Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários

Alexandre de Moraes[1]

I Introdução

O presente estudo pretende analisar, sob a ótica do princípio constitucional da eficiência, a possibilidade do controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, no exercício de jurisdição constitucional, sem a tentação dos perigos de exagerada ingerência administrativa do Judiciário no Executivo.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, inovou em matéria de Administração Pública, consagrando os princípios e preceitos básicos referentes à gestão da coisa pública.

À medida que as normas básicas do Direito Administrativo foram constitucionalizadas, alargou-se a possibilidade de interpretação judicial desses institutos, ampliando-se a ingerência do Poder Judiciário em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador.

A importância da idéia de constitucionalização do Direito Administrativo é flagrante, pois, sendo um direito fortemente jurisprudencial,[2] passou a sofrer a influência dos métodos de hermenêutica constitucional, mais abertos, em face da principiologia sempre presente no texto constitucional, e, inegavelmente, por se tratar de métodos mais politizados.

---

[1] ALEXANDRE DE MORAES é Doutor em Direito do Estado e Livre-Docente em Direito Constitucional pela USP. Professor-associado da Faculdade de Direito da USP e professor-titular da Universidade Mackenzie. Atualmente, exerce o cargo de Membro do Conselho Nacional de Justiça. Foi Secretário de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania em São Paulo (2002-2005).

[2] RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 36.

A construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos jurisdicionais, principalmente a partir da Constituição de 1988, decorrente da interpretação das regras básicas da Administração Pública previstas na Constituição Federal, caracterizou-se pelo caráter criativo e limitador de abusos do Poder Executivo, buscando a consagração de transparência, moralidade e probidade na gestão da coisa pública em defesa dos direitos dos administrados.[3]

A necessidade de o administrador público atentar para o princípio da eficiência na edição dos atos administrativos discricionários é clara se utilizarmos o método histórico de interpretação em relação à EC nº 19/98, que se funda, especialmente, na interpretação dos antecedentes históricos da norma editada, nas discussões políticas, na tramitação legislativa, nas alterações ocasionadas por pressões políticas, culturais e econômicas. Todos esses fatores, que, segundo Ferdinand Lassale, são os fatores reais de poder, devem ser levados em conta no momento da análise do texto normativo, cuja clara intenção foi restringir o excessivo arbítrio do administrador público na edição dos atos administrativos discricionários, para se evitarem prejuízos ao interesse público.

Dessa forma, em face da modernização e do agigantamento do Estado, a constitucionalização do Direito Administrativo representou verdadeiro instrumento de combate à corrupção, ao desvio de verbas públicas, e, principalmente, à ineficiência na utilização dos recursos públicos, em todos os níveis da Administração Pública, em defesa da legitimidade do regime democrático.

A ampliação da Jurisdição constitucional no Brasil e a constitucionalização dos princípios que regem a Administração Pública tornam necessária uma maior reflexão consistente na possibilidade de maior ampliação do controle jurisdicional do mérito do ato administrativo, no tocante não só a sua legalidade, impessoalidade e moralidade, mas também em relação à sua eficiência.

2 Constitucionalização dos princípios básicos do direito administrativo

A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência da ampla revisão judicial.

Essa permissão, juntamente com a característica aberta dos princípios e preceitos constitucionais básicos sobre Administração Pública, acabou por ampliar a ingerência do Poder Judiciário nos negócios da Administração Pública, autorizando-o a definir, por exemplo, quais os atos imorais do administrador público (art. 37, *caput*); os requisitos possíveis para o ingresso na carreira pública (art. 37, II); os limites da publicidade oficial (art. 37, § 1º), entre outras importantes normas.

[3] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 89 e 92.

O Poder Judiciário, levando em conta sua finalidade precípua de efetivação das normas constitucionais e tendo como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos e dos direitos fundamentais, afirmados livremente pelo povo em Assembléia Nacional Constituinte, passou a exercer a função de legislador negativo também em relação às principais normas do Direito Administrativo e sua aplicação pelos agentes políticos.

Esse papel – de legislador negativo – está sendo importantíssimo em vários aspectos relacionados à Administração Pública, como, por exemplo, a definição sobre a possibilidade ou não de cobrança de contribuição social dos aposentados, a aplicabilidade do direito de greve do servidor público, a aplicabilidade do teto salarial, os limites da cumulação remunerada de cargos públicos, os limites da fixação legal dos cargos em comissão e funções de confiança, e, mais recentemente, a vedação do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, se por um lado não cabe ao Poder Judiciário moldar a Administração Pública discricionariamente, por outro lado, a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade do controle de constitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei, ato normativo ou, nos casos concretos, atos administrativos incompatíveis com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do STF, nunca de legislador positivo.

Não será o juiz, portanto, quem planejará e executará a utilização dos recursos e a prestação dos serviços públicos à Sociedade, porém, poderá controlar o ato administrativo que determinou a ineficiente utilização do dinheiro público ou a prestação de serviços inócuos, anulando-os e responsabilizando o agente político que, no exercício de suas funções, desrespeitou o princípio da eficiência, expressamente previsto em nosso texto constitucional.

3 Poder Judiciário e controle do ato administrativo discricionário

Importante, inicialmente, situarmos a atuação do Poder Judiciário em relação ao controle dos atos administrativos vinculados e discricionários.

Em relação aos atos administrativos vinculados, em face de a lei determinar todos os seus elementos, o controle jurisdicional é pleno, pois inexiste vontade subjetiva da Administração na sua edição.

Em relação, porém, aos atos administrativos discricionários torna-se importante a definição dos contornos e amplitude do controle jurisdicional, uma vez que é a própria lei que, explícita ou implicitamente, concede maior liberdade à Administração, permitindo-lhe a escolha da conveniência e oportunidade para a edição do ato.

Em regra, será defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe única e tradicionalmente examiná-lo sob o aspecto de sua constitucionalidade, legalidade e moralidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente ao ordenamento jurídico.

Esta solução tem como fundamento básico o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º), de maneira que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado.

Não existe, porém, nenhum ato absolutamente discricionário, pois tal fato converter-se-ia em arbitrariedade, como se consagrou, inclusive na França, na famosa sentença no caso "Prince Napoleon", de 1875, que registrou mudanças na jurisprudência do Conselho de Estado Francês em relação à possibilidade de análise dos atos de governo.

Assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por Chevallier, "o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito".[4]

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito,[5] e, portanto, o administrador, ao editar um ato discricionário, deve respeito aos seus elementos de competência, forma e finalidade, bem como à veracidade dos pressupostos fáticos para a sua edição (motivo).

Nesse sentido, Vedel aponta a existência de um controle mínimo do ato discricionário, que deverá ser sob o ângulo dos elementos do ato administrativo, pois, embora possa haver competência do agente, é preciso, ainda, que os motivos correspondam aos fundamentos fáticos e jurídicos do ato, e o fim perseguido seja legal, concluindo que o Poder Judiciário deve exercer somente o juízo de verificação de exatidão do exercício de oportunidade perante a legalidade.[6]

A revisão judicial da atuação administrativa deverá, igualmente, verificar a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão discricionária com os fatos. Se ausente a coerência, a decisão estará viciada por infringência ao ordenamento jurídico e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que esta se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias,[7] pois o exame da legalidade e moralidade, além do aspecto formal, compreende também a análise dos fatos levados em conta pelo Executivo.[8]

---

[4] CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12.

[5] LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154.

[6] VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaries de France, 1973. p. 320.

[7] FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991. p. 116.

[8] Cf. FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. *RT* 774/108.

Em conclusão, nos atos discricionários, a opção conveniente e oportuna deve ser feita constitucional, legal e moralmente pela Administração Pública, ou seja, é na constitucionalidade, legalidade e na moralidade que a oportunidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário,[9] pois, como ensinado por José Alfredo de Oliveira Baracho, "nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva. Todos os atos da administração devem ser controlados, divergindo os Estados na maneira e instrumentos adequados à sua efetivação".[10]

4 Redução histórica e gradativa do alcance da discricionariedade do ato administrativo

O mérito do ato administrativo, que somente existe nos atos administrativos discricionários, deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, que poderá, entre as hipóteses constitucional, legal, eficiente e moralmente admissíveis, escolher aquela que entenda como a melhor para o interesse público.[11] Portanto, mérito do ato administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade, dentro dos princípios constitucionais da Administração Pública, existente nos atos discricionários.[12]

Dessa forma, enquanto o ato administrativo vinculado somente será analisado sob o amplo aspecto de legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado sob seu aspecto meritório.[13]

Com a finalidade de afastar arbitrariedades praticadas pela Administração, no exercício de seu poder discricionário, a evolução da doutrina constitucional administrativista mostra a redução interpretativa do sentido da palavra "mérito", adequando-a ao moderno sentido de um Estado de Direito.

Como salientam Canotilho e Vital Moreira, "como toda a actividade pública, a Administração está subordinada à Constituição. O princípio da constitucionalidade da administração não é outra coisa senão a aplicação, no âmbito administrativo, do princípio geral da constitucionalidade dos actos do Estado: todos os poderes e órgãos do Estado (em sentido amplo) estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição".[14]

---

[9] Cf. CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992. t. I, p. 775.

[10] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo...* Op. cit. p. 85.

[11] Cf. CUNHA, Fernando Whitacker da. *Direito constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. p. 242.

[12] Nesse sentido: STJ - 2ª T. - RMS nº 129/PR - Vicente Cernicchiaro. *Ementário STJ* 3/430; STJ - Resp. nº 4.526/SP - Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *Ementário STJ* 4/063. Conferir na doutrina: FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 131.

[13] VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaries de France, 1973. p. 318.

[14] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 922.

Dessa forma, ampliou-se a possibilidade de apreciação dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, por meio de duas teorias: teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade e teoria dos motivos determinantes.

Pela primeira, o Poder Judiciário poderá exercer amplo controle sobre os atos administrativos, quando o administrador utilizar-se de seu poder discricionário para atingir fim diverso daquele que a lei fixou, ou seja, ao utilizar-se indevidamente dos critérios da conveniência e oportunidade, o agente desvia-se da finalidade de persecução do interesse público.

Pela teoria dos motivos determinantes, os motivos expostos pelo administrador como justificativa para a edição do ato associam-se à validade do ato, vinculando o próprio agente, de forma que a inexistência ou a falsidade dos pressupostos fáticos ou legais ensejadores do ato administrativo acabam por afetar sua própria validade, mesmo que o agente não estivesse obrigado a motivá-lo.

A teoria dos motivos determinantes aplica-se a todos os atos administrativos, pois, mesmo naqueles em que a lei não exija a obrigatoriedade de motivação, se o agente optar por motivá-lo, não poderá alegar pressupostos de fato e de direito inexistentes ou falsos. Portanto, toda vez que a Administração motiva o ato administrativo, esse somente será válido se os motivos expostos forem verdadeiros.[15]

Portanto, o ato administrativo viciado em seu motivo deve ser anulado por desvio de finalidade,[16] havendo, porém, necessidade de prova desse desvio, não bastando mera suposição.[17]

A teoria dos motivos determinantes é consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, [18] ao proclamar que "é pacífico o entendimento de que a apreciação pelo Judiciário dos pressupostos ou motivos determinantes de um ato administrativo vinculado, como ocorre na espécie, não importa invasão do juízo discricionário do Poder Executivo, no apreciar o mérito, senão o exato controle da legalidade do ato",[19] uma vez que, como acentua o Superior Tribunal de Justiça, "o controle jurisdicional do ato administrativo, para não violar a separação dos poderes, distancia-se do critério político (mérito), cingindo-se à verificação das prescrições legais determinadas (competência e manifestação da vontade do agente, objeto, conteúdo, finalidade e forma)", concluindo que, "desde que lícitos", o critério po-

---

[15] Sobre a *Teoria dos motivos determinantes* conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 175; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 137 e 182; BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no direito público. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, 1998, ano 6, nº 22, jan./mar. 1998. p. 44; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66.

[16] STJ – 1ª Seção – AR nº 147/RJ – Rel. Min. Américo Luz, *Ementário STJ*, 3/002; STJ – 2ª T. – Resp nº 2.526/RJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *Ementário STJ*, 4/726.

[17] STJ – 2ª T. – RMS nº 379/RS – Rel. Min. Ilmar Galvão – *Ementário STJ*, 3/23.

[18] STF – Pleno – Embargos em Recurso Extraordinário nº 75.421/BA – Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *Diário da Justiça*, 1º out. 1976; STF – 1ª T. – Rextr. nº 81.523/PA – Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *Diário da Justiça*, 9 ago. 1977.

[19] *RTJ* 90/1.020.

lítico e razões técnicas são estranhos à prestação jurisdicional,[20] desde que a opção política esteja em conformidade com o Direito.[21]

Não há dúvidas, portanto, de que o controle jurisdicional do ato administrativo, em face do desvio de poder no exercício das competências administrativas, pode ser realizado em confronto com os princípios constitucionais da Administração Pública, como reiteradas vezes se pronunciaram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por desrespeito à "moralidade", por revelar "mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público", ou por fundamento "inidôneo".[22]

Ressalte-se, ainda, o surgimento no direito brasileiro da possibilidade do controle judicial, em relação aos atos discricionários, quando da existência de expressões legais que não apresentam noções precisas, tais como interesse público, conveniência administrativa, ordem pública.

Note-se que, nessas hipóteses, permite-se ao Poder Judiciário definir o real conceito dessas expressões, de forma a substituir a definição anteriormente dada pela Administração pela sua própria definição, na hipótese de verificação de abusos ou arbitrariedades.

Esse controle, a nosso ver, não deve ser descartado de plano, porém deve ser utilizado de forma absolutamente restrita e somente quando a Administração desviar-se de tal forma do sentido usual da expressão que acabe por desrespeitar o interesse público.

É ao que se refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando diz que "existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público".[23]

Nesse caso, caberá ao Poder Judiciário utilizar-se do conceito mais justo, moral e razoável. Trata-se, portanto, de uma nova aplicação da teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade em complementação ao princípio da razoabilidade.

No sentido da possibilidade de controle jurisdicional do desvio de poder na análise de requisitos subjetivos para edição de atos governamentais – na hipótese específica, edição de medidas provisórias pelo Presidente da República –, o Plenário do STF, em decisão unânime, deferiu o pedido de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade, para suspender medida provisória,

---

[20] STJ – 1ª Seção – MS nº 3.071-0/DF – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Ementário STJ*, 9/412. No mesmo sentido: STJ – 2ª T. – RMS nº 978-0/RO – Rel. Min. Américo Luz, *Ementário STJ*, 7/005; STJ – 1ª T. – RMS nº 1.288-0/SP – Rel. Min. César Asfor Rocha, *Ementário STJ*, 10/084.

[21] STJ – 2ª T. – RMS nº 129/PR – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, *Ementário STJ*, 3/430. Conferir na doutrina: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 338.

[22] STJ – 1ª T. – REsp nº 21.156-0/SP – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Ementário STJ*, 11/075; STJ – 1ª Seção – MS nº 5.964/DF – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção I, 20 mar. 2000.

[23] *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 182.

por entender que na hipótese *in concreto* inexistiriam os requisitos de relevância e urgência exigidos pela Constituição Federal para sua edição pelo Presidente da República. O objeto desse julgamento cautelar foi o art. 4º, da MP nº 1.632-1, de 9-4-98, que ampliava o prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, pelos Estados, pelo DF ou pelos Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º, *caput*), e criava, em favor das mesmas entidades públicas, uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças – indenizações, expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parágrafo único).

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que era patente a ausência de relevância e urgência, afirmando que: "Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa."[24]

Da mesma forma, o Pretório Excelso concedeu medida liminar entendendo que "a edição de medida provisória faz-se no campo da excepcionalidade. Leitura eqüidistante do artigo 62 da Carta Política da República revela a necessidade de concorrerem requisitos, a saber: a relevância e a urgência do trato da matéria de forma excepcional, ou seja, pelo próprio Presidente da República e em detrimento da atuação dos representantes do povo e dos Estados, ou seja, das Câmaras Legislativas. Pois bem, na espécie, não estão presentes estas condições, no que modificada a lei que já se encontrava em vigor desde 1992".[25]

Note-se que a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República se coloca em sua esfera de discricionariedade, desde que presentes os requisitos de relevância e urgência. Até as duas decisões acima transcritas, o STF entendia competir, de forma exclusiva e discricionária, ao Presidente da República, no momento da edição das medidas provisórias, interpretar se a situação fática realmente enquadrar-se-ia no conceito de relevância e urgência.

No entanto, o Pretório Excelso, alterando sua jurisprudência anterior, passou a entender pela possibilidade excepcional de controle jurisdicional na interpretação dos requisitos constitucionais, quando, flagrantemente, a medida provisória editada não correspondesse à idéia de relevância e urgência.[26]

---

[24] STF – Adin nº 1.753-1/DF – Medida Liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 jun. 1998, p. 51.

[25] STF – Pleno – Adin nº 1.849-0/DF – Medida Liminar – Rel. Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 ago. 1998.

[26] STF – Pleno – Adin nº 162-1/DF – Medida Liminar – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19 set. 1997, capa; STF – Pleno – Adin nº 1.516-8 – Medida Liminar – Rel. Min. Sydney Sanches, *Diário da Justiça*, Seção I, 13 ago. 1999, p. 3.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
BIBLIOTECA MA... ...ONSEN

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela possibilidade, excepcional, de controle jurisdicional do abuso da discricionariedade para análise dos requisitos subjetivos para nomeações políticas, onde se exigem requisitos altamente subjetivos, tais como "notório saber jurídico", "notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros e contábeis ou de Administração Pública", "reputação ilibada", "idoneidade moral".

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que, apesar de existir discricionariedade do Poder Executivo para analisar esses requisitos, há a "necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar". O STF firmou esse posicionamento em relação à nomeação de Conselheiro de Tribunal de Contas do Estado (CF, arts. 73 e 235), que, apesar de formalmente regular, desviava-se do interesse público.[27]

O controle jurisdicional da discricionariedade do ato administrativo, apesar de excepcional e respeitando-se os atos eminentemente políticos, poderá ser realizado com a finalidade de se evitarem arbitrariedade e abuso do Poder Público, buscando, sempre, a efetividade dos princípios e preceitos constitucionais da Administração Pública, uma vez que a atividade estatal produz de modo direto ou indireto conseqüências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados.

Portanto, existirão direitos e obrigações recíprocos entre o Estado-administração e o indivíduo-administrado e, conseqüentemente, este, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da Administração Pública o cumprimento de suas obrigações da *forma mais eficiente possível*, dentro da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Como salienta Roberto Dromi, o reconhecimento de direitos subjetivos públicos não significa que o indivíduo exerça um poder sobre o Estado, nem que tenha parte do *imperium* jurídico, mas que possui esses direitos como correlatos de uma obrigação do Estado em respeitar o ordenamento jurídico.[28]

Esse respeito ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais da Administração Pública obrigam o administrador a ser eficiente na utilização das verbas públicas e na prestação dos serviços públicos, sem contudo retirar-lhe sua discricionariedade, concedida pela vontade popular.

Conseqüentemente, não poderá o Poder Judiciário invadir a legítima escolha feita pela Administração, entre as opções constitucional e legalmente reservadas para a edição do ato discricionário, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente feita pelo administrador.[29]

---

[27] STF – 2ª T. – Rextr. nº 167137/TO – Rel. Min. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 nov. 1994, p. 32.312.

[28] DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 464.

[29] STJ – 4ª T. – Resp. nº 1.994/RS – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

Porém, poderá o Poder Judiciário ignorar o total desrespeito, do administrador público, ao princípio da eficiência na edição de atos administrativos discricionários? Poderá, sob a histórica repetição da intangibilidade do "mérito" do ato administrativo discricionário, ignorar a consagração constitucional da regra de eficiência na prestação dos serviços públicos, que, igualmente, veio acompanhada de inúmeros mecanismos constitucionais para sua implementação? Ou, por outro lado, o Poder Judiciário deverá, da mesma maneira que evoluiu do específico controle da legalidade, para o controle mais completo da legalidade e moralidade, passar a concretizar também o controle do princípio constitucional da eficiência?

Entendemos não ser possível tal inércia do Poder Judiciário, no exercício de sua grave missão constitucional de garantia da efetividade e supremacia das normas constitucionais, que deverá, nos parâmetros da razoabilidade, exercer esse controle.

5 Administrador público e princípio da eficiência

A EC nº 19/98 acrescentou expressamente aos princípios constitucionais da Administração Pública o princípio da eficiência, findando com as discussões doutrinárias e com as jurisprudências sobre sua existência implícita na Constituição Federal e aplicabilidade integral.

Dessa forma, a EC nº 19/98, seguindo os passos do direito comparado, no sentido de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos, passou a proclamar que a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência.

O administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser o que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade.

Assim, princípio da eficiência é o que 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.

Note que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.[30]

[30] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 73-74.

Ressalte-se a interligação do princípio da eficiência com os princípios da razoabilidade e da moralidade, pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária e, como salientado por Diogo de Figueiredo, deve-se considerar como imoralidade administrativa ineficiência grosseira da ação da Administração Pública.[31]

Como destaca Tercio Sampaio Ferraz Jr., ao analisar as novas funções da Administração Pública, "o fundamento ético dessa administração intervencionista não é mais a *sittliche Gesetzmässigkeit*, no sentido de uma ética de convicção, mas a moral da conveniência e da adequação, no sentido de uma ética de resultados".[32]

A idéia de defesa do bem comum enquanto finalidade básica da atuação da Administração Pública decorre da própria razão de existência do Estado, norteando a adoção do princípio da eficiência.

Lembremos que o princípio da eficiência, enquanto norma constitucional, apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis, atos normativos e condutas positivas ou omissivas do Poder Público, servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária a sua plena e total aplicabilidade.[33] Alexander Hamilton denominava, na célebre obra *The federalist*, essa supremacia constitucional como superior *obligation and validity* ("vinculação mais forte").

Importante salientar que a proclamação constitucional do princípio da eficiência pretende solucionar, principalmente, o clássico defeito da Administração Pública na prestação dos serviços públicos e do Poder Judiciário em analisar a eficiência da administração, anulando os atos administrativos que frontalmente divirjam dessa característica gerencial.

Guido Santiago Tawil adverte para a grande dificuldade do Poder Judiciário em colmatar a omissão administrativa na prestação de serviços públicos, observando a tendência ineficaz dos tribunais argentinos em substituir a inércia da administração por uma condenação a pagamento de indenização, pois, como afirma o citado autor, "quem acude ante os Tribunais para conseguir que a administração implemente sua moradia de energia elétrica, gás ou água corrente, pouco estaria interessado em indenização em dinheiro. Persegue, pelo contrário, ter luz e calefação, possibilidades que não constituem luxo, mas sim serviços essenciais de toda a sociedade moderna".[34]

O princípio da eficiência vem reforçar a possibilidade de o Ministério Público, com base em sua função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos poderes

---

[31] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 70.

[32] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 22, p. 38.

[33] Cf., nesse sentido: QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 201.

[34] TAWIL, Guido Santiago. *Administración y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 306.

públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promover as medidas necessárias, judicial e extrajudicialmente, a sua garantia (CF, art. 129, II).

Como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CF, art. 37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público".[35]

Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova óptica constitucional, um reforço à plena possibilidade de o Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas, pois, conforme salienta Alejandro Nieto, analisando a realidade espanhola, quando o cidadão se sente maltratado pela inatividade da administração e não tem um remédio jurídico para socorrer-se, irá acudir-se inevitavelmente de pressões políticas, corrupção, tráfico de influência, violências individual e institucionalizada, acabando por gerar intranqüilidade social, questionando-se a própria utilidade do Estado.

A utilização do princípio da eficiência como paradigma para confrontação do mérito do ato administrativo foi magistralmente analisada pelo Ministro Carlos Britto, ao declarar a constitucionalidade da Resolução antinepotismo do Conselho Nacional de Justiça, por absoluto ferimento ao referido princípio constitucional de nomeações de parentes para cargos em comissão ou funções de confiança (atos administrativos discricionários).

Como ressaltou o Ministro e professor Carlos Britto,

> "o mesmo é de se dizer, acredito, quanto à sintonia de tais conteúdos com os princípios regentes de toda a atividade administrativa do Estado, de modo especial os princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade (este, somente omitido pelo art. 37 da Constituição porque já proclamado na cabeça do art. 5º e no inciso III do art. 19 da nossa Lei Fundamental). Em palavras diferentes, é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado. Princípios como [...] II – o princípio da eficiência, a postular

[35] STJ – 6ª T. – RMS nº 5.590/95-DF – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 jun. 1996, p. 20.395. **Em outras oportunidades**, a jurisprudência já se manifestara a respeito da existência do *princípio ou objetivo da eficiência* na Administração Pública: STJ – 6ª T. – RMS nº 5.590/95-DF – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Diário da Justiça*, Seção I, 10 jun. 1996, p. 20.395; STJ – 1ª T. – RMS nº 7.730/96/RS – Rel. Min. José Delgado, *Diário da Justiça*, Seção I, 27 out. 1997, p. 54.720; STJ – 1ª T. – RMS nº 628-0/RS – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Diário da Justica*, Seção I, 18 out. 1993, *Ementário STJ*, nº 8/13; STJ – 5ª T. – nº 1.912-3/MG – Rel. Min. Jesus Costa Lima, *Diário da Justiça*, Seção I, 14 nov. 1994, *Ementário STJ*, nº 11/43; STJ – 6ª T. – RMS nº 5.306-7/ES – Rel. Min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 nov. 1996, *Ementário STJ*, nº 17/51.

> o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho um fiel compromisso com a assiduidade e uma constante oportunidade de manifestação de espírito gregário, real compreensão de que servidor público é, em verdade, servidor do público. Também estes conceitos passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um(a) esposo(a) ou companheiro(a), um(a) sobrinho(a), enfim, com quem eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não-parentes ou não-familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevinda de uma enfermidade mais séria, um trauma psico-físico ou um transe existencial de membros de u'a mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que já significa a paroquial fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Pra não dizer a confusão mesma entre tomar posse nos cargos e tomar posse dos cargos, na contra-mão do insuperável conceito de que 'administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia' (Rui Cirne Lima)".[36]

Importante observar que a hipótese analisada pelo STF foi de atos administrativos discricionários – nomeação em cargos em comissão ou funções de confiança –, que, porém, deve respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, entre eles, o princípio da eficiência.

Como já salientado por Jean Rivero,

> "não existe um acto administrativo inteiramente discricionário. Designa-se assim um acto em relação ao qual a legalidade não impusesse condições à Administração e que, desde logo, escaparia a qualquer controlo jurisdicional; o Conselho de Estado deixou de admitir a existência de tais actos a partir do começo do século XX. Com efeito, qualquer acto está no mínimo submetido a duas condições impostas pelo direito; uma relativa à autoridade para o tomar, a outra relativa aos fins que deve prosseguir e que não é, necessariamente, o interesse público; pelos menos nestes dois pontos a Administração está sempre vinculada".[37]

---

[36] STF – Pleno – ADC 12 – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 16-2-2006.

[37] RIVERO, Jean. *Direito...* Op. cit. p. 95.

Dessa maneira, a coerência dos dispositivos constitucionais da separação de poderes (CF, art. 2º) e do princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*) estará sempre preservada, a fim de conceder-lhe efetividade geral (método lógico), buscando a finalidade da norma, ou seja, pretendendo alcançar os valores por ela enunciados – utilização da discricionariedade administrativa com eficiência, em busca do interesse público (método teleológico), sempre dentro de uma análise do conteúdo da norma dentro da idéia de unidade do ordenamento jurídico, uma vez que os diversos preceitos convivem de maneira harmônica dentro de um sistema constitucional (método sistemático).

6 Conclusão

O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários deverá ser realizado tendo como parâmetros os princípios constitucionais da Administração Pública, inclusive, o princípio da eficiência, em especial em seu sentido de direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, pois a Constituição Federal prevê no inciso IV do art. 3º que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Repita-se, porém, que não caberão ao Poder Judiciário o planejamento e a execução das políticas públicas, nem tampouco a edição dos conseqüentes atos administrativos discricionários de implantação dessas medidas, mas, sim, o controle jurisdicional de eventuais abusos praticados pelo administrador público que ignore o princípio constitucional da eficiência.

Esse controle jurisdicional deverá pautar-se pelo princípio da razoabilidade, que pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades, inclusive as discricionárias, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes.[38]

Ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo e da Instituição do Ministério Público, esse objetivo fundamental deverá servir como vetor de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja na edição de atos administrativos vinculados ou discricionários.

[38] DALLARI BUCCI, Maria Paula. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. RT, São Paulo, ano 4, nº 16, p. 173, jul./set. 1996; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamentação profissional: princípio da razoabilidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 204, p. 333 ss, abr./jun. 1996; CARDOSO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da administração pública (de acordo com a emenda constitucional nº 19/98). *Os 10 anos da Constituição Federal* (Coord. Alexandre de Moraes). São Paulo: Atlas, 1998. p. 182.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamentação profissional: princípio da razoabilidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 204, p. 333 ss, abr./jun. 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no direito público. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 6, nº 22, jan./mar. 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARDOSO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da administração pública (de acordo com a emenda constitucional nº 19/98). *Os 10 anos da Constituição Federal* (Coord. Alexandre de Moraes). São Paulo: Atlas, 1998.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992. t. I.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État de droit*. Paris: Montchrestien, 1992.

CUNHA, Fernando Whitacker da. *Direito constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. RT, São Paulo, ano 4, nº 16, p. 173, jul./set. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madri: Civitas, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 22.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. *RT* 774/108.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito*. Coimbra: Almedina, 1990.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

TAWIL, Guido Santiago. *Administración y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaries de France, 1973.