Sistema...*, p. 430.

concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.¹⁸⁶

O espectro da discricionariedade diz respeito à hipótese, ao comando, ou à finalidade da norma. Já a sua motivação pode ser material ou jurídica.

O conceito de legalidade, com a inserção do princípio da eficiência no artigo 37 na Carta Magna, foi ampliado como consta no terceiro capítulo. Assim, passou-se a ter uma legalidade material, insatisfazível com o mero atendimento do texto legal.

Nesse quadro, ousa-se dizer que, em verdade, a eficiência não reduziria a incidência da discricionariedade, ao contrário, talvez estimule mais a utilização desse instituto. O dever de eficiência também não levaria a um maior controle direto da discricionariedade.

Os atos administrativos, sabe-se, são praticados por força de competência discricionária ou vinculada. Doutrinária e jurisprudencialmente, há o entendimento de que, não está sujeita ao controle judicial a discricionariedade, mas, sim, a legalidade dos atos realizados em decorrência do juízo de conveniência e oportunidade. Por isso, demarcados o campo de incidência da legalidade e o campo de incidência da discricionariedade, o primeiro restará maior e o segundo menor. Logo, atos outrora não avaliados por outro ente que não a Administração passarão a sofrer o crivo do Judiciário ou do Legislativo, mais especificamente do Tribunal de Contas.

A eficiência, uma vez que estaria no campo da legalidade e não no do mérito do ato administrativo poderia ser alvo de exame por instituição controladora que, primeiramente, deveria realizar o exame em concreto para constatar se, verdadeiramente, haveria discricionariedade.

Para que não pare dúvida, frisa-se que, conforme Mello, “mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais

¹⁸⁶ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 48.

soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.”¹⁸⁷

Segundo Krell, que concorda com a opinião de Mello, outro é o entendimento professado pela doutrina brasileira sobre mérito:

Para os (des)caminhos da doutrina brasileira nesse campo, certamente contribuiu a Lei da Ação Popular (n.º 4.717/65), que estabeleceu uma subdivisão dos atos administrativos em diferentes elementos e os conceituou. De acordo com essa classificação, a doutrina considera elementos ‘sempre vinculados’ a competência do ato (atribuição legal do órgão administrativo habilitado), a sua forma (revestimento exterior do ato) e a sua finalidade (resultado a ser alcançado com a prática do ato), enquanto o seu motivo e o seu objeto ‘constituem a residência natural da discricionariedade administrativa’ e podem agasalhar o mérito da decisão.¹⁸⁸

Auxilia-nos na solidificação da resposta o magistério de Martins Filho:

Remanesce a discricionariedade administrativa justamente pela competência exclusiva da Administração Pública promover a escolha da solução; embora controlável pelo Poder Judiciário se esta atendeu à eficiência, a escolha será válida; se, porventura, não atendeu será inválida; se a providência adotada cumpria a exigência da eficiência será válida muito embora pudesse haver outras opções igualmente satisfatórias, mas, o Poder Judiciário não poderá invalidá-la por a escolha dentre as alternativas eficientes pertence à Administração Pública, somente poderá invalidá-la se a escolha recaiu sobre a opção que desatendia a eficiência (sem olvidar eventual lesão aos direitos dos administrados ou aos outros princípios da administração pública).¹⁸⁹

Embora não mencione o dever de eficiência e o considere mera faceta do princípio da boa administração, definitiva é a lição de Mello:

A boa inteligência da regra de Direito impõe reconhecer que o campo de liberdade administrativa decorrente das normas que prefiguram discricionariedade é muito mais angusto do que habitualmente se admite, seja porque a situação concreta é que lhe dará sua verdadeira dimensão, reduzindo-o muito (quando não o extingue), seja porque a Administração Pública está sujeita ao ‘dever de boa administração’. Este, como quer Guido Falzone (1953), é mais que um dever moral ou de ciência de administração; é um dever jurídico, porque quando não há a boa administração, não há satisfação da finalidade legal e quando não há satisfação da finalidade legal não há satisfação real da regra

¹⁸⁷ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 38.

¹⁸⁸ KRELL, *Discricionariedade...*, p. 185-186.

¹⁸⁹ MARTINS JÚNIOR, *A discricionariedade...*, p. 86.

de Direito, mas violação dela, pois uma regra de direito depende inteiramente da finalidade, por ser ela que lhe ilumina a compreensão.¹⁹⁰

Respondido o questionamento pertinente ao controle da discricionariedade, cumpre colacionar posições doutrinárias sobre ele, bem como sobre a obrigatoriedade de o administrador optar pela melhor opção.

Mello exclama o seguinte:

Logo, toda vez que for possível demonstrar que o ato praticado não era o idôneo para atender ao interesse que a lei tinha em mira, seja porque os supostos da lei não se encontraram reproduzidos ou suficientemente retratados na realidade empírica – nada importando que tenha sido expedido com base em lei ensejadora de discricção – seja porque o escopo da lei era diverso daquele a que o ato se aportou, cabe correção parcial dele. E cabe porque aí não se estará ajuizando sobre o que é conveniente e oportuno, mas sobre o que a lei ensanchava ao administrador, ou seja, sobre legalidade propriamente dita.¹⁹¹

Couto e Silva sentencia o seguinte:

Modernamente surgiu, em toda parte, a tendência a apertar o controle judicial sobre os atos administrativos, fundada no argumento de que quando a norma jurídica concede poder discricionário ao administrador, tal poder há de ser exercido de forma que a decisão seja a que melhor atenda ao interesse público.

Por mais sedutora que possa parecer esta idéia, tem ela contra si, desde logo, as numerosas situações em que a própria lei claramente equipara as alternativas possíveis (p.ex., nomeação de juiz ou servidor mediante escolha de uma lista de nomes; nomeação para cargo em comissão; concessão de títulos e condecorações; outorga de autorização). Nas demais hipóteses, o que se há de verificar são os reais limites do poder discricionário. Já vimos que a definição desses limites consiste, freqüentemente, numa tarefa complexa, pela multiplicidade de elementos que devem ser levados em conta: o fim perseguido pela lei; os princípios e regras constitucionais; os princípios fundamentais do direito administrativo; a proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o determinou, etc. O espaço que restar, após a consideração desses variados fatores, será o poder discricionário dos agentes administrativos. Nesse campo diferentemente do que se passa com a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não poderá o Poder Judiciário imiscuir-se.¹⁹²

¹⁹⁰ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 45.

¹⁹¹ MELLO, *Relatividade...*, p. 56.

¹⁹² COUTO E SILVA, *Poder...*, p. 106.

Krell prega que haveria insuficiente trabalho doutrinário no Brasil, prejudicado pela utilização da técnica de dividir o ato administrativo em elementos. E, relativamente à liberdade de decisão da Administração no lado do fato-tipo da norma e no lado da sua consequência, conclui o seguinte:

Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase 'pós-positivista', que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa 'princípioalização' do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários. Nesse controle, ganham fundamental importância os princípios da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal.¹⁹³

Martins Filho, assevera o que segue:

Terá, pois, o princípio da eficiência o papel de novo ingrediente na fórmula da atividade administrativa no campo discricionário, justamente para aquilatar se a administração pública deve agir e, sobretudo, se agiu da maneira juridicamente adequada. Significa uma revitalização da discricionariedade administrativa. A eficiência é encarada como um parâmetro de medição da juridicidade da conduta administrativa pela adequação entre meios e fins, de modo que a decisão discricionária poderá ser invalidada (ou confirmada sua validade) no controle judiciário sob esse prisma.¹⁹⁴

Hager assim se manifesta:

Nos atos discricionários, pelo contrário, caberá ao administrador a escolha da solução que irá atender à finalidade pública prevista pela norma. Nesses casos, o princípio da eficiência apresenta a sua relevância. É que o administrador não pode optar, de maneira aleatória, entre as várias opções disponíveis. O caso concreto poderá demonstrar que uma, entre as várias soluções possíveis, é a melhor. Nesses casos, não haverá qualquer margem de escolha. O princípio da eficiência impõe a adoção da melhor opção. O desrespeito a essa regra implica a invalidade do ato. Essa é a grande

¹⁹³ KRELL, Discricionariedade..., p. 214.

¹⁹⁴ MARTINS JÚNIOR, A discricionariedade..., p. 89.

utilidade do princípio da eficiência. Serve de baliza para a atuação discricionária.¹⁹⁵

Ávila¹⁹⁶, cuidando do dever de eficiência, não diz, expressamente, que está tratando de atos realizados por força de competência discricionária. Porém, pode-se deduzir afirmativamente na medida em que refere haver mais de uma opção à disposição do administrador. Em virtude do dito acima, o autor não faz menção se haveria ou não enfrentamento do que costuma, no Brasil, chamar-se de mérito do ato administrativo e sobre a relação entre eficiência e discricionariedade.

No que interessa no momento, consigna-se que Ávila sustenta que o dever de eficiência não obriga o administrador a optar pela melhor alternativa. Para ele, a obrigação seria a de que a escolha administrativa recaísse sobre a alternativa que fosse satisfatória. Já se tendo trazido à tona, no item pertinente, a diferença entre adequação e eficiência, suficiente é transcrever o seguinte trecho:

Mas se administração não tem o dever de escolher o ‘mais intenso’, o ‘melhor’ e o ‘mais seguro’ meio para atingir o fim, pergunta-se: pode a administração escolher o ‘menos intenso’, ‘pior’ e ‘menos seguro’ para atingir um fim? Certamente, não. Pois é precisamente aqui que entra em cena o dever de eficiência administrativa.¹⁹⁷

O cotejo de posicionamentos diferentes pode ser saudável para o presente estudo. Assim, elegem-se os de Harger¹⁹⁸ e de Ávila¹⁹⁹ para esse exercício. O primeiro por estar mais afinado com outros posicionamentos doutrinários, pois propugna que a eficiência seria atingida com a escolha da melhor opção com a qual se depare o administrador. O segundo, foi escolhido por sua singularidade, ou seja, para Ávila²⁰⁰ a eficiência seria um postulado normativo que serviria como parâmetro de avaliação de realização de apenas um fim, diferentemente da proporcionalidade que até exigiria o exame concorrente de vários fins.

No que pertine à posição de Harger, mister contextualização, ou seja, os cenários das decisões e atuações administrativas, não só pela falta de planejamento ou de recursos, mas

¹⁹⁵ HARGER, Reflexões..., p. 494.

¹⁹⁶ ÁVILA, *Sistema...*

¹⁹⁷ Ibidem, p. 429-430.

¹⁹⁸ HARGER, Reflexões...

¹⁹⁹ ÁVILA, op. cit.

também por ser inerente à atividade, são levadas a cabo sob premência de tempo o que, por si só, pode diminuir as chances de se encontrar a melhor opção em todas as ocasiões. Logo, a cautela dos posicionamentos de Mello,²⁰¹ ao referir que há de se verificar a discricionariedade diante do caso concreto, e de Couto e Silva,²⁰² ao distinguir os casos nos quais, na lei, já são apontadas opções, pode colaborar para um melhor exame da matéria. Sublinha-se que, no momento do controle, por óbvio, deverão ser levadas em consideração as variáveis que impediram ou dificultaram o alcance da melhor solução.

Portanto, aqui é de se reproduzir a manifestação de Couto e Silva relativa ao limite da discricionariedade:

Os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da ratio legis e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado.

Dentro desses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário.

Poder-se-á criticar as decisões tomadas dentro dos limites da discricionariedade ou entender que uma outra decisão seria melhor do que a escolhida. No entanto, uma vez que sejam observados os limites, as diferentes decisões ou atos possíveis são, sob o ângulo jurídico, intercambiáveis e fungíveis. Qualquer um deles satisfaz ao direito.

Em numerosas situações, designadamente quando se cuida do exercício do poder de polícia, a definição concreta dos limites do poder discricionário não está estabelecida previamente. Tem o agente público apenas uma indicação extremamente vaga de que deve existir uma proporção entre a ação e a reação, entre a perturbação do interesse público, da ordem, da segurança ou da saúde pública e a medida de polícia que se destina a afastá-la.

Cotejadas a ação e a reação, a perturbação que afeta o interesse público e a medida de polícia utilizada, é que se verificará, concretamente, se os limites do poder discricionário foram ou não respeitados.

Aliás, em alguns casos, quando diante do fato concreto só cabe uma única medida possível, não se poderá sequer falar em poder discricionário. A discricionariedade fica aí, reduzida a nada, a zero, pela eliminação da possibilidade de escolha.²⁰³

Note-se que Couto e Silva²⁰⁴ ressalva que, respeitado o limite da discricionariedade, não poderia haver intromissão do Judiciário.

²⁰⁰ Ibidem, p. 429.

²⁰¹ MELLO, Relatividade...

²⁰² COUTO E SILVA, Poder...

²⁰³ Ibidem, p. 101.

²⁰⁴ Ibidem.

Ávila apresenta classificação dos meios disponíveis ao administrador estabelecendo parâmetros qualitativos, quantitativos e probabilísticos. Ele, sem distinguir caso específico, diz que o dever de eficiência, repete-se, estaria atendido perante o atingimento da satisfação, isto é, sem a obrigatoriedade de que se eleja o meio “mais intenso”, “melhor” ou “mais seguro”. Calca seu entendimento em três fatores:

- a) falta de informações ou as circunstâncias poderiam dificultar o exame de todos os meios adequados e poderia restar inviabilizada a ação da Administração se tivesse de examinar todas as opções;
- b) o princípio da separação dos Poderes exige certa margem de liberdade, bem como respeito à vontade objetiva;
- c) a racionalidade na interpretação e na aplicação das normas impõe que todas as circunstâncias do caso concreto sejam examinadas e a imediata exclusão de um meio por não ser o “mais intenso”, “o melhor” ou o “mais seguro, impediria a consideração de outros argumentos que poderiam justificar sua escolha.²⁰⁵

O caminho por Ávila²⁰⁶ escolhido, ao contrário do de Harger,²⁰⁷ resguarda mais o administrador, evitando que, no âmbito do Poder Judiciário ou no Tribunal de Contas, em exame levado a efeito sem a premência e o compromisso inerentes às decisões administrativas, escolha-se outra opção como sendo a que deveria ter sido eleita pelo administrador.

O fato é que não se optando pelo “melhor”, “mais intenso” ou “mais seguro” meio, não se atingirá, em regra, a excelência na administração e, não se estará empregando a eficiência como otimização dos meios e preocupação com o alcance dos resultados positivos. Não obstante isso, em caso de eventual responsabilização do administrador, quando da análise judicial deveriam ser consideradas as circunstâncias da decisão e não somente os seus efeitos. Por conseguinte, se o administrador não dispunha da informação que causou a escolha por meio que se revelou não ser o melhor, deverá esclarecer tal fato ao decisor. Diferente será o caso de ele, embora tivesse possibilidade de ter acesso a certas informações, deixar de as tentar colher ou, tendo-as, não as leva em consideração.

Em posição contrária à de Ávila,²⁰⁸ que rechaça a possibilidade de se eleger a pior opção, mas consigna que não está o administrador obrigado a escolher a melhor, parece estar

²⁰⁵ ÁVILA, *Sistema...*

²⁰⁶ ÁVILA, *Moralidade...*

²⁰⁷ HARGER, *Reflexões...*

²⁰⁸ ÁVILA, *Sistema...*

Mello²⁰⁹ ao assim se pronunciar: “Então, a discricionariedade nasce do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente.”

Para que não paire dúvida, é de se esclarecer que Mello²¹⁰ só vislumbra a possibilidade de ser escolhida a melhor opção.

O princípio da separação dos Poderes não deve ser visto de forma absoluta, do contrário, restaria sem possibilidade o controle dos atos de competência discricionária. Adicione-se que, consoante Krell²¹¹ “o clássico princípio da separação dos Poderes, hoje, deve ser entendido mais como princípio de divisão de funções, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito”.

O terceiro argumento seria o de que, já de início, não poderia ser afastada uma das opções por não ser a melhor em algum dos parâmetros estabelecidos pelo autor. Ocorre que o fato de uma alternativa não ser eleita não induz à conclusão de que não o foi depois de examinada plenamente.

Outra questão, agora a favor da colocação de Ávila²¹² e contra a de Harger,²¹³ é a de que poderá ser melhor para a Sociedade que não se escolha a alternativa número um e sim a número dois em determinados casos. Tendo em mente a escassez de recursos e havendo dois problemas a resolver, poderia o administrador eleger a segunda melhor opção, com o intuito de não ficar sem recursos para, escolhendo outra segunda melhor ou a melhor opção, atender outra importante demanda.

Adicione-se a isso que a atuação administrativa tem efeitos primários e secundários²¹⁴. Logo, pode a questão ser meramente de motivação, ou seja, questionado, poderá o administrador trazer às luzes que o aparente excessivo gasto em saneamento básico, gerou menor gasto com saúde pública; que o maior gasto em pavimentação em uma comunidade carente, ensejou surgimento de atividade econômica no local.

²⁰⁹ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 35.

²¹⁰ MELLO, *Discricionariedade...*

²¹¹ KRELL, *Discricionariedade...*, p. 205.

²¹² ÁVILA, *Sistema...*

²¹³ HARGER, *Reflexões...*

A motivação é meio de se aferir a conformidade das condições e da finalidade previstas em lei com a ação levada a cabo.

No que concerne à falta de motivação dos atos administrativos, cauteloso parece ser o posicionamento de Mello:

Por isso, em nosso estudo anteriormente referido, indicamos que a solução deste tormentoso problema, em termos práticos, acercava-se do seguinte esquema, embora não se pudesse considerar que se esgotava nele: 'Se o motivo foi vinculado e obrigatória a prática do ato ante sua ocorrência, a falta de motivação não invalida o ato desde que o motivo haja efetivamente existido e seja demonstrável indubitavelmente sua antecedência em relação ao ato. Se a escolha do motivo for discricionária (ou sua apreciação comportar alguma discricionariedade) ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação é obrigatória'.²¹⁵

Apesar de haver afinidade com o entendimento de Mello, é de se reproduzir a manifestação de Krell sobre o tema:

Nesse contexto, sem dúvida, ganha grande importância também o dever constitucional da Administração de motivar os seus atos, o que a obriga de expor, com clareza, as razões que resultaram nas escolhas concretas entre diferentes soluções possíveis. Caso essa motivação, que serve justamente para viabilizar o controle do ato administrativo, não seja suficiente, o Judiciário deve anular a respectiva medida.²¹⁶

Ainda que tenha partido de outros pressupostos, parecem ser as conclusões de Mello a mais indicada para figurar nesse estágio do trabalho:

Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá lavar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão ela tinha, detendo-se apenas e tão somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser in concreto incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma. Este é exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos – praticados embora sub color de (pretenso) exercício de discricionariedade – sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos que tais, não terá havido

²¹⁴ ÁVILA, op. cit., p. 426.

²¹⁵ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 105.

²¹⁶ KRELL, *Discricionariedade...*, p. 207.

exercício de verdadeira discricão administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do Direito.²¹⁷

²¹⁷ MELLO, op. cit, p. 48.

6 APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM UMA AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.1 Cenário Antes e Depois da Emenda Constitucional nº19/98

6.1.1 A eficiência antes da edição da Emenda 19/98

Quase que invariavelmente, os textos jurídicos sobre eficiência na Administração Pública iniciam referindo a inserção do denominado princípio no *caput* do artigo 37 da Lei Maior por força da edição da Emenda Constitucional nº19/98. Isso pode levar ao equivocado entendimento de que não havia disposição constitucional ou infraconstitucional sobre o instituto e de que a emenda, no que pertine à eficiência, limitou-se à inclusão supradita.

Em verdade, há menções relativas ao dever de eficiência anteriores ao advento da emenda supracitada. À guisa de exemplo, elencam-se os artigos 22 da Lei 8.078/90(código de defesa do consumidor)²¹⁸ e 6º, §1º, da Lei nº8.987/95 (concessão e permissão de serviços públicos)²¹⁹, bem como os artigos 70, *caput*, 71, §5º, 98 e 125 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul/1989²²⁰.

²¹⁸ 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.

²¹⁹ 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.

²²⁰ Art. 70 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas ou mantidas pelo Estado, quanto à legalidade, legitimidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes, observado o disposto nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal;

Art. 71 - O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete, além das atribuições previstas nos arts. 71 e 96 da Constituição Federal, adaptados ao Estado, emitir parecer prévio sobre as contas que os Prefeitos Municipais devem prestar anualmente.

[...]

§ 5º - Compete ao Tribunal de Contas avaliar a eficiência e eficácia dos sistemas de controle interno dos órgãos e entidades por ele fiscalizados.

Art. 98 - A lei de organização judiciária discriminará a competência territorial e material dos Juízes de primeiro grau, segundo um sistema de Comarcas e Varas que garanta eficiência na prestação jurisdicional.

Acresça-se, com fulcro em Modesto, que o texto original da Carta Magna de 1988 já fazia alusão à eficiência:

O texto original da Constituição Federal de 1988, ora de forma explícita, ora de forma implícita, refere a exigência de eficiência como uma obrigação constitucional da administração pública em diversas normas. Ressaltarei as que me parecem mais evidentes.

No art. 74, II, por exemplo, desde 1988, reza a lei maior que "os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II- 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". Porém, mais do que isso, constatada alguma irregularidade nos aspectos controlados, devem os responsáveis comunicá-la imediatamente o Tribunal de Contas da União, "sob pena de responsabilidade solidária" (art. 74, § 1º). Ora, se a eficácia e a eficiência são qualidades do agir administrativo avaliadas obrigatoriamente no controle jurídico da atividade de todo órgão da administração direta e das entidades da administração indireta, em qualquer dos poderes e, em caso de irregularidade, sujeitam os responsáveis a sanções jurídicas, são obrigações jurídicas, imposições constitucionais, exigências gerais vinculantes para o administrador público. Numa palavra, são princípios jurídicos de prossecução obrigatória, pois os princípios, na boa definição de ROBERT ALEXY, são "exigências de otimização": "normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes" (ROBERT ALEXY, Teoria de los Derechos Fundamentales, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86).

Ademais, como entender, sem pressupor implícita a obrigação constitucional geral de assegurar a eficiência na gestão pública, a autorização constitucional dada ao Tribunal de Contas para avaliar a "legitimidade e economicidade" da atuação administrativa em geral, ao lado do controle de "legalidade", na cabeça do art. 70 da Constituição Federal? Reflita-se que os Tribunais de Contas estão constitucionalmente autorizados a realizar "auditorias operacionais", distintas das auditorias contábil, financeira e patrimonial, pelo art. 71, inciso VII, da Constituição, perante os órgãos e entidades da administração pública, o que não teria sentido se o administrador fosse livre para ser eficiente e ineficiente, sem que a ineficiência importasse em violação do direito.

Por fim, de forma explícita, o texto original da Constituição de 1988, no §7º do art. 144, reza que 'a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades'. É razoável entender que apenas os serviços de segurança pública sujeitam-se a obrigação constitucional de organização adequada e atuação eficiente? Não vale aqui o que se disse do princípio da motivação, não referido na cabeça do art. 37 da Constituição Federal, mas considerado princípio geral implícito em decorrência do regime republicano e de encontrar-se previsto, como exigência explícita, no art. 93,

Art. 125 - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a assegurar-lhes a eficiência das atividades.

X, da Constituição, para todas as decisões administrativas dos tribunais? De outra parte, a obrigação de prestar serviço adequado, exigido no art. 175 da Constituição, porventura deve ser interpretada como dirigida apenas aos concessionários e permissionários de serviço público privados? São provocações que suscito como estímulo para a reflexão dos mais doutos e para fundamentar uma avaliação mais serena do que se tem dito sobre essa modificação formal no rol de princípios constitucionais gerais referente à administração pública.²²¹

Também exsurge, em muitos textos jurídicos, a referência ao Decreto-lei nº200/67 que dispunha sobre a organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes da Reforma Administrativa realizada à época.

Da seguinte forma, estava entabulado no artigo 26 do Decreto-lei nº 200/67:

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

- I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.
 - II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.
 - III - A eficiência administrativa.
 - IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.
- Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:
- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se fôr o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;
 - b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembléias Gerais e órgãos de administração ou contrôle da entidade;
 - c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;
 - d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;
 - e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembléias e órgãos de administração ou contrôle;
 - f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;
 - g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;
 - h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;
 - i) intervenção, por motivo de interêsse público.

Sobre o Decreto-Lei nº200/67 e sobre a reforma desenvolvimentista que se tentou empreender com a edição desse instrumento também se pronunciou Bresser Pereira:

²²¹ MODESTO, Notas..., p. 832

Em síntese, o Decreto-Lei 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerado como primeiro momento da administração gerencial no Brasil. A reforma, teve, entretanto duas conseqüências inesperadas e indesejáveis. De um lado, ao permitir a contratação de empregados sem concurso público, facilitou a sobrevivência de práticas clientelistas ou fisiológicas. De outro lado, ao não se preocupar com mudanças no âmbito da administração direta ou central, que foi vista pejorativamente como ‘burocrática’ ou rígida, deixou de realizar concursos e de desenvolver carreiras de altos administradores. O núcleo estratégico do Estado foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através da estratégia oportunista ou ad hoc do regime militar de contratar escalões superiores da administração através das empresas estatais. Desta maneira, a reforma administrativa prevista no Decreto-Lei 200 ficou prejudicada, especialmente pelo seu pragmatismo. Faltavam-lhe alguns elementos essenciais para que houvesse se transformado em uma reforma gerencial do Estado brasileiro, como a clara distinção entre as atividades exclusivas de Estado e as não-exclusivas, o uso sistemático do planejamento estratégico a nível de cada organização e seu controle através de contratos de gestão e de competição administrada. Falta-lhe também uma clara definição da importância de fortalecer o núcleo estratégico do Estado.²²²

Não se localizou nos textos doutrinários consultados referência à seguinte disposição da Constituição Federal de 1937, concernente à elaboração orçamentária:

Art 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições:

- a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público;
- b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados;
- c) fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária.

Conforme Saldanha²²³, baseado em Afonso Arinos, o Presidente Getúlio Vargas, não teria conferido efetividade à Constituição de 1937, pois era autoritário o período vivenciado. A disposição transcrita acima, contudo, foi levada a efeito, já que, como informa Andriolo²²⁴ o governo “pretendia responder à necessidade de maior eficiência, tanto mais se a eficiência

²²² BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Do estado patrimonial ao gerencial: Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001, p. 16.

²²³ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 2, p. 105. apud SOUZA JÚNIOR, *A supremacia...*

²²⁴ ANDRIOLO, Eficiência..., pág.146.

servisse para justificar o regime ditatorial”. Ademais, segundo Bresser Pereira, a reforma burocrática brasileira, de fato, capitaneada por Getúlio Vargas, com o auxílio de Luiz Simões Lopes, iniciou-se em 1936:

Nesse ano é criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, que se consolida através de sua transformação, dois anos depois, no DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), que passou a ser seu órgão executor e, também, formulador da nova forma de pensar e organizar a administração pública. A criação do DASP, ocorrida já nos quadros do Estado Novo, acontecia em um momento em que o autoritarismo brasileiro voltava com força, mas agora para realizar a revolução modernizadora do país, industrializá-lo, e valorizar a competência técnica. Representou, assim, no plano administrativo, a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica.²²⁵

Bresser Pereira, com apoio em obra de Wahrlich aduz as principais realizações do DASP:

Beatriz Wahrlich, cujo livro *A Reforma Administrativa da Era de Vargas* constitui a obra fundamental para a análise da Reforma Burocrática no Brasil, assim resume as principais realizações do DASP: ingresso no serviço público por concurso, critérios gerais e uniformes de classificação de cargos, organização dos serviços de pessoal e de seu aperfeiçoamento sistemático, administração orçamentária, padronização das compras do Estado, racionalização geral de métodos. Além disso, o DASP cooperou no estabelecimento de uma série de órgãos reguladores da época (conselhos, comissões e institutos), nas áreas econômica e social.²²⁶

Ribeiro, em tese apresentada em concurso para admissão no DASP, fala sobre as Comissões de eficiência que seriam subordinadas ao DASP:

As COMISSÕES DE EFICIÊNCIA parecem constituir outra característica do Serviço Civil Brasileiro.

São órgãos existentes nos Ministérios civis, subordinados administrativamente ao Ministro de Estado, e tecnicamente ao D.A.S.P. As C.C.E.E. possuíam, até bem pouco tempo, certas atribuições relativas ao pessoal, como fossem opinar sobre transferências, remoções e permuta, opinar nas propostas de admissão, recondução e dispensa de pessoal extranumerário, etc., (art. 17, do decreto-lei n. 579, de 30 de julho de 1938). Atualmente, passaram a constituir apenas órgãos de racionalização dos serviços, objetivo que parece haver determinado a sua criação, em 1936, muito embora certas circunstâncias tenham ocorrido para transforma-las em ‘tribunais administrativos’. A tendência parece ser no sentido de integrar as

²²⁵ BRESSER PEREIRA, *Do estado...*, p. 231.

²²⁶ *Ibidem*, p. 232.

C.C.E.E., como 'Divisões de Organização' dos Departamentos de Administração dos Ministérios.²²⁷

No plano jurisdicional, no que concerne a período anterior à edição da Emenda Constitucional n. 19/98, exemplificativamente, pode ser apresentada a seguinte decisão:

*Na eficiência das classes armadas repousa a segurança da Nação; tal eficiência exige aperfeiçoamento contínuo; a carreira militar não pode ser impermeável às transformações que a experiência de outros povos aconselha como indispensáveis a um melhor aproveitamento. Assim, nada pode ser oposto a que em dado momento a promoção seja condicionada a exigências da especialização.*²²⁸

Nesse caso, em 1.955, o Supremo Tribunal Federal entendeu que era lícita a exigência de curso de aperfeiçoamento para que Oficial do Exército fosse promovido, considerando-a como consequência da eficiência que deve ter a instituição.

Em termos doutrinários, também havia referência ao dever de eficiência antes da inclusão promovida pela Emenda Constitucional nº19/98. Colhe-se, em artigo de Modesto (2000), o seguinte relato:

Ressalto ainda que, também na doutrina jurídica, bem antes da Emenda Constitucional n. 19, o princípio da eficiência não era desconhecido. HELY LOPES MEIRELLES já apontava entre os 'poderes e deveres do administrador público' o chamado 'dever de eficiência', o qual chegou a denominar 'o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros'. Segundo o mesmo autor, o princípio da eficiência impõe que todo agente público deve realizar as suas atribuições com presteza, precisão, perfeição e rendimento funcional. Para HELY LOPES MEIRELLES, o dever de eficiência corresponde ao "dever de boa administração" da doutrina italiana (Cf. Direito Administrativo Brasileiro, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p.90).²²⁹

Em síntese, em diversos momentos da história brasileira e sob diferentes enfoques, a eficiência já se fez presente.

²²⁷ RIBEIRO, Luiz Guilherme Ramos. Do elemento pessoal no serviço público: sua manutenção e eficiência. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1944, p. 19.

²²⁸ BRAIL. Supremo Tribunal Federal. RE 27246/DF. Relator: Min. Afranio Costa. j. em: 16 maio 1955.

²²⁹ MODESTO, Notas..., p. 835.

Andriolo²³⁰ explana claramente que, há muito, a Administração Pública brasileira tem preocupação com a eficiência. Antes de 1930, com esteio em um enfoque teórico mecanicista, eram estreitas as relações entre o público e o privado. No período chamado de “Estado Administrativo”, que abriga os anos de 1930 a 1945, ocorreu reforma baseada na administração de pessoal e no sistema de mérito. Andriolo,²³¹ apoiado em Fischer, ressalta que, nesse período, a concepção teórica tinha contribuições de Fayol, Taylor e Gullick, teóricos da abordagem clássica da Administração orientados pelo princípio da eficiência. De 1946 a 1964, predominou a ideologia desenvolvimentista, chegando-se ao período marcado pelo intervencionismo estatal, que vai de 1965 a 1979, dominado pela exacerbação máxima da racionalidade funcional e dos princípios desenvolvimentistas. De 1980 a 1989, passa-se a dar menos ênfase à eficiência do que à equidade e à adequação social. Nesse período, Andriolo,²³² calcado em Keinert, diz que se começa a identificar obstáculos políticos à eficiência.

6.1.2 A eficiência após a edição da Emenda Constitucional 19/98

Conveniente é a contextualização da inserção analisada, considerando a situação interna brasileira, bem como a relação com os outros países. Para tanto, é de bom alvitre colacionar análises empreendidas por um economista e por um jurista.

Impõe-se, por conseguinte, nova reprodução do pensamento de Bresser Pereira:

A reforma da Administração Pública é motivada por dois fatores. De um lado, pela crise do Estado brasileiro. Tivemos uma profunda crise no País nos anos 80, que foi essencialmente do Estado. Uma crise fiscal, derivada da forma de intervenção do Estado na economia, e uma crise da forma burocrática de se administrar o Estado, que é o que nos interessa em particular. Por outro lado, no sentido amplo a reforma do Estado é uma resposta ao processo de globalização ocorrido no mundo contemporâneo. Diante dessa globalização, o Estado teve que mudar suas funções. Quando ocorre um processo de globalização, há duas alternativas: uma, de docilidade diante da globalização, ou seja, vamos aceitar passivamente um aumento brutal da competitividade em nível internacional, que é o elemento fundamental da globalização; a outra, de mudança da estratégia diante dessa globalização, isto é, vamos mudar e ver como podemos garantir à nossa sociedade, às nossas empresas, condições de competitividade em nível

²³⁰ ANDRIOLO, Eficiência..., p. 145-146.

²³¹ Ibidem.

²³² Ibidem.

internacional. Dentro disso, é fundamental reduzir o custo Brasil, como também ter um Estado mais leve, mais eficiente, mais moderno e mais capaz de, ativamente, promover essa capacidade competitiva do País.²³³

Sob o prisma jurídico, ilumina-nos a palavra de Dallari:

No tocante ao papel reservado ao Estado no cenário administrativo e econômico, o ponto de partida para a reforma foi a Emenda Constitucional nº19, de 04/06/98, que alterou o regime de pessoal do serviço público, introduziu novas normas e princípios para a Administração Pública e trouxe inovações no tocante ao controle das finanças públicas.

Simplificando e resumindo, pode-se dizer que ela pretendeu substituir o modelo burocrático pelo modelo gerencial, caracterizado pelo abrandamento do controle dos processos e uma atenção maior no controle de resultados, ou seja, autonomia com responsabilidade.²³⁴

A consagração do dever de eficiência decorrente da modificação provocada pela emenda assazmente referida inegavelmente foi influenciada pelo ambiente externo. Ela seria fruto da pretensão de transformar a Administração Pública em gerencial, configurando a eficiência como um critério de conduta, motivando mudança cultural e institucional. O fato é que, consoante ensina Chiavenato, originariamente, a administração burocrática também se voltava à eficiência:

A segunda abordagem relacionada com a estrutura organizacional nasceu com Max Weber(1864-1920), sociólogo alemão considerado o fundador da Teoria da Burocracia. Para Weber, o termo burocracia não tem o significado pejorativo de uso popular, mas um significado técnico que identifica certas características da organização formal voltada exclusivamente para a racionalidade e para a eficiência.²³⁵

Após o advento da Emenda Constitucional 19/98, outras leis exurgiram com referência expressa à eficiência. Destacam-se três: a Lei nº9.784/99, que passou a regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a Lei Complementar 101/2.000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, e a Lei 11.079/2.004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

Na Lei Federal nº9.784/99, há a seguinte previsão:

²³³ BRESSER PEREIRA, Resumo..., p. 39.

²³⁴ DALLARI, Privatização..., p. 7.

²³⁵ CHIAVENATO, *Administração...*, p. 14.

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.

A lei supracitada representa tentativa de concretização do princípio da eficiência, revelando preocupação com a condução dos eventos de maneira que haja celeridade, respeito ao cidadão e solução adequada dos conflitos.

Moreira, após minuciosa análise da Lei 9.784, concluiu da seguinte forma:

A Lei 9784 é de suma importância no Direito Administrativo brasileiro. Regula a participação democrática do cidadão na formação dos atos administrativos, configurando não só uma forma de interação entre as pessoas privadas e a Administração Pública, mas também um meio de se concretizar a tão almejada eficiência administrativa. A incidência da Lei 9784 frente aos processos de licitação é matéria ainda incipiente, que exige maior aprofundamento, a fim de que possamos compreender a coexistência harmônica de dois diplomas normativos tão relevantes.²³⁶

Já, na Lei de Responsabilidade Fiscal, está entabulado o seguinte:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”

Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a:

- I - harmonização e coordenação entre os entes da Federação;
- II - disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal;
- III - adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal de

²³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O processo de licitação, a Lei 9784/99 e o princípio da legalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 3, jun. 2001, p. 14.

que trata esta Lei Complementar, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, bem como outros, necessários ao controle social;
IV - divulgação de análises, estudos e diagnósticos.

O texto legal é revelador de uma preocupação com a gestão fiscal, vendo-a como indispensável para o cumprimento das obrigações do Estado. No dizer de Mendes, reforçou-se “a idéia de uma ética do interesse público, voltada para o regramento fiscal como meio para o melhor desempenho das funções constitucionais do Estado”²³⁷.

Sinteticamente, poder-se-ia dizer que o controle teria por fim último direcionar os recursos para políticas assecuratórias dos direitos fundamentais e que busquem a redução das desigualdades sociais. A responsabilidade fiscal, por conseguinte, seria um meio. O fim seria uma atuação estatal efetiva que não seria atingida “sem uma apurada reflexão sobre os gastos públicos, seus limites e sua aplicação.”²³⁸

Assim sentencia Mendes:

A lei de Responsabilidade Fiscal, ao impor o regramento de contas públicas, racionalizando-as, compromete-se com este objetivo, ao propugnar que o controle orçamentário repercutirá a curto prazo – incidindo sobre gerações atuais - e a longo prazo – resguardando a viabilidade fiscal do Estado para as gerações futuras.²³⁹

A preocupação com a eficiência é evidente também na lei que institui as regras gerais das parcerias público-privadas. Assim está previsto na lei 11.079/2004:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
V – transparência dos procedimentos e das decisões;
VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

²³⁷ MENDES, Lei de..., p. 1.

²³⁸ *Ibidem*, p. 5.

A lei ainda pende de efetividade. Em nível federal, há a intenção de se utilizar a parceria, na modalidade de concessão patrocinada, por um prazo de 15 anos, para a restauração, manutenção, operação e aumento de capacidade dos trechos 113,2 km da BR-324, entre os Municípios de Salvador e de Feira de Santana, e 524,2 km da BR-116, estendendo-se de Feira de Santana em direção ao sul, até a divisa da Bahia com Minas Gerais. Por ora, está sob consulta popular o edital pertinente.

Em nível estadual, há leis regulando o instituto nos Estados da Bahia, do Ceará, de Goiás, de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina.

As parcerias público-privadas representam uma forma de atrair capital privado, nacional ou estrangeiro, para investimentos que o Estado não teria condição de fazer.

Ao se reportar sobre os horizontes da parceria supradita, assim se manifestou Moreira Neto²⁴⁰:

Exemplo de aplicação do conceito ampliado de consenso e conseqüente abertura para novas técnicas para a realização de obras e de serviços de inter público, vem a ser o caso do recente e inovativo Projeto de Lei de Parcerias Público-Privadas - PPP, apresentado ao Congresso brasileiro.

Por ele se admite a celebração de contratos (e possivelmente de outros atos, conforme sugestões recebidas nas consultas públicas realizadas) para a implantação e gestão de serviços e de atividades de interesse público em geral, nas quais o financiamento e a responsabilidade pelas inversões necessárias, assim como sua exploração econômica, passam em todo ou em parte para entidades privadas.

Seu objeto envolve uma ampla gama de atividades administrativas do Estado, em todos os três níveis federativos, como os serviços públicos, precedidos ou não da execução de obras públicas, e a execução de obras em geral, diretamente para a Administração ou para aliená-la ou alugá-la posteriormente à própria Administração.

Permite-se, como atração para que empresas venham colaborar na execução de serviços públicos, que o Estado ofereça aos entes em parceria contraprestações adicionais às tarifas e garantias públicas, inclusive com a possibilidade de ceder seus créditos públicos a instituições financeiras.

Tampouco a segurança jurídica foi esquecida, revendo-se a fixação, nos contratos de parceria, de que os pagamentos devidos pela Administração Pública terão precedência sobre as outras obrigações contratuais por ela contraídas.”

²³⁹ Ibidem, p. 5.

²⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, 2005, p. 19-20.

Nesse momento do estudo, percebe-se que, desde 1936 e não de 1998, pretende-se ter uma Administração Pública eficiente. Todavia, até o momento, não se alcançou êxito.

O desafio, diante de criações de órgãos, de decisões judiciais, de manifestações doutrinárias e de disposições constitucionais e infraconstitucionais já proferidas, é tornar eficiente a Administração Pública brasileira. A doutrina jurídica administrativista, atenta à operatividade, em muito poderá contribuir nesse processo, sob pena de cair-se no mero formalismo bem identificado por Andriolo:

Considerando o conceito de formalismo e a sua ocorrência na administração pública brasileira, cabe alertar para o risco de as disposições constitucionais restringirem-se ao plano formal, sem produzir os efeitos esperados. O discurso da eficiência administrativa, do desenvolvimento dos recursos humanos, da preocupação com a qualidade dos serviços públicos seria incorporado nas diferentes esferas de governo, sem se traduzir em ações efetivas.²⁴¹

6.2 Fases de uma ação administrativa eficiente

O alcance de níveis desejados de eficiência na Administração Pública brasileira não poderá advir exclusivamente da previsão desse dever na Lei, seja em nível constitucional ou infraconstitucional. Mister que haja preocupação e exigência por parte da Sociedade, do administrador, do servidor, do julgador e do doutrinador administrativista.

A ação administrativa eficiente, todavia, pode ser atingida tendo-se por norte a própria Emenda Constitucional nº19/98, pois ela não deixa dúvida sobre a relevância do preparo técnico, do uso adequado dos meios, do planejamento, da avaliação do desempenho e da participação popular, tanto nas definições das opções a adotar, quanto no controle das escolhas realizadas.

Pertinentes, por conseguinte, as palavras de Bacellar a respeito da necessidade de profissionalização do servidor público:

²⁴¹ ANDRIOLO, Eficiência..., p.146-147.

A profissionalização do servidor público substancia um ponto forte da reforma administrativa operada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. O preparo técnico para o desempenho de cargo, emprego ou função pública é condição sine qua non para avaliar a eficiência do servidor público. Para além do concurso público, a Constituição consagra vários institutos dispostos àquela finalidade:

(i) O inciso V, do art. 37, estabelece que as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo (legitimados pelo crivo do concurso público) prevendo, ainda, restrições no tocante aos cargos em comissão (em que a investidura não depende de concurso público): devem ser preenchidos por servidores de carreira (concurados) conforme percentual mínimo previsto em lei e limitam-se às atribuições de chefia, direção e assessoramento.

(ii) O caput, do art. 39 prevê a instituição pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios do Conselho de Política de Administração e Remuneração de Pessoal, a ser integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

(iii) O §2º, do art. 39, estabelece que a União, os Estados e o Distrito Federal deverão manter escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira.

(iv) O §7º, do art. 39, dispõe que Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

(v) O §4º, do art. 41 passa a contemplar a obrigatoriedade de avaliação especial de desempenho por Comissão instituída para essa finalidade como condição para a aquisição da estabilidade.

De outro lado, a Emenda Constitucional n° 19/1998 prevê hipóteses específicas para responsabilização do servidor por desempenho funcional ineficiente, para além da apuração e aplicação de sanções disciplinares relacionadas a deveres e proibições funcionais:

(i) O §1º, inc. III, do art. 41 prevê a possibilidade de perda do cargo pelo servidor estável mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

(ii) O § único, do art. 247 dispõe sobre a perda do cargo do servidor público estável que, em decorrência das atribuições do seu cargo efetivo desenvolva atividades exclusivas de Estado, na hipótese de insuficiência de desempenho, assegurados o contraditório e a ampla defesa.²⁴²

A Administração e a Economia são ferramentais que em muito podem contribuir para que o atuar na seara do Direito Administrativo e a conseqüente análise desse agir possam ser mais qualificados.

²⁴² BACELLAR FILHO, Profissionalização..., p. 6-7.

Dessarte, nesse tópico, adotar-se-á o magistério de Chiavenato²⁴³ para se discorrer sobre conceitos básicos sem os quais não se pode avançar.

Não se deve olvidar de que, para a Administração, eficiência e eficácia, devem, mas nem sempre caminham juntas, pois essa representa a capacidade de uma empresa “satisfazer uma necessidade da Sociedade por meio do suprimento de seus produtos”; aquela, por seu turno, “é uma relação entre custos e benefícios”.

Ensina Chiavenato²⁴⁴ que se há preocupação com o modo correto de se fazer algo, está-se atento à eficiência. Já, quando se avalia os resultados, examinando se o que está sendo bem feito deveria ser mesmo realizado, está-se preocupado com a eficácia.

Note-se que, consoante se anotou no capítulo atinente aos conceitos jurídicos, o emprego de “eficiência” na Carta Magna seria o que conjuga eficácia e eficiência.

Para que sejam atingidas a eficiência e a eficácia a ação precisa ser planejada, organizada, dirigida e controlada. Essas funções administrativas interdependentes compõe o processo administrativo. O processo administrativo “implica que os acontecimentos e as relações entre eles sejam dinâmicos” e seus “elementos agem uns sobre os outros”. O processo administrativo, em verdade, “compõe um sistema, onde o todo é maior do que a soma das partes em face do seu efeito sinérgico”.

O processo supracitado é uma forma de integrar diferentes atividades para execução da estratégia empresarial como se percebe no texto a seguir transcrito:.

...definidos os objetivos empresariais e formulada a estratégia que a empresa pretende desenvolver, analisando o ambiente que envolve a empresa, a tarefa a desempenhar e a tecnologia a utilizar, bem como as pessoas envolvidas, deve ser ministrada a ação empresarial que levará a cabo a estratégia escolhida. Para administrar a ação empresarial, entra em cena o processo administrativo para planejar, organizar, dirigir e controlar as atividades da empresa em todos os seus níveis de atuação.

A estratégia empresarial configura “uma atividade racional que envolve a identificação das oportunidades e das ameaças do ambiente onde opera a empresa”. Em síntese, a estratégia

²⁴³ CHIAVENATO, *Administração...*

seria “a combinar as oportunidades ambientais com a capacidade empresarial em um nível de equilíbrio ótimo entre o que a empresa quer e o que ela realmente pode fazer.”

Os objetivos da estratégia não podem ser alcançados com improvisação e com falta de sintonia entre os setores. Nesse ponto, é que exsurge o planejamento.

O planejamento estratégico “é um conjunto de tomada deliberada e sistemática de decisões envolvendo empreendimentos que afetam ou deveriam afetar toda a empresa por longos períodos de tempo”. Ele é “um planejamento que envolve prazos mais longos de tempo, é abrangente e é desenvolvido nos níveis hierárquicos mais elevados da empresa, isto é, no nível institucional”.

Uma vez que o plano estratégico é genérico, ele “precisa ser desdobrado em planos táticos desenvolvidos no nível intermediário da empresa, cada qual voltado para o seu departamento. Além disso, cada plano tático precisa ser desdobrado em vários planos operacionais desenvolvidos no nível operacional da empresa, detalhando minuciosamente cada tarefa ou atividade a ser executada.”

Organização, como função administrativa, tem o sentido de estruturar os recursos e os órgãos incumbidos de sua administração e estabelecer relações entre eles e suas atribuições. “Por meio da organização, a empresa reúne e integra seus recursos, define a estrutura de órgãos que deverão administrá-los, estabelece a divisão de tarefas por meio da diferenciação, proporciona os meios de coordenar as diferentes atividades de integração, define os níveis de autoridade e de responsabilidade, e assim por diante.” A organização, nota-se, é a reunião dos meios disponíveis para a realização das outras funções administrativas.

No setor público, tem-se bem presente a idéia de cargo público e de suas atribuições. Por esse motivo, em determinadas situações é que se precisará do que os administradores denominam de definição, ou seja, “a determinação das responsabilidades e atribuições do ocupante do cargo em relação ao trabalho”.

Vencidas as etapas do planejamento e da organização, é chegado o momento da direção, ou seja, é preciso repassar às pessoas o que delas espera a empresa, é preciso treiná-

²⁴⁴ Ibidem.

las e as motivar. Sinteticamente, “dirigir significa interpretar os planos para os outros e dar orientações sobre como executá-los.”

Realizada essa função, chega-se ao controle.

O controle teria como essência “a verificação de se a atividade controlada está ou não alcançando os resultados desejados”. Em outros termos, o controle consiste em “verificar se a execução está de acordo com o que foi planejado: quanto mais completos, definidos e coordenados forem os planos e maior o período para o qual forem feitos, mais complexo será o controle”.

A falta de controle pode tornar sem efeito as fases anteriores e comprometer o alcance dos resultados. Em se tratando de um setor público, não se pode esquecer que além de gerar afastamento de resultados positivos, ambientes descontrolados podem ser palco ideal para corrupções.

Percebe-se que a idéia de processo administrativo e as funções que o compõe não são incompatíveis com o setor público, ao contrário, podem enriquecer o processo de encaminhamento de soluções e, utilizado sistematicamente, podem conduzir a uma melhor divisão das tarefas, ainda vinculadas exclusivamente aos cargos, bem como à uma utilização melhor dos recursos financeiros, humanos e materiais disponíveis.

Outra questão que se impõe é a avaliação sistemática da atuação administrativa. Assim sendo, é pertinente, nesse momento do trabalho, trazer alguns métodos que são empregados nas empresas públicas e privadas dentro e fora dos limites territoriais brasileiros.

Sucintamente, serão apresentados o DEA (Data Envelopment Analysis), o Balanced Scorecard e o PDCA que, em verdade, é um ciclo de controle de processos.

O DEA, ou seja, o *Data Envelopment Analysis*, traduzido no Brasil como Análise Envoltória de Dados, tem por escopo a avaliação da eficiência de unidades produtivas que realizam atividades semelhantes. Em outras palavras, estabelece-se comparação entre as unidades independentes de tomada de decisão (isto é, *Decision Making Units – DMU*), que se

distinguem pela quantidade de insumos que consomem e pela quantidade de produtos que geram.

Sobre essa técnica, manifestaram-se Silva e Azevedo:

O método DEA pode ser utilizado em diversos estudos de eficiência, tanto em instituições relacionadas ao setor público, onde é difícil medir a eficiência das unidades, bem como em áreas de grande concorrência, já que é necessário saber em quais variáveis as organizações não são plenamente eficientes. Entre as propriedades e características que levaram esta metodologia a ser adotada como uma das presentes neste trabalho, destacamos alguns aspectos:

Difere dos métodos que necessitam que os inputs e outputs sejam transformados em uma única unidade de medida;

Os outliers não são apenas desvios em relação ao comportamento mediano dos dados, mas pontos que podem ser possíveis benchmarks para serem estudados pelas demais unidades (aprender com os melhores);

Identificação das causas e das dimensões da ineficiência relativa de cada uma das unidades comparadas, bem como do índice de eficiência de cada uma.²⁴⁵

Nesse passo, revela-se útil transcrever parte do ensinamento de Gomes, Lins e Mello:

Além de identificar as DMUs eficientes, os modelos DEA permitem medir e localizar a ineficiência, e estimar uma função de produção linear por partes que fornece o benchmark para as DMUs ineficientes. Esse benchmark é determinado pela projeção das DMUs ineficientes na fronteira de eficiência. A forma como é feita esta projeção determina a orientação do modelo. As principais são orientação a inputs (quando deseja-se minimizar os recursos, mantendo-se os valores dos resultados constantes) e orientação a outputs (quando deseja-se maximizar os outputs sem diminuir os inputs).²⁴⁶

Palomares, como dito no segundo capítulo, em seus estudos concluiu que as técnicas de análise da eficiência mediante função fronteira possuíam idoneidade para serem aplicadas ao setor público espanhol. Nesse trabalho, explicitou como se verificaria a eficiência econômica de uma atividade:

Su estudio se apoya en la estimación de lo que denominamos frontera de producción, de modo que el índice de eficiencia técnica de la empresa se calcula mediante la razón entre la producción real y la producción (frontera)

²⁴⁵ SILVA, Antônio Carlos Magalhães; AZEVEDO, Gustavo Henrique W. Eficiência e sobrevivência: binômio fundamental para a previdência privada aberta. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, v. 1, n. 0, dez. 2004, p. 74.

²⁴⁶ GOMES, Eliane Gonçalves; MELLO, João Carlos C. B. Soares de; LINS, Marcos Pereira Estellita. Redistribuição de inputs e outputs em modelos de análise envoltória de dados com ganhos de soma zero. *Pesquisa Operacional*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, 2004,

que hubiera alcanzado si hubiera empleado los factores de producción de forma totalmente eficiente. La frontera de producción se encontrará en el valor máximo alcanzable por cada empresa dados unos factores de producción.

La eficiencia económica valora la capacidad con que la empresa utiliza los factores de producción de forma óptima desde el punto de vista económico. Esta situación será la del mínimo coste para producir unos productos, dados unos precios para los factores y los productos.²⁴⁷

Como mencionado acima, há duas orientações na estimação da fronteira: uma levaria em conta os insumos com o fim de verificar como a produção pode ser mantida com o mesmo nível de recursos e outra levaria em consideração os produtos com o fito de verificar como a produção poderia ser maior sem incremento de recursos. Nesses termos, manifestou-se a pesquisadora Palomares:

Dependiendo del objetivo del estudio se plantean dos distintas orientaciones en la estimación de la frontera:

La orientación output, que es el enfoque comentado hasta aquí, estima el aumento proporcional en output que podría conseguir cada empresa ineficiente, si no lo fuera, y usando los mismos inputs. Esta medida es la distancia en output desde su output observado hasta la frontera y por tanto es una estimación de su índice de eficiencia.

Por el contrario, en la orientación input se estima la frontera de inputs, siendo el índice de eficiencia la reducción proporcional que podrían sufrir los inputs de la empresa ineficiente, si se comportara como las eficientes y produciendo lo mismo.

En base a estos dos planteamientos, se enfocará la orientación del análisis dependiendo de las circunstancias productivas del sector. En el enfoque output, las ineficiencias detectadas se tratan de corregir manteniendo los mismos inputs y haciendo a las empresas ineficientes que produzcan más. Sin embargo tras una orientación al input, se detectan las posibilidades de reducción en el uso de inputs manteniendo el nivel actual de producción²⁴⁸.

Ao tratarmos do Balanced Scorecard e sobretudo sobre sua adaptabilidade à Administração Pública brasileira, apoiaremos-nos nos ensinamentos de Bergue²⁴⁹.

O Balanced Scorecard integra as funções administrativas de planeamento, direção e controle, permitindo não apenas uma análise do passado da empresa, mas de “condicionantes capazes de interferir na definição de potenciais cenários futuros”. Nesse passo, é instrumento que qualifica a gestão.

²⁴⁷ DIOS PALOMARES, El análisis..., p. 40.

²⁴⁸ Ibidem, p. 41.

²⁴⁹ BERGUE, Sandro Trescastro. Gestão estratégica de pessoas e balanced scorecard em organizações públicas. *Revista Análise*, v. 16, n. 2, p. 84-105, 2005.

Bergue, com apoio em Kaplan e Norton²⁵⁰, afirma que “o balanced scorecard é um instrumento de gestão organizacional, capaz de fornecer um referencial de análise de estratégia orientada para a criação de valor futuro, estruturado segundo quatro diferentes perspectivas”

As perspectivas ou dimensões supraditas, que são intercambiáveis, seriam as seguintes:

- a) Financeira, que envolve a estratégia de crescimento, de rentabilidade e de risco, sob a ótica do acionista;
- b) Cliente, importando na estratégia de criação de valor e diferenciação, sob a perspectiva do cliente;
- c) Processos de negócios internos, que enfoca as prioridades estratégicas de vários processos de negócio, que criam satisfação para os clientes e acionistas; e
- d) Aprendizado e crescimento das pessoas, alcançando as prioridades para o desenvolvimento de um clima propício à mudança organizacional, à inovação e ao crescimento.²⁵¹

Bergue,²⁵² noticiando que já houve adoção do Balanced Scorecard na EMBRAPA, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária e noutras do setor público com ênfase no segmento produtivo, sustenta que, com adaptações, poderia haver utilização no serviço público em geral.

Uma vez que se persegue um modelo de gestão voltado ao resultado, o Balanced Scorecard pode ser muito útil. Em outras palavras, ele pode ser “importante ferramenta gerencial utilizada com o propósito de orientar a ação administrativa para os fins estratégicos da organização, permitindo a quantificação do desempenho e seu cotejo com os objetivos visados”.

Bergue acentua a integração entre as funções administrativas proporcionada pelo método em questão:

Pode-se afirmar que o BSC caracteriza-se como modelo de gestão estratégica que opera, sob a perspectiva conceitual, com especial ênfase sobre as funções planejamento e controle que, operando em um ciclo virtuoso alimentam a função direção. No ciclo administrativo, e não poderia

²⁵⁰ KAPLAN, Robert S.; NORTON, David P. *Organização orientada para a estratégia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. apud BERGUE, Gestão...

²⁵¹ Ibidem.

²⁵² Ibidem.

ser diferente em um modelo de gestão pautado na estratégia organizacional, o controle constitui fator crítico para o planejamento. Tomadas essas funções gerenciais como processos, tem-se que os produtos das ações de controle são insumos essenciais do processo de planejamento, pois as informações advindas das medidas e do acompanhamento de desempenho deverão indicar eventual necessidade de ação corretiva por parte da administração.

A ação corretiva de desvios, retroalimentando o sistema, levaria à correção do plano, adequando-o ao ambiente e aos objetivos, por exemplo.

Para ser utilizado no setor público, na administração direta inclusive, o Balanced Scorecard partiria das seguintes premissas:

- a) o foco do esforço deve estar nos conceitos de planejamento, de controle e de estratégia;
- b) observar as diretrizes institucionais existentes (crítica e adaptação) e as interações entre as ações;
- c) as dimensões gerenciais propostas no BSC tradicional devem ser tomadas como uma orientação básica para a composição de um modelo (também geral) para a administração pública, incorporando os devidos desdobramentos e transformações das dimensões estratégicas originais; e
- d) cada organização deve transformar o modelo e traduzi-lo em sistemas corporativos aderentes à sua realidade e necessidades gerenciais.

Bergue²⁵³ evidencia que, em relação à dimensão humana das relações públicas, devem ser revistos paradigmas sobretudo no que pertine ao gasto. “É imperativo que se avance, para uma abordagem de análise que contemple a produtividade das pessoas, a fim de que se torne possível remunerar devidamente o agente, assim como à Administração seja permitido a tomada de atitudes que reorientem o gasto público, e, por fim, legitimem a ação estatal, em última instância, os gastos e seu financiamento pela via da tributação.”

Para se apresentar o PDCA, adotou-se o entendimento de Falconi²⁵⁴, cabendo a ressalva de que, quando do exame do caso, ficará mais clara a utilidade e a forma desse método.

Antes de avançar, mister alcançar informações preliminares.

²⁵³ BERGUE, Gestão...

²⁵⁴ CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC: controle da qualidade total* (no estilo japonês). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Fundação Christiano Ottoni, 1992.

Falconi²⁵⁵ inicia explicando que “sempre que algo ocorre (efeito, fim, resultado) existe um conjunto de causas(meios) que poderiam ter influenciado”. Ele prega que há de se distinguir as causas dos efeitos e que uma forma de fazer isso é se utilizando o “diagrama de Ishikawa”, também chamado de “diagrama de causa e efeito” ou de “diagrama espinha de peixe”.

O processo, que é um conjunto de causas, necessitaria ser controlado. Portanto, “o controle de processo é a essência do gerenciamento em todos os níveis”. O processo, em verdade, é gerenciado por intermédio de seus itens de controle que medem a qualidade, o custo, a entrega, a moral e a segurança dos seus efeitos. Esses itens de controle, então, seriam “índices numéricos estabelecidos sobre os efeitos de cada processo para medir a qualidade total.”

O controle do processo seria exercido por meio do Ciclo PDCA.

O Ciclo PDCA de controle é composto por quatro fases : o planejamento, a execução, a verificação e ação corretiva. Dessa estrutura decorre a sua denominação *Plan, Do, Check, Act* (PDCA).

O ciclo PDCA “pode ser utilizado para manter e melhorar as ‘diretrizes de controle’ de um processo.” Quando o objetivo é melhorar o processo, deve haver o estabelecimento de uma meta e de um método, “que compreende aqueles procedimentos próprios necessários para se atingir a meta.”

Importante destacar que todos, ou seja, “diretores, gerentes, técnicos e operadores”, utilizam o PDCA, independentemente de o objetivo ser a manutenção ou a melhoria supraditas. Ademais, visando ao gerenciamento participativo, todos devem conhecer e participar do PDCA.

²⁵⁵ Ibidem.

O PDCA para melhorias (QC Story), tido por Falconi²⁵⁶ como o método mais importante dentro do TQC (Total Quality Control), “deveria ser dominado por todas as pessoas da empresa, do Presidente aos operadores”.

A melhoria dos resultados ou a solução dos problemas, “já que problema é ‘resultado indesejável’, “deve ser feita de forma metódica e com a participação de todos” uma vez que integram o próprio método de controle.

O caso apresentado no capítulo seguinte é o de um ciclo PDCA para melhorias, o que, por certo, tornará mais claro o que aqui se disse.

²⁵⁶ CAMPOS, *TQC...*

7 O CASO DE UMA INSTITUIÇÃO DE COBRANÇA JUDICIAL

7.1 A Instituição

A Administração Pública, em virtude da normatividade do dever de eficiência e também por força da realidade, deve primar pela utilização adequada dos meios disponíveis, bem como pelo atingimento de resultados positivos, isto é, de fins de interesse público. Por via de consequência, ela deve qualificar seus serviços, programas, políticas e projetos.

Diante disso, é cabível nos objetivos desse trabalho a demonstração da aplicabilidade da eficiência mediante o cenário da apresentação de um caso. Sublinha-se que, embora, na conclusão desse estudo, apresentem-se algumas sugestões atinentes à organização de um serviço de prestação de serviço jurídico, apenas se dirá como deveria se iniciar a busca pela excelência dos serviços sem a pretensão de se deduzir solução que sirva para todos os casos concretos.

O cenário de apresentação do caso é de uma instituição da Administração Pública responsável pela arrecadação, por meio de atuação judicial, da dívida ativa de um Estado-membro da União, aqui denominado de **X**. Essa instituição, chamada **Z**, possui 20 (vinte) sedes nas quais são realizadas as mesmas tarefas²⁵⁷. Nessa empreitada, afigurou-se mais elucidativa e produtiva para os limites desse estudo, a apresentação de dados concernentes a um grupo de **Z**, o grupo 4 – **G4** (com 5 órgãos) que tem a incumbência de recuperar a maior parte da dívida ativa de **X**, aqui denominada de estoque.

O problema a ser enfrentado, com a limitação estabelecida acima, é a pouca eficiência dos órgãos da instituição **Z**, que redundam em uma baixa arrecadação de **X**.

O objetivo é demonstrar a aplicabilidade do princípio da eficiência em uma ação da Administração Pública. Portanto, inicialmente, utilizar-se-á o **PDCA** – *Plan, Do, Check, Act*, buscando-se aferir, em teor abrangente em **Z** e em específico em **G4**; a eficiência como

²⁵⁷ A análise do estudo de caso aqui apresentado baseia-se em iniciativa empreendida pela instituição **Z**, que visa a melhorar a eficiência em relação às cobranças judiciais por ela conduzidas. Todos os levantamentos de dados (e processamento dos mesmos) foram feitos por uma equipe de trabalho da Instituição **Z**.

integrantes de um sistema de cobrança tributária e não tributária no âmbito judicial, bem como verificar a possibilidade de, somente com a tomada de determinadas medidas e o estabelecimento de metas, haver ou não a ampliação do percentual do estoque de dívida ativa que efetivamente é recuperado por meio de execuções judiciais.

Como parte da delimitação deste estudo, a distinção das espécies de crédito que compõem o estoque não será utilizada como relevante para os propósitos aqui apresentados, porém se esclarece que seriam eles os pertinentes a um Estado-membro da Federação e que já estariam todos judicializados, ou seja, em cobrança judicial.

Em delimitando as ações deste estudo, uma vez que existem 20 (vinte) órgãos em **Z** realizando semelhantes tarefas, com o fim estabelecer *benchmarking* interno, isto é, parâmetros internos de comparação, descreve-se que esses foram divididos em quatro grupos compostos por cinco órgãos cada um. Os grupos supracitados (**G1**, **G2**, **G3** e **G4**) foram distribuídos adotando-se como critérios de seleção a arrecadação anual em valores nominais, o valor do estoque no último dia do ano anterior deveria cobrar e o PIB da região de atuação do órgão no ano em consideração. Atribuiu-se a cada um dos itens supracitados os seguintes pesos, respectivamente: 2, 2 e 6 (Tab.1).

Tabela 1 - Pesos Atribuídos

ARRECADAÇÃO	2
ESTOQUE	2
PIB	6

Fonte: X

Para que seja mais proveitoso o caso, começou-se analisando a instituição **Z** e se passou a uma mais minuciosa análise, restringindo-a ao grupo de **Z** encarregado da recuperação de valor mais significativo, o grupo **G4**.

Dessarte, de forma mais detalhada, será efetuada a análise do grupo composto por quatro órgãos, denominados de **A**, **B**, **C**, **D** e **E**.

Como já foi dito outrora, a Emenda Constitucional nº19/98, aponta o planejamento e a avaliação como caminhos a serem percorridos para se alcançar a eficiência. O planejamento

estratégico referido anteriormente, inserido no gerenciamento e em consonância com as demais funções administrativas, poderá conduzir ao êxito como demonstra a figura 7.1.

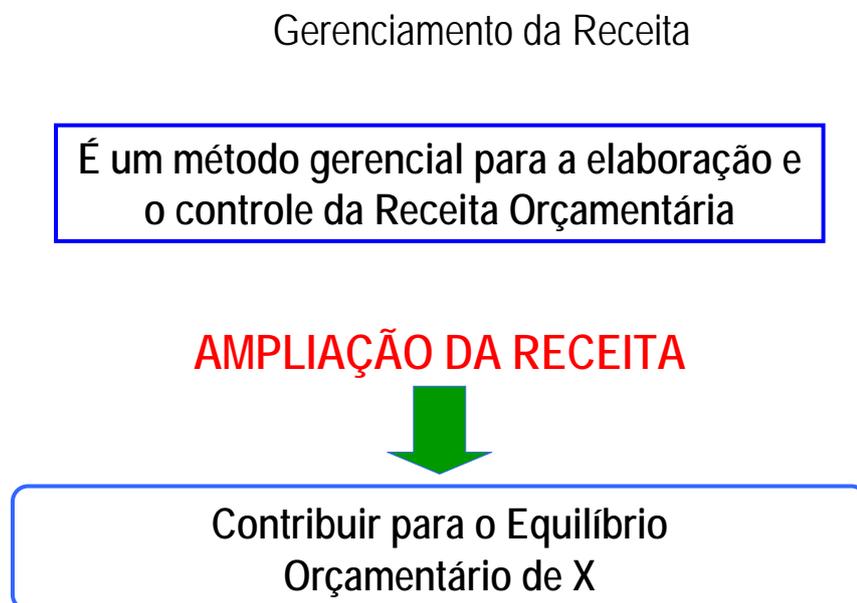


Figura 1 – Gerenciamento da Receita

Fonte: X

O êxito, como desde o início do trabalho se vem apontando, não é a mera ampliação da receita da Administração. A satisfação do interesse público reside na ampliação da receita e no seu emprego adequado. Não basta, por conseguinte, que se alcance a eficiência alocativa. Mister que haja a eficiência também no empregar os recursos públicos.

Por outro lado, lembre-se aqui que a satisfação de muitos direitos é inviabilizada pela falta de capacidade de o Estado realizar prestações. Assim sendo, a eficiência pertinente à arrecadação, à alocação e à execução orçamentária é a matriz das atuações eficientes em outras áreas.

Dado que o problema é a receita ser tida como insuficiente para o enfrentamento das obrigações institucionais de X, unidade da Federação, o PDCA deve ser utilizado com o fim de melhora da recuperação dos créditos relativos aos impostos de competência de X.

O método gerencial para a elaboração e controle da Receita Orçamentária, permitindo a ampliação da receita, conduzirá ao equilíbrio orçamentário de X.

Deve-se ter presente que problemas são efeitos indesejáveis da ação. Assim, o gerenciamento do orçamento estatal exige o enfrentamento do problema já referido de recuperação insuficiente de créditos.

Para que isso ocorra, devem ser estabelecidas e perseguidas metas de desempenho (Figura 2).

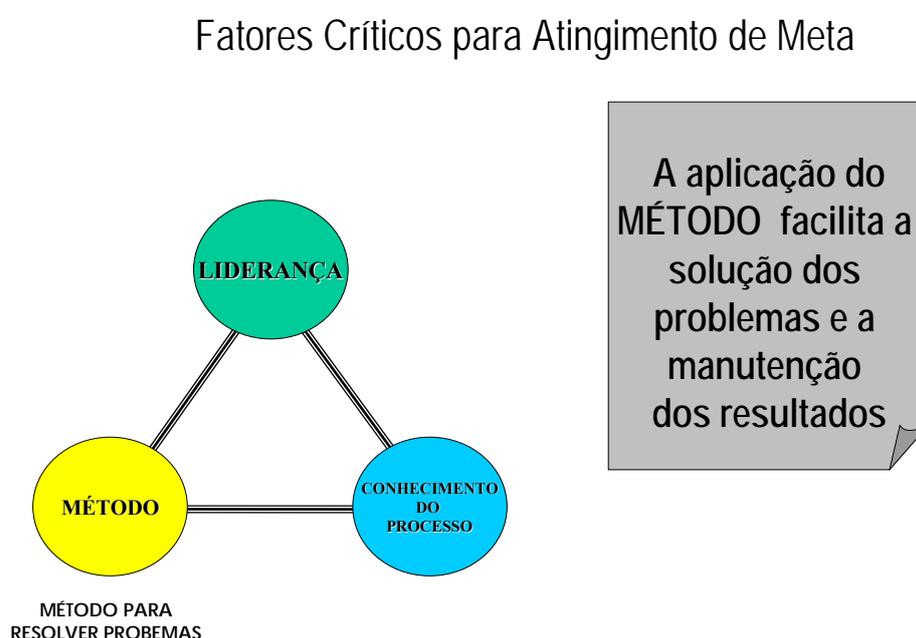


Figura 2 - Fatores Críticos para Atingimento de Meta

Fonte: X

O PDCA permite; como método que é, o ataque organizado ao problema, bem como, atingidas as metas, que sejam mantidos os bons resultados (figura 3). Em se tratando de um PDCA para se alcançar melhoria na recuperação dos créditos públicos já judicializados, seguindo-se o método, há de se realizar as quatro fases do controle de processo que dão nome ao ciclo PDCA. Assim sendo, realizar-se-á o planejamento (plan), a execução (do), a verificação (check) e o controle (control).

O sucesso na aplicação do método depende do tipo de liderança a ser exercida. Na medida em que se procura um gerenciamento participativo, embora a responsabilidade pela

implantação caiba aos dirigentes, o comprometimento e a colaboração de todos os integrantes deve ser buscado e mantido em todas as circunstâncias.

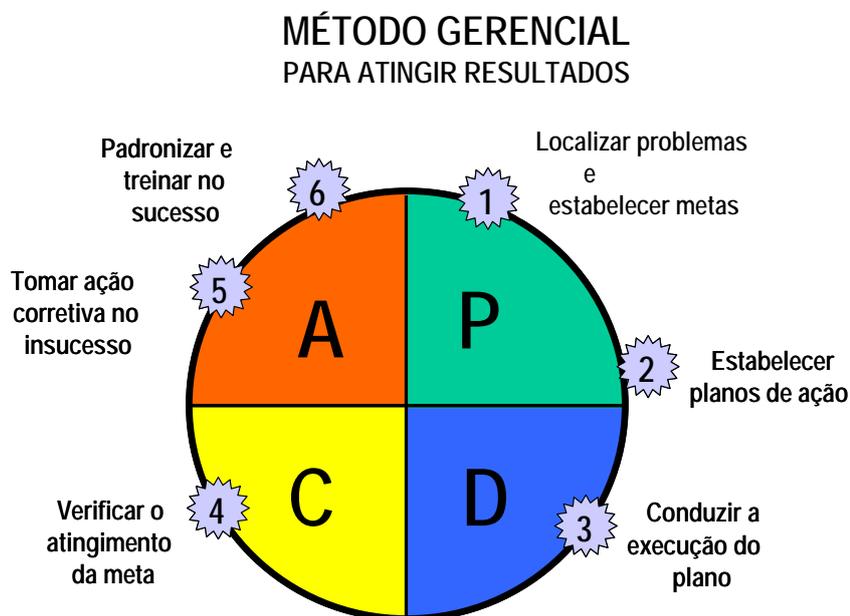


Figura 3 - Método Gerencial para Atingir Resultados

Fonte: X

7.2 PROBLEMA: Identificação do problema

Se forem atacados os problemas sem método, serão gerados riscos como o desconhecimento da causa fundamental dos problemas, o que, redundará no agir dirigido aos efeitos e na falta de priorização das ações. Em decorrência disso, haverá um desperdício de recursos financeiros e de tempo, bem como um desgaste dos componentes do grupo de trabalho. Se isso não bastasse, os resultados positivos eventualmente atingidos não poderiam ser mantidos por causa da atuação assistemática (figura 4).

Gerenciamento para Melhorar

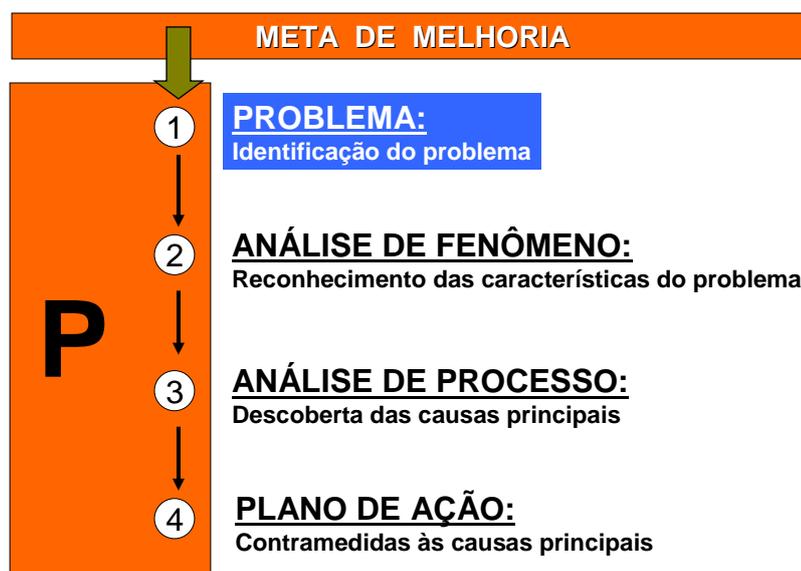


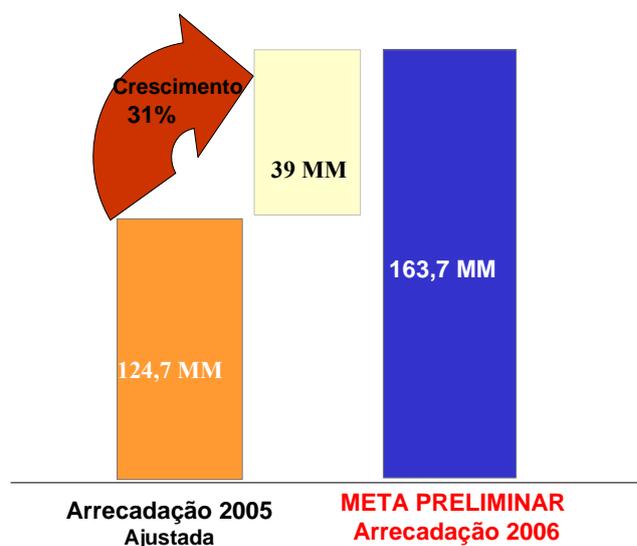
Figura 4 - Gerenciamento para melhorar

Fonte: X

Na fase do planejamento, deverá ser identificado o problema, que no caso, é o baixo índice de recuperação dos créditos pertinentes à dívida ativa de uma unidade da Federação (figura 5). Com essa identificação, devem ser estabelecidas metas de desempenho, bem como plano de ação que conduza ao atingimento dessas metas.

A descrição da identificação do problema deste estudo com a particularidade da instituição, chamada Z, que possui 20 (vinte) sedes; pode ser vista na figura 5 abaixo, que contempla a arrecadação de 2005 e a meta preliminar de 2006.

1 – Identificação do Problema



Fonte: X

Figura 5 - Identificação do Problema

O agir e as circunstâncias da atuação de Z conduziram, no ano anterior, abatida a receita auferida em virtude da existência de um programa de recuperação fiscal (PRF) que implica incentivo ao pagamento espontâneo, à uma receita de aproximadamente R\$ 124.000.000,00. Esse valor é tido como baixo em relação ao estoque, que, em 31.12.2005, representava R\$ 12.808.603.188,46 , representado na Tabela 2 abaixo.

Tabela 2 - Valores de arrecadação

Instituição Z	Arrecadação 2005 ajustada	Estoque 2005	Eficiência
Total	124.697.119,70	12.808.603.188,46	1,2%

Fonte: X

Nesse momento, é que se deve verificar a eficiência institucional e setorial. Ela é auferida dividindo-se o estoque, com o abatimento supracitado, no último dia do ano anterior, pelo valor arrecadado por Z e por cada órgão que o integra. Logo, pode-se concluir que a eficiência de Z é 1,2% e do grupo encarregado de recuperar a maior fatia do estoque também é de 1,2%.

Segue a fase da execução, que consiste na condução da execução do plano de ação, para um eventual fechamento de Z descrito na tabela 3.

Tabela 3 - Fechamento Z

Fechamento Z

Portanto, de acordo com as metas preliminares por grupos, é proposta uma melhoria de 31% em relação à arrecadação de 2005 ajustada para Z, o que significa uma arrecadação para 2006 de R\$ 163 MM.

Z- Grupos	Arrecadação	Lacuna	Meta 2006	Aumento %
Grupo 1	5.633.727,04	7.124.818,80	12.758.545,84	126,47%
Grupo 2	14.111.365,75	7.248.534,48	21.359.900,23	51,37%
Grupo 3	26.057.563,27	3.014.867,82	29.072.431,09	11,57%
Grupo 4	78.894.463,64	21.671.056,02	100.565.519,66	27,47%
TOTAL	124.697.119,70	39.059.277,11	163.756.396,81	31,32%

Fonte: X

7.3 ANÁLISE DE FENÔMENO: Reconhecimento das características do problema

O próximo passo a ser tratado será a Análise do fenômeno, com o reconhecimento das características do problema (figura 6); onde alguns itens deverão ser apreciados como:

- Levantamento de informações sobre a meta (o Problema);
- Estratificação de características;
- Foco no problema com o uso de ferramentas como: Pareto, Diagrama de Árvore, etc

Gerenciamento para Melhorar

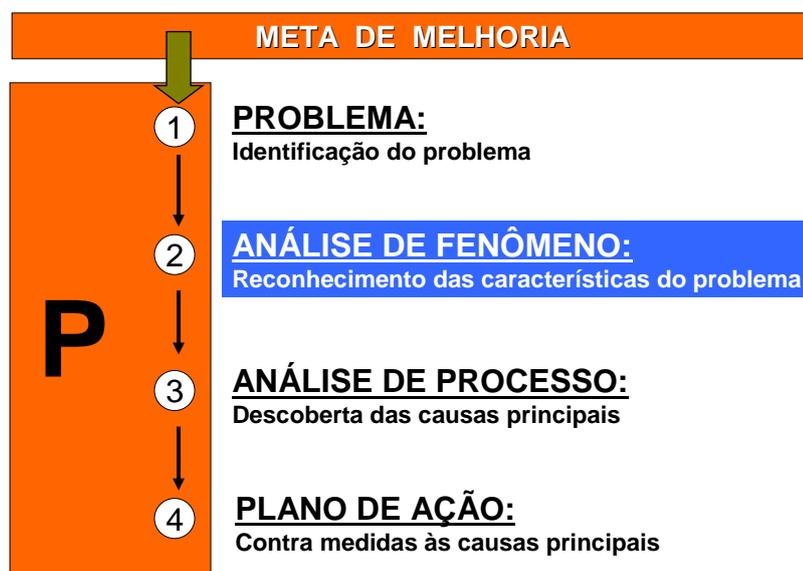


Figura 6 - Gerenciamento para melhorar - análise

Fonte: X

Identificado o problema e suas características (análise do fenômeno), devem ser descobertas as suas causas (análise de processo) neste caso a análise da eficiência da dívida ativa, estabelecido na figura 7 abaixo.

Análise da Eficiência da Dívida Ativa

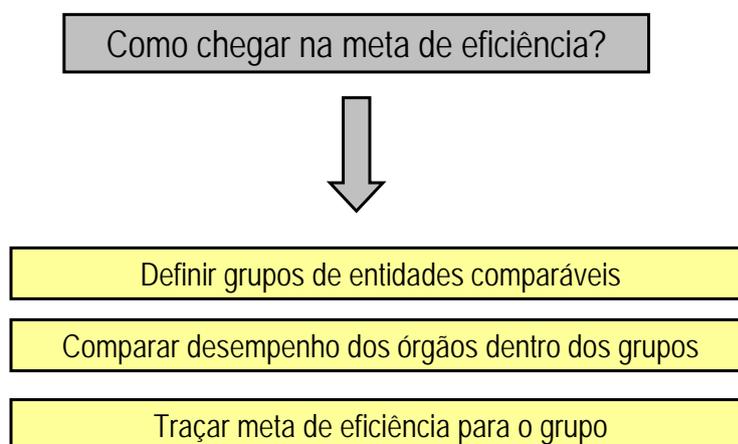


Figura 7 - Análise da Eficiência da Dívida Ativa

Fonte: X

Definido o grupo, denominado de **G4**, aferiu-se a eficiência anual de cada elemento (figura 8). Para tanto, nessa etapa e na que se definiu o grupo **G4**, do valor da arrecadação foram expurgados valores não diretamente vinculados aos esforços e à estrutura dos órgãos sob análise, tais como valores arrecadados por força de programas de recuperação fiscal, anistias e parcelamentos não decorrentes de concessão do órgão. Acresce-se que foram considerados os parcelamentos concedidos pelos órgãos, por força de negociação ou de atendimento de pedido do devedor com esteio em normas dos órgãos.

Definição dos Grupos

Os parâmetros utilizados para agrupamento dos G's comparáveis foram *Arrecadação*, *Estoque e PIB*. Diante destes critérios e pesos os agrupamentos ficaram da seguinte forma:



Figura 8 - Definição dos grupos

Fonte: X

Retomando-se, informa-se que a eficiência de cada órgão foi obtida com a divisão dos valores arrecadados no ano anterior, com as observações feitas acima, pelo estoque no último dia do ano mencionado. Por óbvio, foram considerados os mesmos períodos e datas. Assim, a eficiência anual corresponderia à porcentagem do estoque que o órgão conseguia recuperar.

Composto o grupo **G4** e definidas as eficiências anuais de seus integrantes (figura 9), já foi possível estabelecer comparações, a eficiência anual média grupal, bem como estabelecer meta anual preliminar. As eficiências aferidas foram as seguintes:

Grupo 4

Proposta Indicador Eficiência: Média Geral :1,2%

Para Órgãos > Média Geral Meta é manter a média atual

Para Órgãos < Média Geral Meta é atingir a média geral

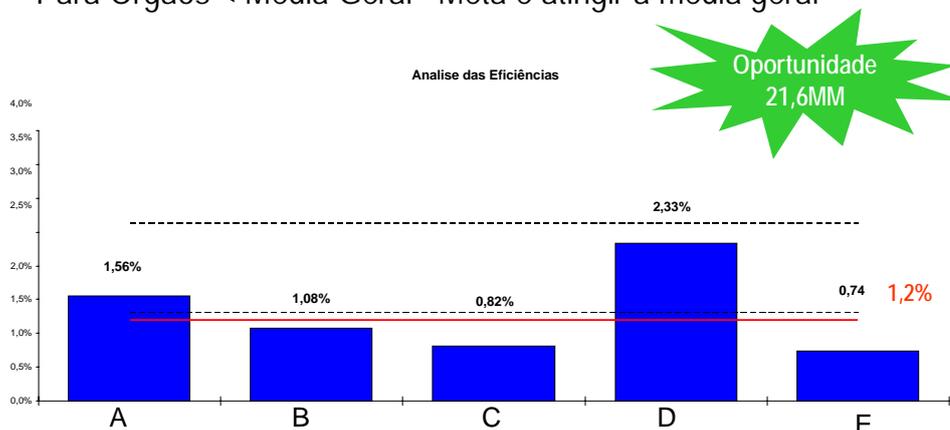


Figura 9 - Grupo 4

Fonte: X

A média de eficiência anual grupal foi obtida somando-se as eficiências anuais e se dividindo o resultado pelo número de integrantes de G4, ou seja, por cinco (5), chegando-se a 1,2% do estoque do último dia do ano anterior à análise.

Tabela 4 - Metas Preliminares

Grupo 4 – Metas Preliminares

Grupo 4			
G4- ÓRGÃOS	Arrecadação	Estoque	Eficiência
A	22.832.562,24	1.464.497.056,68	1,56%
B	9.798.296,73	910.965.579,44	1,08%
C	11.292.984,87	1.384.401.735,98	0,82%
D	10.851.216,27	465.331.642,02	2,33%
E	24.119.403,53	3.278.111.113,55	0,74%
TOTAL	78.894.463,64	7.503.307.127,67	

Grupo 4	Proposta		
G4- ÓRGÃOS	Meta Eficiência	Meta	Lacuna
A	1,56%	22.832.562,24	-
B	1,20%	10.931.586,95	1.133.290,22
C	1,20%	16.612.820,83	5.319.835,96
D	2,33%	10.851.216,27	-
E	1,20%	39.337.333,36	15.217.929,83
TOTAL		100.565.519,66	21.671.056,02

Fonte: X

A média de eficiência anual de A foi de 1,56%, a de B foi 1,08%, a de C foi 0,82%, a de D foi 2,33% e a de E foi de 0,74%. Portanto, A e D ao atingirem, respectivamente, 1,56% e 2,33% ficaram acima da média e B, C e E, ao obterem, respectivamente, 1,08%, 0,82% e 0,74% ficaram abaixo da média. A partir desse dado, pode-se chegar às lacunas, ou seja, o quanto se deixou potencialmente de recuperar no ano anterior.

Para se definir as lacunas verifica-se que porcentagem da arrecadação corresponde à diferença entre a média de recuperação do grupo e a média de recuperação de cada órgão. Posteriormente, converte-se essa porcentagem em valores numéricos, verificando-se a quanto do valor arrecadado correspondem.

Na primeira fase dessa operação, subtrai-se a média de eficiência anual do órgão da média de eficiência anual do grupo (1,2%), caso aquela seja inferior a essa. A diferença obtida é a porcentagem do estoque que a unidade deveria ter recuperado, denomina-se de lacuna. No caso, a lacuna de B seria de 0,22% , a de C seria de 0,38 % e a de E seria de 0,46% .

Na segunda fase da operação, deve-se aferir quanto às porcentagens supraditas representam do total recuperado, ou seja, de R\$ 78.894.463,64. Assim, a lacuna do G4 corresponde a R\$ 21.671.056,02, sendo que a de B seria de R\$1.113.290,22, a de C seria de R\$ 5.319.835,96 e a de E seria de R\$ 15.217.929,83 (Tabela 7.4).

Partindo-se da premissa de que aqueles que obtiveram resultados superiores à média podem manter seus níveis e que os que não a atingiram, empregando-se o método PDCA, podem melhorar seus desempenhos, pode-se estimar qual o ganho de eficiência provável para o grupo e para cada órgão.

Duas questões merecem esclarecimento: trabalhando-se com porcentagem, pode-se estabelecer controle da eficiência setorial ou geral quando variar o estoque e as unidades que tiverem desempenho superior à média de eficiência grupal não tendo lacunas, não serão alvo de cálculo de seus ganhos de eficiência, pois o parâmetro utilizado (*benchmarking*) é interno.

Uma vez que o total não recuperado corresponde ao montante de R\$ 21.671.056,02 que o total recuperado foi de R\$ 78.894.463,64. Resta possível e necessário estabelecer as

metas de ganho de eficiência em porcentagem e em valores nominais iniciais para cada órgão e para o grupo G4.

A meta de eficiência corresponde a 27,47% e, em valores nominais, seria o resultado do total arrecadado pelo G4 no ano anterior mais o que não se arrecadou, ou seja, a R\$ 100.565.519,66 (R\$ 78.894.463,64+ R\$ 21.671.056,02).

Assim, pode-se estabelecer uma meta anual em valores nominais e em porcentagem, a primeira, mantida a segunda, variará conforme variar o estoque durante o correr do ano.

7.4 ANÁLISE DE PROCESSO: Descoberta das causas principais

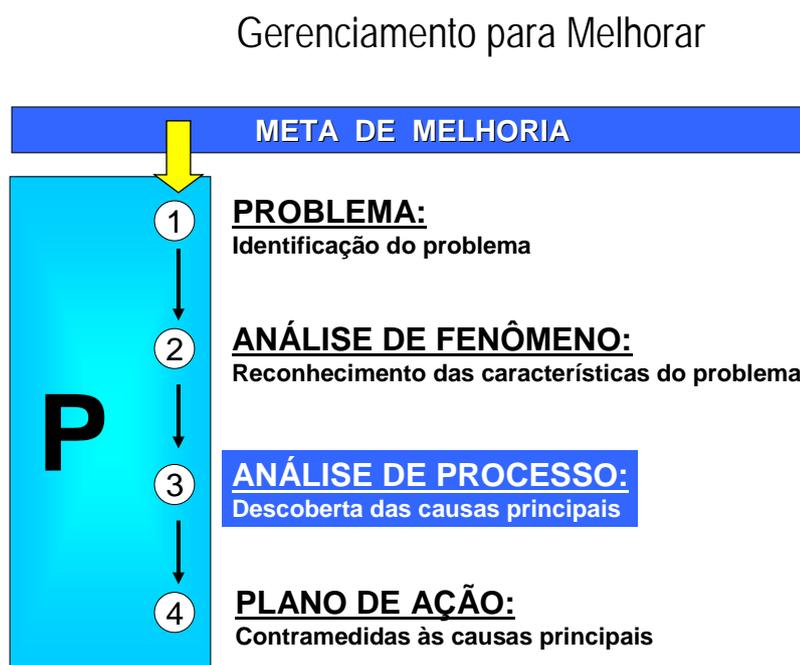


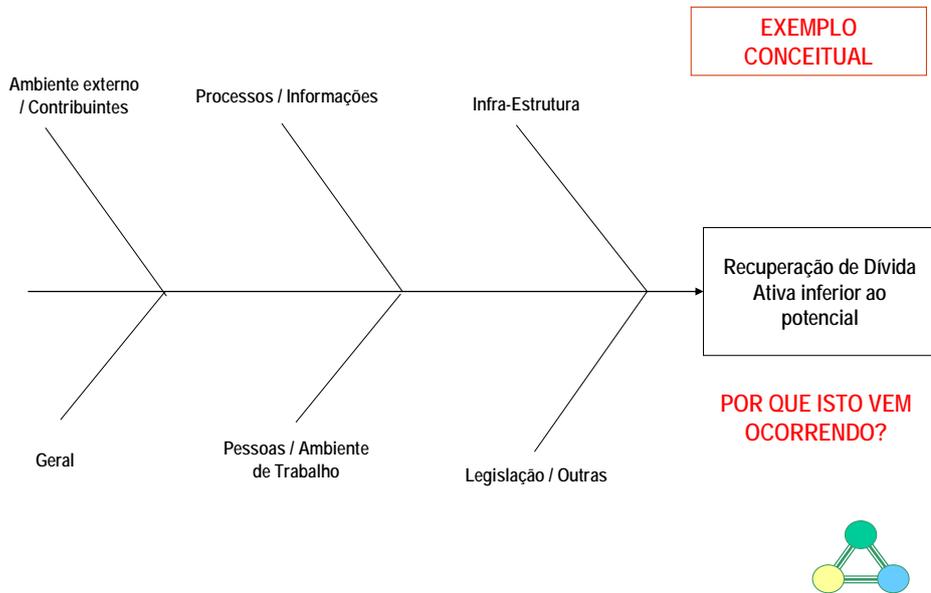
Figura 10 – Gerenciamento para melhorar

Fonte: X

A análise do processo com a posterior descoberta das causas principais é levada a efeito por meio do levantamento das causas do problema (focado), ou seja, por meio de *brainstorming* realizado por pessoas da unidade, ou seja, a definição das causas que mais influenciam o resultado (por intermédio de dados colhidos, fatos registrados, experiências,

etc.) é efetuada com a utilização das ferramentas *Brainstorming* e Diagrama de Causa e Efeito. Na figura 11, temos a demonstração de um modelo conceitual do problema.

3 - Análise do Processo



Fonte X

Figura 11 - Análise do Processo

7.5 PLANO DE AÇÃO: Contramedidas às causas principais

Gerenciamento para Melhorar

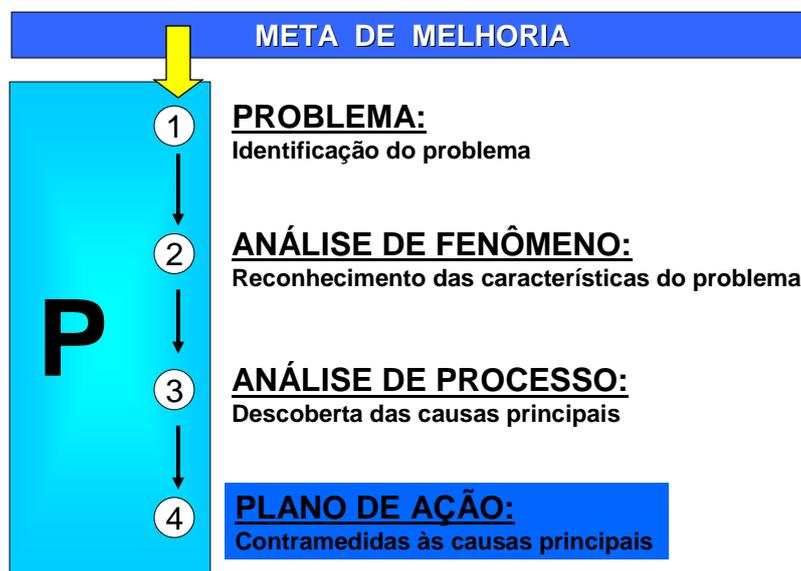


Figura 12 – Gerenciamento para melhorar

Fonte: X

Identificado o problema principal, bem como suas causas, deve-se constituir um plano de ação, ou seja, um conjunto de metas tendentes ao alcance das metas. O plano de ação abordará o estabelecimento de medidas que ataquem as causas principais do problema. Frise-se que a análise do problema consiste na distinção das causas, destacando-se a principal. Para tal tarefa usa-se o “diagrama de causa e efeito”, também chamado de “diagrama espinha de peixe” ou de “*diagrama de Ishikawa*”. Neste estudo em particular, o plano de ação está acompanhado da sugestão de Execução e posterior exemplo conceitual de verificação e ação corretiva.

Planos de Ação e Execução

- Conjunto de contramedidas objetivas e suficientes para garantir o alcance dos resultados
- Elaborado a partir das causas levantadas na análise de processo
- Para cada META deve existir um PLANO DE AÇÃO E EXECUÇÃO



Figura 13 – Planos de ação e execução

Fonte: X

Já, no momento da verificação, deve-se checar se o plano de ação foi cumprido e se isso conduziu ao atingimento das metas pré-traçadas. Não tendo ocorrido isso, deve-se registrar as causas do desvio. Pode, nessa fase, ocorrer a adequação das metas, mas, na maioria das vezes, será estabelecida ação corretiva. Em outras palavras, identificadas as causas do inêxito, é preenchido o relatório de desvio e são tomadas medidas que conduzam à possibilidade de se atingir as metas.

Atingidas as metas, é de se padronizar as condutas realizadas, permitindo-se a manutenção do bom desempenho.

6- Verificação

- Verificar os resultados financeiros alcançados;



- Acompanhar a execução das ações do plano;



- Verificar o comportamento dos 'Indicadores'.



- Análise das metas propostas



Figura 14 - Verificação

Fonte: X

Assim, constatado o não-atingimento ou o atingimento das metas e destacadas as causas disso, dever-se-á empregar medidas corretivas e se efetuar treinamento para agir corretivamente e se manterá o bem sucedido agir como sugerem os diagramas abaixo:

Agir Corretivamente

Se a meta acumulada do projeto for **ALCANÇADA:**

- Padronizar as ações executadas;

Se a meta acumulada do projeto **NÃO for **ALCANÇADA**:**

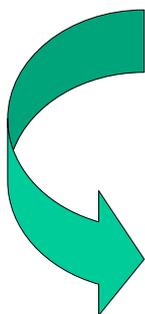
- Fazer análise do problema;
- Preencher '**Relatório de Análise de Desvio**';

Agir Corretivamente

1 - PROBLEMA

PR 1: Dívida Ativa

**Resultado abaixo da
META:
- R\$?000.000**



Como analisar os resultados negativos encontrados na matriz e elaborar o relatório de análise de desvios?

AGIR CORRETIVAMENTE

2 - ANÁLISE DO FENÔMENO

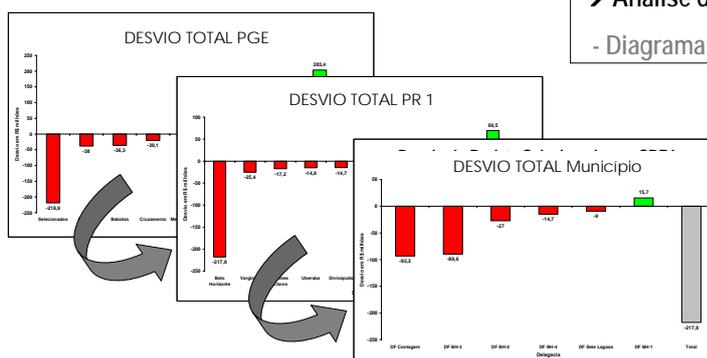
Conhecido o problema (arrecadação abaixo da meta), é necessário entender bem qual é o seu comportamento.

Para focar os esforços, é fundamental estratificar o máximo possível: ONDE e QUANDO o problema acontece com mais intensidade?

Ferramentas:

→ Análise de Pareto

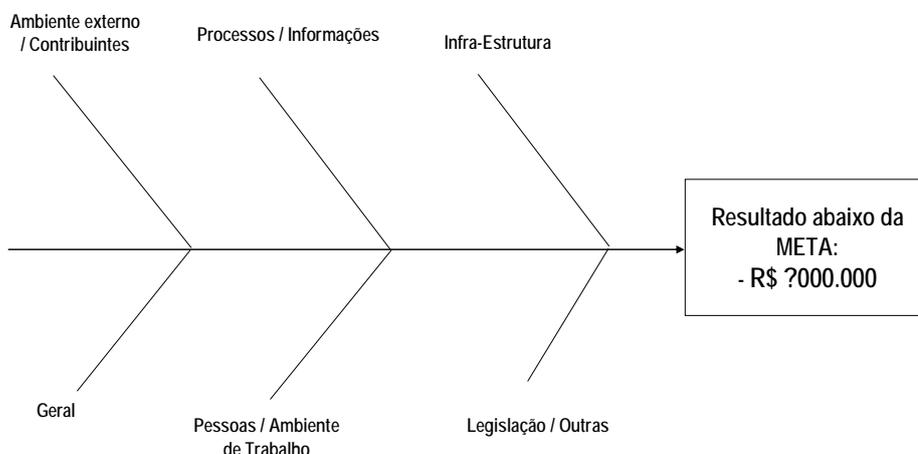
- Diagrama de Árvore



AGIR CORRETIVAMENTE

3 - ANÁLISE DAS CAUSAS

QUAIS SÃO AS CAUSAS QUE IMPEDIRAM O ALCANCE DA META?



Após o levantamento das causas, as mesmas devem ser priorizadas com base no processo de observação e na experiência do grupo.

Figura 15 – Agir corretivamente

Fonte: X

7.6 Considerações Finais

O estudo de caso possibilitou avaliar como pode ser o impacto da sistematização de atividades com vistas a aumentar a eficiência em uma instituição de cobrança judicial. A simples introdução da sistematização já produz, por si só, melhorias e um maior alinhamento de esforços no sentido de ampliar a produtividade da instituição.

O estabelecimento de metas claras e bem definidas introduz na instituição o senso da necessidade de atingir as referidas metas.

O exercício em questão foi um primeiro esforço que precisa ser aperfeiçoado para que efetivamente venha a produzir os efeitos esperados. A utilização de ferramentas como DEA ou *Balanced Scorecard*, entre outros, poderá vir a produzir melhores resultados para a instituição.

8. CONCLUSÕES

A presente dissertação teve como objetivos identificar como a doutrina jurídica pátria pode contribuir para o alcance da eficiência na Administração Pública e como tal instituto pode contribuir para que as atuações administrativas conduzam ao alcance dos objetivos fundamentais da República.

A eficiência foi conceituada segundo as doutrinas econômica, jurídica estrangeira e nacional. Procurou-se diferenciar a eficiência dos institutos com os quais é mais freqüentemente confundida.

Foram também apresentados os fundamentos do dever de eficiência, ou seja, o Estado Democrático de Direito, a legalidade, a dignidade humana, a justiça, a celeridade, a igualdade, a moralidade administrativa e o interesse público.

Como forma de avaliar a aplicabilidade do dever de eficiência, foram analisadas a participação popular, a atuação administrativa impessoal, a improbidade administrativa e a eficácia do princípio em comento.

Foi identificado que a eficiência pertine aos atos realizados sob a competência vinculada e sob a competência discricionária. Especial atenção foi dada à discricionariedade administrativa. Foi examinado o cumprimento do dever de eficiência, considerando-o como gerador de uma maior utilização da discricionariedade e, ao mesmo passo, como limitador do seu emprego.

Procurou-se estabelecer os cenários nos quais foi dada ênfase à eficiência. A análise levou em conta simultaneamente a ciência da Administração e a Jurídica. Com esteio na ciência Econômica e em atenção à operacionalidade, foram tratadas as fases para a constituição de uma atuação administrativa eficiente, tendo sido apresentados alguns métodos de avaliação de desempenho utilizados tanto na iniciativa privada quanto no setor público. Foi construído um ciclo completo do PDCA – *plan, do, check, act* relativo à recuperação de créditos tributários e não tributários por meio da atuação de uma instituição pública encarregada da cobrança judicial.

O conceito de eficiência inclui também fazer mais e melhor com os recursos disponíveis, que são escassos em função da restrição fiscal e do desperdício no âmbito do Estado; eficiência é basicamente um princípio republicano que busca maximizar os recursos do Estado em benefício dos cidadãos. Deve estar balizada em informações confiáveis que permitam comparar custos, gastos e benefícios, o que leva a evitar a realização de cortes lineares de despesas, que podem significar, normalmente, o aumento do custo relativo e a ineficácia.

Entre as principais conclusões do trabalho pode-se elencar que os fins e os fundamentos da atuação administrativa devem ser definidos pelo Direito e a Economia deve ser um instrumento que aponte para um conjunto de alternativas que levem a um menor ou a um melhor gasto de recursos, bem como a um maior alcance de fins com ou sem a ampliação de recursos.

Eficiência, no sentido comum, conjuga otimização dos meios e consecução dos fins e, no sentido científico, significa utilização racional dos meios; no primeiro e mais ampliado sentido foi empregado no texto constitucional.

Objetivo desta dissertação, frisa-se, foi demonstrar como a eficiência, diante de uma disposição constitucional, poderá ter efetividade no Brasil se as previsões infraconstitucionais, as manifestações doutrinárias e judiciais brasileiras voltarem-se para a persecução dos objetivos fundamentais da República. Uma conclusão importante é que falta-nos maior discussão sobre a inserção do dever de eficiência como critério de atuação administrativa.

O Estado Democrático de Direito é o cenário no qual a eficiência se deve apresentar com a força imprescindível para que sejam alcançados os fins últimos estatais.

Procurou-se demonstrar que a eficiência no campo da arrecadação tributária, embora possa não conduzir à sempre mencionada redução da carga tributária, deverá ser perseguida. Isso em virtude de as prestações estatais estarem vinculadas à sua capacidade financeira de fazer frente às exigências.

Nesse quadro, a eficiência, no ramo supradito, foi deduzida como a matriz das que devem ser implementadas em outras áreas. Isso porque não basta se atingir a eficiência na

arrecadação e na alocação dos recursos públicos se não for atingida a eficiência no gasto público.

No que se refere à legalidade, foi importante o estabelecimento de discussão sobre duas questões importantes para o alcance da eficiência: uma referente ao combate à corrupção, que é antieconômica na medida em que não são recuperados todos os recursos desviados e em que a impunidade ou a punição inadequada, bem como a ineficiência na fiscalização geram estímulos à prática de atos danosos ao Erário, diminuindo os já escassos recursos disponíveis; a outra referente ao cometimento de atos ímprobos perpetrados quando da realização de atuação ineficiente.

Em diversos momentos da história brasileira e sob diferentes enfoques, a eficiência já se fez presente. Já a Constituição de 1937 contemplava tal instituto, muito embora se possa constatar que, mesmo tendo-se como objetivo uma Administração Pública eficiente, até o momento, não se alcançou êxito.

Ao contrário do que possa ocorrer em países desenvolvidos, nos países em desenvolvimento, a eficiência não é neutra. Como regra geral, pode-se afirmar que maior eficiência, particularmente no setor público, significa maior redistribuição de renda.

O estudo de caso possibilitou avaliar como pode ser o impacto da sistematização de atividades com vistas a aumentar a eficiência em uma instituição pública encarregada de efetuar a cobrança judicial. A simples introdução dessa sistematização já produz, por si só, melhorias e um maior alinhamento de esforços no sentido de ampliar a produtividade institucional.

O estabelecimento de metas claras e bem definidas introduz no ente o senso da necessidade de atingir as referidas metas.

O exercício, ou seja, a utilização do PDCA na instituição X, foi um primeiro esforço que precisa ser aperfeiçoado para que efetivamente venha a produzir os efeitos esperados. A utilização de ferramentas como DEA ou *Balanced Scorecard*, entre outros, poderá vir a produzir melhores resultados para a instituição.

Diante do que se examinou, é possível que apresentar sugestões para a constituição de um serviço jurídico vinculado à cobrança tributária e não tributária judicial que reflitam maiores níveis de eficiência. Dentre outras, aponta-se o estabelecimento de sistema de troca de experiências e de informações entre os órgãos integrantes da instituição, a criação de grupo de profissionais que estejam atuando na atividade fim que discuta sobre as teses jurídicas que estejam sendo empregadas, separando aquelas que sejam inexitasas ou que, embora exitosas, representem custo superior aos ganhos possíveis. Nesse particular, é de se destacar que deve haver sistema enxuto para o exame do pedido de desistência de ação, de não-ajuizamento de demanda e de não-interposição de recurso, levando-se em consideração não apenas a viabilidade da tese a ser deduzida, como o confronto da possível vantagem com os custos em recursos humanos e financeiros dispendíveis para a obter.

Devem ser estimulados o ajuizamento e outras iniciativas de relevo que representem retorno financeiro e de outra natureza para a instituição, desde que esse não seja antieconômico. Tome-se por de outra natureza iniciativas que ampliem a auto-estima do grupo de profissionais ou demonstrem a firme posição institucional concernente a alguma questão de peso. É de bom alvitre esclarecer que a ampliação da auto-estima do grupo de profissionais deve ser buscada e estimulada pelas chefias em todas as ocasiões. Ademais, haverá ações que, embora não representem grande ganho econômico imediato, podem ser motivo de desestímulo para que contribuintes se tornem inadimplentes. Essas ações, pelo mínimo, podem gerar a diminuição do número de demandas potenciais a serem enfrentadas.

No mesmo diapasão do que acima se disse, frisa-se que a atuação deverá ser implementada com prévio estabelecimento de prioridades, ou seja, diante da escassez de recursos, a distribuição interna de recursos materiais, humanos e financeiros deverá ter por norte o que a instituição poderá auferir ou deixar de gastar, impedindo-se que critérios pessoais ou de outro quilate interfiram nas decisões.

A instituição deverá tomar medidas tendentes a evitar atos e conflitos antieconômicos. Nessa senda, é recomendável que a instituição promova atendimentos aos contribuintes, com prévia divulgação, em locais de grande fluxo de pessoas, onde deverão ser celebrados acordos ou parcelamentos. Com o mesmo espírito, deverão ser prestadas informações aos órgãos relacionados com as demandas, com o fito de que evitem o cometimento de atos que gerem novas ações judiciais. Ainda no que pertine à uma postura compositiva, devem os programas

de recuperação fiscal ter ampla divulgação no seio social, bem como serem simples para não ensejarem procedimentos que ampliem em excesso o trabalho dos profissionais, afastem contribuintes interessados em saldar seus débitos e demandem tempo longo para serem efetuados.

A concessão de moratória ou parcelamento é instrumento que deve ser amplamente utilizado, pois geram a recuperação de créditos sem a necessidade de realização de pesquisas sobre a existência de bens, peticionamento infrutífero e acompanhamento sistemático de feitos judiciais, proporcionando-se diminuição da demanda de trabalho a ser enfrentado. A concessão supradita, independentemente de se estabelecer programa de recuperação fiscal eventualmente, é meio a ser empregado permanentemente. No campo sócio-econômico, destaca-se que o alcance de moratória permite ao devedor o retorno à normalidade de sua atividade econômica, o que é interessante para a Sociedade e para a Administração, pois se mantêm as atividades econômicas e os empregos por ela gerados.

Questão correlata ao parcelamento é o enfrentamento da falta de divulgação das possibilidades de composição, sobretudo, aos devedores de pequena monta, que não possuem, em regra, assessoria técnica prestada por advogados ou contadores qualificados. Cumpre à instituição, consciente das vantagens do parcelar, estabelecer forma de comunicação com esse público por meio da imprensa, de afixação de material impresso nos Foros e entidades ligadas ao comércio, à indústria, aos advogados e aos contadores.

Como dito acima, a troca de experiências e de informações no âmbito institucional é fundamental. Nesse sentido, deverá ser destacado grupo de profissionais que atuem em órgão que tenha obtido resultados superiores aos demais para que relatem suas vivências e sugiram alterações de procedimento aos outros órgãos. Nesse diapasão, é de se atentar para a otimização das rotinas e o afastamento de agires dispendiosos e retardadores. Os referidos relatos deverão ser efetuados na sede dos expositores para que ganhem praticidade.

Mister que sejam combatidas as externalidades que comprometem a consecução dos resultados positivos. Em se pensando em cobrança judicial da dívida ativa, não é razoável não se pensar na cobrança administrativa dessa dívida, pois tardança ou equívoco ocorrido nesse momento, refletirá no desempenho pertinente à fase levada a cabo no âmbito judicial. Ademais, não se pode ver um processo, no sentido utilizado pela Administração, se não for em sua integralidade, ou seja, analisando-se os leques totais de causas e de efeitos. Em

síntese, o encontro de um índice superior de recuperação dos créditos na fase judicial perpassa pela agilização na remessa de toda documentação e das informações indispensáveis. Por via de consequência, é externalidade comprometedora a falta de integração plena entre aqueles que exerçam a cobrança em fases distintas.

Pisando no campo da informação, mister que se fale da falta de informação sobre a situação financeira dos devedores com a qual se depara o corpo jurídico durante o tramitar dos processos judiciais. Dessa arte, é imprescindível que haja grupo de servidores que, devidamente orientados, possam ir nos locais indicados obter e confrontar informações. Em síntese, podendo o cargo desses servidores ser denominado de secretário de diligências ou não, importa é que integrem setor de inteligência institucional. Destaca-se que, hoje, em regra, as informações obtidas em cadastros acessíveis são cotejadas com a realidade mediante a atuação dos Oficiais de Justiça que atuam nos feitos executivos. Esses profissionais, que são serventuários do Poder Judiciário e que estão submetidos à uma grande carga de trabalho, não estão vinculados ao alcance de resultados positivos na recuperação de créditos. Tal realidade, inevitavelmente, compromete o nível de investigação que, em numerosas vezes, faz-se indispensável.

Muitas das vezes, as atuações administrativas, as decisões judiciais e as decisões legislativas comprometem o atingimento do êxito. Esses comportamentos, em não raras vezes, decorrem da incompletude de informações.

A solução para essa questão advirá de contato institucional no qual haverá a disponibilização de materiais, calcados em dados concretos e reais, que demonstrem os problemas que podem decorrer com a tomada de determinadas medidas. Nesse mesmo trilho, é pertinente a apresentação de propostas de criação ou de alteração legislativa que se fizerem necessárias para um atuar eficiente.

Esse agir é lícito e não implica aproximação indevida ou perda de autonomia dos demais Poderes, já que se estará trazendo elementos de convicção e não, por óbvio, imposição de concordância dos membros do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Nos mesmos termos pode-se encaminhar o contato com a imprensa que, devidamente informada, pode ser elemento multiplicador das mensagens que se quer que cheguem aos cidadãos e, frise-se, sem dispêndio financeiro algum.

Noutra vertente da externalidade que representam o atuar do Poder Judiciário e do Ministério Público, agora não mais decorrente da incompletude informativa propriamente

dita, está a abordagem deduzida pela própria instituição *sub oculis*. Explica-se. Não são poucas as vezes, que a argumentação restringe-se à legalidade estrita, sendo que seria prudente e eficaz, nessas oportunidades, discorrer sobre um conceito mais amplo de legalidade, trazendo às luzes questões atinentes à eficiência, à moralidade, à impessoalidade, *verbi gratia*. O grupo de profissionais que vier a discutir sobre as teses jurídicas, tendo essa questão como um dos enfoques, poderá contribuir para o combate desse problema.

Apresentadas as sugestões anunciadas, conclui-se.

A eficiência é um critério de atuação administrativa concernente à utilização adequada dos meios disponíveis para se atingir os fins de interesse público, sejam eles primários ou secundários, da maneira mais abrangente e profunda possível diante das peculiaridades do caso concreto. Essas peculiaridades são o nível de informação que pode ser obtida pelo agente, o tempo disponível para o enfrentamento do problema, a quantidade de recursos disponibilizados e a necessidade de se satisfazer mais de um fim com o mesmo meio.

A eficiência, na medida em que é critério normativo da atuação administrativa, deve estar inserida no encaminhamento das soluções de problemas de diversas ordens em cotejo com os outros princípios encartados no *caput* do artigo 37 da Carta Magna. Ela, assim, atrelada aos seus fundamentos e aos aspectos atinentes à sua operacionalidade, poderá ser fator de transformação cultural, institucional, econômica e social, proporcionando a consecução dos Objetivos entabulados no artigo 3º da nossa Lei Maior.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRIOLO, Leonardo José. Eficiência e desenvolvimento de recursos humanos nas administrações municipais: considerações a luz da emenda constitucional nº19/98 e das teorias organizacionais. *Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 29, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n 237, 2004.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2001.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, eficiência e razoabilidade na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./nov. 2005.

_____. Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Repensando o “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Ruben (Org.) *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, p.1-9, abr./jun. 2003.

BANCO MUNDIAL. *Brasil: justo, competitivo e sustentável, contribuições para um debate*. [s.l.], 2002.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 371, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BERGAMINI, Cecília Whitaker. *Motivação nas organizações*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BERGUE, Sandro Trescastro. Gestão estratégica de pessoas e balanced scorecard em organizações públicas. *Revista Análise*, v. 16, n. 2, p. 84-105, 2005.

BORDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural. Tradução Magali de Castro, revisão técnica de Maria Alice Nogueira. *Actes de la Recherche em Sciences Sociales*, Paris, n. 30, p. 3-6, nov. 1979.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Programa de transparência: reforma do judiciário*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/transparencia>> Acesso: abr. 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Do estado patrimonial ao gerencial: Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001.

_____. O modelo de desenvolvimento de Kaldor. *Revista Brasileira de Economia*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 51-67, abr./jun. 1975.

_____. A proposta de renda mínima. *Folha de São Paulo*, 8 out. 1993.

_____. MST, eficiência e justiça. *Folha de São Paulo*, 31 jan. 2005.

_____. *A reforma gerencial de 1995*. São Paulo: Fundação Adenauer, 2001.

_____. Resumo de palestra proferida no auditório do TCE/RJ em 12.2.96. *Revista do TCE/RJ*, Rio de Janeiro, n. 31, [1996].

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; MOREIRA FRANCO, Wellington. A reforma administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.31, p. 37-55, 1996.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; PACHECO, Regina Silvia. A reforma do estado brasileiro e o desenvolvimento. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 3, set./nov. 2005.

BUGARIN, Paulo Soares. O princípio constitucional da eficiência. *Revista dos Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 87, 2001.

CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC: controle da qualidade total (no estilo japonês)*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Fundação Christiano Ottoni, 1992.

CHIAVENATO, Idalberto. *Administração: teoria, processo e prática*. São Paulo: Makron, 2000.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, 2004.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 27, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.141, jan./mar, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Discricionariiedade administrativa na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIOS PALOMARES, Rafaela. El análisis de eficiência en el sector público. *Auditoría Pública*, n. 33, 2004.

FRANCA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na constituição federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 777, p.743-754, jul. 2000.

FREITAS, Juarez. O controle social e o consumidor de serviços públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 23, p. 24-31, 1998.

_____. O novo regime de concessões e permissões de serviços públicos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, 1995.

_____. Regime dos serviços públicos e a proteção dos consumidores. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 24, 2001.

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

GARCIA VALDERRAMA, Teresa; CALZADO CEJAS, Yolanda. Metodología de evaluación de la eficiencia em las entidades publicas. *Revista da ABOP*, n. 36, p. 43-63, 1996.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GESTÃO pública para um Brasil de todos : um plano de gestão para o Governo Lula. Brasília: MP, SEGES, 2003.

GOMES, Eliane Gonçalves; MELLO, João Carlos C. B. Soares de; LINS, Marcos Pereira Estellita. Redistribuição de inputs e outputs em modelos de análise envoltória de dados com ganhos de soma zero. *Pesquisa Operacional*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, 2004.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n.16/99, 1999.

INSTITUTO NACIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *Evaluación en la gestión pública: conceptualización, modalidades y nuevas perspectivas*. Buenos Aires: 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer*: emitido em razão de consulta do Ministério das Cidades, a respeito do anteprojeto da Lei da Política Nacional de Saneamento Básico. 2005, disponível em www.cidades.gov.br

KONDO, Edson Kenji. Desenvolvendo indicadores estratégicos em ciência e tecnologia: as principais questões. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 27, n. 2, p. 128-133, maio/ago. 1998.

KRELL, Andreas. Discricionariedade administrativa: conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 8, dez. 2004.

LACOMBE, Francisco; HEILBORN, Gilberto. *Administração: princípios e tendências*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 789, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. _____. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e ampl. até a Emenda Constitucional n. 52, de 08.03.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Relatividade da competência discricionária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Lei de Responsabilidade Fiscal: correlação entre metas e riscos fiscais e o impacto dos déficits públicos sobre as gerações futuras. *Revista Diálogo Jurídico*, São Paulo, n. 14, 2002.

MILESKI, Helio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 36, p. 85-98, mar. /abr. 2006.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Boletim de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 830-837, 2000.

_____. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005.

MORAES, Alexandre. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº19/98*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. O processo de licitação, a Lei 9784/99 e o princípio da legalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 3, jun. 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei federal nº 8.429/92. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 10, n. 880, 30 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

RAMOS, Luiz Guilherme Ribeiro. *Do elemento pessoal no serviço público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1944.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta, Lenita Maria Rimolli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Luiz Guilherme Ramos. Do elemento pessoal no serviço público: sua manutenção e eficiência. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1944.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, 1999.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução a economia*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 1978.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Antônio Carlos Magalhães; AZEVEDO, Gustavo Henrique W. Eficiência e sobrevivência: binômio fundamental para a previdência privada aberta. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, v. 1, n. 0, dez. 2004.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: Do autor, 2002.

TÁCITO, Caio. Improbidade administrativa como forma de corrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 1-3, 2001.

VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da administração pública: diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 176, 29 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>

ZYBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ANEXO

Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

.....
V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

.....
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

.....
X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

.....
XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

.....
XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

.....
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

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;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

.....
§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas.

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

Art. 5º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

§ 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

§ 8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

Art. 6º O art. 41 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

[Art. 41.](#) São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade."

Art. 12. O parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

[Art. 70.](#)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Art. 17. O art. 132 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

[Art. 132.](#) Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Art. 18. O art. 135 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

[Art. 135.](#) Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º."

Art. 21. O art. 169 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

[Art. 169.](#) A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei

complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.

Art. 22. O § 1º do art. 173 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art.173.....

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

- I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Art. 23. O inciso V do art. 206 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....

V - valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

Art. 24. O art. 241 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.

Art. 28. É assegurado o prazo de dois anos de efetivo exercício para aquisição da estabilidade aos atuais servidores em estágio probatório, sem prejuízo da avaliação a que se refere o § 4º do art. 41 da Constituição Federal.

Art. 29. Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da

Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.

Art. 30. O projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal será apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional no prazo máximo de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda.

Art. 32. A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte artigo: [Art. 247](#). As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 33. Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II, da Constituição Federal aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.