OS CUSTOS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

DALTON SANTOS MORAIS[1]

1. Introdução. 2. As transformações do Estado quanto à intervenção no meio social: a particularidade brasileira. 3. A importância dos custos para a atuação administrativa. 3.1 O custo dos direitos. 3.1.1 A "reserva do possível". 3.1.2 A superação do modelo vigente. 3.1.3 A evolução do juspublicismo brasileiro quanto aos custos da atividade administrativa. 4. A eficiência administrativa, os princípios de direito e o princípio da eficiência. 4.1 Os princípios de direito e sua normatividade. 4.1.1. Fases de evolução do Direito. 4.1.2. Princípios e regras. 4.1.3. A importância dos princípios para o intérprete do direito administrativo. 4.2 A eficiência administrativa como princípio da Administração Pública brasileira. 4.3 O novo paradigma de interpretação do direito administrativo após a Emenda Constitucional 19/98. 4.3.1. O ambiente normativo gerado pela Emenda Constitucional 19/98. 4.3.2 O princípio da eficiência como vetor interpretativo do direito administrativo brasileiro. 4.3.3. A (in)sindicabilidade judicial da eficiência administrativa. 5. Conclusão. Bibliografia

1. Introdução

Ser a atuação do Poder Público onipresente no cotidiano de toda e qualquer pessoa é axioma decorrente da própria convivência em sociedade, pois em qualquer situação da vida social, por mais privada que possa a mesma parecer, estará sendo garantida por alguma espécie de atividade administrativa. Vejamos uma lúdica

1 Procurador federal, membro da Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia Geral da União. Chefe de Divisão na Procuradoria Federal na Fundação IBGE; Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Pós-graduando em Direito do Estado e Administrativo pela Universidade Gama Filho. E-mail: dalton@ibge.gov.br.

situação cotidiana para exemplificar esta premissa: o simples ir e vir urbano. Enquanto nos deslocamos pela via pública, construída pelo Poder Público, deparamo-nos com meios de transporte coletivo, concedidos e fiscalizados pelo Poder Público. Se precisarmos parar no sinal de trânsito, ali vislumbramos o Poder Público, responsável pela instalação e manutenção do semáforo e da via de tráfego, bem como pelo guarda de trânsito encarregado de fiscalizar o trânsito, *et coetera.*

Esta onipresença estatal, e conseqüentemente da Administração Pública, gera, por evidente, a necessidade de gigantescos contigentes de recursos públicos, suficientes para manter a sua atuação. Em que pese tal fato ser decorrente do próprio incremento do papel interventivo do Estado moderno, na particularidade brasileira, houve uma exacerbação ainda maior da presença estatal em todos os campos da sociedade, haja vista que o poder constituinte originário de 1988 — ainda sob os efeitos da embriaguez libertária decorrente do término da ditadura militar, à qual o País esteve submetido durante décadas — pretendeu fixar como solução a todos os problemas do tecido social brasileiro a atuação provedora do Estado.

Este, segundo entendemos, é um dos fatores explicativos da constante modificação da Constituição, em especial no campo de atuação da Administração Pública, pois é inquestionável reconhecer-se que o amadurecimento da democracia brasileira e suas instituições, com parâmetro nas suas congêneres norte-americana e européias, gera a admissão de que recursos públicos não nascem em árvores, mas dependem de disponibilização pela própria sociedade.

Ainda que seja muito importante tal evolução de pensamento para a Administração Pública e, portanto, para o direito administrativo brasileiro, este é um campo de segunda importância para a doutrina juspublicista nacional, a qual, não raro, fixa pensamentos hermeticamente fechados ao debate acerca do custo da atuação administrativa, como se o Estado pudesse originar recursos públicos pela "Casa da Moeda".

O Poder Público não gera recursos, mas sim utiliza os que consegue angariar junto à coletividade, através de sua atividade tributária, pelo que, fazendo-se uma analogia a importante passagem cristã, não pode mais o Estado ser visualizado como entidade milagrosa capaz de "multiplicar os pães", mas sim como ente, criado pela sociedade, com a finalidade de suprir, de acordo com os recursos públicos disponibilizados para a coletividade, as carências mais prioritárias desta.

Neste aspecto, o presente trabalho tecerá considerações sobre o crescimento do debate acerca dos custos da atividade administrativa, através da exposição de abalizada análise de obra doutrinária estaduniense por jovem e respeitado professor fluminense, bem como de atual julgado do Supremo Tribunal Federal afirmativo da "reserva do possível" como requisito pressuposto à atividade do Poder Público.

Pretendemos expor que o crescimento da importância sobre o "custo da atividade administrativa" reafirma a importante opção do legislador constituinte reformador em reforçar a importância do princípio da eficiência administrativa, através de sua expressa inclusão no art. 37, *caput,* da Constituição da República, por ocasião da Emenda Constitucional 19/98.

Demonstrar-se-á que a fixação da eficiência, como princípio da Administração Pública, modificou o paradigma de interpretação de nosso direito administrativo,

propiciando cabedal jurídico para impor à Administração Pública uma atuação mais ágil, menos burocrática e, por isso mesmo, consentânea à atual sociedade moderna, onde a globalização entre os países, a liberdade de impressa e a *internet,* apenas para citar alguns exemplos, tornaram-se parte do cotidiano.

Para tanto, apresentaremos o ambiente normativo gerado pela Emenda Constitucional 19/98, traçando-se considerações acerca dos benefícios trazidos por tal normatização, a qual, se ainda não demonstra ares de definitividade, representa grande passo no longo caminho a ser percorrido pela Administração Pública brasileira no sentido de alcançar atuação que se coadune com os reclamos da efervescente sociedade brasileira, sem afastar-se da realidade quanto às limitações impostas pela finidade dos recursos orçamentados e financeiros disponibilizados pela própria sociedade, pois como anuncia a sabedoria popular "*Dinheiro não nasce em árvore*".

2. As transformações do Estado quanto à intervenção no meio social: a particularidade brasileira

Preliminarmente, é necessário aduzir que se, mesmo após toda a existência do homem em sociedade, ainda não se estabeleceu um consenso sobre o conceito de Estado[2], não tentará este trabalho fazê-lo, pelo que nos utilizaremos do ensinamento de DALMO DE ABREU DALLARI de que se pode conceituar o "Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território".[3]

O Estado moderno nasceu sob os auspícios do absolutismo, onde a autoridade estatal confundia-se com a própria figura do monarca. Com a derrocada do absolutismo e a afirmação do liberalismo durante o século XIX, a burguesia, antes detentora do poder econômico, toma, via revolução, também o poder político. Diante dos interesses da burguesia no poder, o Estado desta época caracteriza-se pela intervenção mínima, "com funções restritas quase que à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas".[4]

Mas se, por um lado, o Estado liberal desta época incentivou a valorização do indivíduo, acabou, por outro, gerando privilégios para a burguesia economicamente mais forte, sendo, a partir do século XIX, contestado por movimentos socialistas, o que gerou um clamor cada vez maior pela intervenção do Estado após o início do século XX. Um dos maiores marcos do Estado intervencionista — até mesmo por ter se dado nos Estados Unidos, ferozes defensores do liberalismo —, foi a política

2 C. H. Titus colheu cerca de 145 diferentes definições sobre Estado na obra *"A Nomenclature in Political Science"*. 25 American Political Science Review, 1931, 45-60, *Apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 98.

3 *Op. cit...*, p. 101.

4 DALLARL. *Op. cit.*, p. 235.

do *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt, a partir da quebra da Bolsa de Nova York em 1929.

Após o advento da II Grande Guerra Mundial, o intervencionismo estatal sofreu forte incremento, haja vista que a reconstrução dos países destruídos pelo conflito bélico deu-se mediante agressiva intervenção estatal em todos os campos de atividades desenvolvidas pela sociedade. Caio Tácito, em artigo publicado na *Revista de Serviço Público* de março de 1955, asseverava, àquela época, que "A experiência da sociedade contemporânea evidenciou que não mais se admite a posição contemplativa do Poder Público diante dos conflitos sociais notórios e angustiantes. O ideal enciclopedista do individualismo jurídico tornou-se obsoleto diante da concentração de riqueza nas mãos de grupos poderosos, em detrimento da imensa maioria. A função de equilíbrio do Estado tornou imperativa a sua intervenção no domínio da atividade privada. O Estado passou de fiscal a agente, de espectador a ator, de estático a dinâmico. O Poder Público tornou-se industrial, comerciante, banqueiro, transportador."[5] Era o que se chamava de Estado do Bem-estar Social, construído sob o pilar dos excedentes econômicos aplicados pela máquina estatal no suprimento de necessidades sociais.

Entretanto, com a rápida modificação da temática relativa às finanças e à economia, já que não mais havia excedentes de produção disponíveis, passou-se a debater uma redefinição das funções do Estado, em especial, quanto à redução de seu papel interventivo *lato sensu,* seja quanto à implementação de direitos sociais, seja quanto à atuação como agente empresarial, situação esta que, segundo documenta MARIA PAULA DALLARI BUCCI, deu-se na França e na Inglaterra nos idos dos anos 80.[6]

O Brasil, naquela mesma época do movimento de redução do intervencionismo estatal nos países desenvolvidos, recém-saído do regime de ditatura militar, viveu movimento justamente inverso ao que lá se fazia, já que aqui houve uma exacerbação do papel intervencionista do Estado brasileiro, pois o poder constituinte originário de 1988, ainda sob os efeitos da embriaguez libertária decorrente do término do regime de exceção[7], pretendeu fixar como solução a todos os problemas do tecido social a atuação provedora do Estado brasileiro.

5 "Evolução Histórica do Direito Administrativo", *in Temas de Direito Público*, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 6/7.

6 *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28/29.

7 "A Assembléia Constituinte foi cenário de ampla participação da sociedade civil, que permanecera alijada do processo político por mais de duas décadas. O produto final de seu trabalho foi heterogêneo. De um lado, avanços como a inclusão de uma generosa carta de direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação. De outro, no entanto, o texto casuístico, prolixo, corporativo, incapaz de superar a perene superposição entre o espaço público e o espaço privado no país. A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias." BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria critica e pós-positivismo). "*in A Nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 45.

Tal contradição da realidade brasileira ao movimento vivido pelos países desenvolvidos manteve a administração pública brasileira como um organismo lento, ineficiente e ineficaz, incapaz, portanto, de atender aos anseios da sociedade brasileira. Face a isso, no Brasil, em que pese ainda a indefinição reinante quanto ao tipo de Estado que se quer[8], chegou-se a um consenso do tipo que não se quer, confirmando-se "uma demanda generalizada por modernização da organização administrativa do Estado"[9].

À luz de tal necessidade de modernização da atuação administrativa e considerando-se a necessidade de concentração dos recursos públicos disponíveis em atividades essenciais, destacam-se como tendências[10] percorridas, também pelo direito administrativo brasileiro, o fomento à expansão da atividade administrativa para o âmbito da sociedade civil organizada e o encolhimento da estrutura administrativa, através de privatizações e da adoção de posturas menos burocráticas e mais gerenciais pela Administração Pública.

Em face de tais tendências da Administração Pública, conjugadas com o desafio da realidade brasileira em "migrar de um paradigma de Estado barateador do custo da produção do capital e gerador de emprego e renda para o de um Estado prestador de serviços e fomentador do desenvolvimento"[11], é que surge a necessidade imperiosa de dar-se maior atenção à temática dos custos da atividade administrativa e ao princípio da eficiência como elemento normativo dessa atual concepção de Administração Pública.

Isto porque a importância da redefinição da atuação estatal recai sobre o fato de que o aumento ou diminuição da atuação do Estado importa em conseqüente aumento ou diminuição também da atividade administrativa e dos órgãos administrativos necessários à implementação concreta daquela atividade estatal, gerando-se, portanto, imediatos reflexos sobre o custeio da Administração Pública[12]. Ou seja, a decisão de uma sociedade pelo incremento do dirigismo estatal importa, necessariamente, em maiores despesas, ou custos, para o exercício da atividade administrativa e, conseqüentemente, maior ônus para os indivíduos integrantes daquela sociedade,

8 ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. "O Estado brasileiro contemporâneo". *Jus Naveguandi*, Teresina, "4, nº 44, ago. 2000. Disponível em http:www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp.?id=55.

9 DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Op. cit.*, p. 33.

10 SABINO CASSESE. *Apud* Uma nova Administração Pública. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. RDA 220. Abrl/junho 2000.

11 COSTIN, Cláudia. "Ética e Administração Pública". Jornal *O Globo*, de 02/08/2000.

12 Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a administração pública compreende a função política, que traça diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa (...)" *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.54.

dos quais sairão, via tributação, os recursos públicos necessários ao custeio das atividades administrativas.

3. A importância dos custos para a atuação administrativa

A essa altura da evolução do pensamento juspublicista nacional, parece não mais haver dúvida de que, em se tratando de atividade administrativa, tudo depende de recursos (dinheiro), pois, "como dizem os americanos, "não existe almoço grátis"[13]. Ou seja, a atividade administrativa depende de recursos públicos disponíveis para sua consecução, estando, mesmo, limitada a atuação administrativa à existência de ditos recursos. É o que RICARDO LOBO TORRES chama de transformação do Estado Social para "Estado Social Fiscal".[14]

Hoje, reconhece nossa jurisprudência[15] a limitação da atividade administrativa aos recursos públicos existentes, conforme se verifica a seguir:

"Nada pode fazer a Administração, que não se contenha em seus recursos, e ademais, há de fazê-lo segundo as previsões programáticas e orçamentarias, aí ingerindo também outro Poder, o Legislativo, cujas atribuições igualmente restaram atropeladas".[16]

"É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais (...) depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentarias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política."[17]

Ainda que tal axioma de que a máquina pública depende de recursos para atuar esteja, finalmente, sendo percebido no Brasil, a questão da existência de recursos públicos, na prática, sempre se desenvolveu sob o aspecto de aumento da receita pelo incremento da atividade tributária, mesmo sob a severa crítica dos setores "mais afortunados" da sociedade. Com a quase exaustão da capacidade tributária de nossa sociedade — indubitavelmente, a carga tributária brasileira é uma das maiores do

13 FIGUEIREDO, Maurício e RIOS DA NÓBREGA, Marcos Antônio. "A Lei de Responsabilidade Fiscal e os limites máximos transitórios". *In Lei de Responsabilidade Fiscal*: Teoria e Prática. Org. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 4.

14 *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 15.

15 Sobre a exaustão da capacidade orçamentaria como "situação que se manifesta quando inexistem recursos suficientes para que a administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais" veja-se GRAU, Eros Roberto. "Despesa Pública — Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas — o Princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública." Revista dos Tribunais. *Caderno de Direito Público e Ciência Política*. 2/144.

16 "Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. J. 7-5-1992. Rel. Marco César. *Apud* DALLARI BUCCI. *Op. cit.* p. 274.

17 Supremo Tribunal Federal. ADPF/MC 45 — DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. *In Informativo de Jurisprudência STF* 345, de 26 a 30/04/2004. Disponível em www.stf.gov.br.

mundo — o foco da questão vem paulatinamente se deslocando para a questão da diminuição de despesas, já que "a despesa e a receita são duas faces da mesma moeda, as duas vertentes do mesmo orçamento. Implicam-se mutuamente e devem se equilibrar."[18]

Vem, portanto, a Administração Pública brasileira, desde meados dos anos 90, dando relevo à criação de instrumentos jurídicos que propiciem a racionalização das atividades administrativas, no sentido de adequar os custos das referidas atividades ao bem comum que dela a sociedade pretende alcançar, tendo sido uma das premissas deste novo posicionamento jurídico o reforço do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, através de sua expressa previsão no art. 37, *caput,* da Constituição da República pela EC 19/98.

Entretanto, antes de adentrar especificamente ao princípio da eficiência, é imperioso, por mais evidente que isto possa parecer, demonstrar que toda e qualquer atividade administrativa, até mesmo a omissão estatal, representa custos para a sociedade e não somente a atuação positiva do Estado, quando da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, como se entende majoritariamente no pensamento jurídico nacional.

3.1 O custo dos direitos

Para alcançar o objetivo acima expendido, utilizar-nos-emos de obra[19] de jovem e respeitado professor fluminense, FLÁVIO GALDINO, onde se traça inovador e relevante estudo de obra norte-americana intitulada *The Cost of Rights*[20], da autoria de STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN.

O autor, em que pese a tradicional formulação geracional dos direitos, opta por criar interessante modelo teórico de evolução dos direitos, de acordo com a importância dada ou não pelo pensamento jurídico à questão dos custos, fixando as seguintes fases:

> — "Indiferença": aqui o caráter positivo da prestação jurisdicional e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico;
>
> — "Reconhecimento": reconhece-se, institucionalmente, que há direitos, positivamente fixados, a prestações estatais (sociais), afastando-se, entretanto, a exigibilidade de implementação de tais direitos;
>
> — "Utopia": a crença ideológica — baseada na influência da doutrina econômica keynesiana — em despesas sem limite iguala direitos negativos

18 LOBO TORRES, Ricardo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 165.

19 O custo dos direitos. *In Legitimação dos Direitos Humanos.* Ana Paula de Barcellos. [*et. al.*] Org.: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139/222.

20 Cambridge: Havard University Press, 1999.

e positivos, reconhecendo-se a positividade dos direitos dito sociais, mas desprezando-se o elemento custo.

— "Limitação de recursos": com a superação dos paradigmas keynesianos, traça-se o equilíbrio orçamentário como objetivo, sustentando-se que as despesas públicas devem limitar-se à receita do Estado. Tal realidade lança luzes sobre o pensamento jurídico, o qual, se ainda não consegue "incluir a realidade em seu espectro de considerações, passa a ter em conta, ao menos, as impossibilidades materiais de prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações sejam objeto de reconhecimento em sede judicial."[21]

3.1.1 A "reserva do possível"

A "reserva do possível" é a construção doutrinária segundo a qual, havendo a fixação de um direito subjetivo passível de sindicabilidade judicial, o único limite a sua implementação recai sobre as reservas materiais, ou seja, as possibilidades econômicas e financeiras do Estado para tanto.[22]

A referida construção doutrinária é devidamente reconhecida pela Suprema Corte brasileira, conforme se verifica por voto de ministro relator em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> *"(...)*
> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da *"reserva do possível"*, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração — de implantação sempre onerosa — traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.
>
> Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos."[23]

21 GALDINO. *Op. cit.* p. 174.

22 Veja-se LOBO TORRES, Ricardo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 155/156. e BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 111.

23 Supremo Tribunal Federal. ADPF/MC 45 — DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. *In Informativo de Jurisprudência STF* 345, de 26 a 30/04/2004. Disponível em www.stf.gov.br.

Tal como se pode verificar pelo mencionado arresto, o juspublicismo brasileiro ainda está na fase da "limitação dos recursos", onde o custo dos direitos e, conseqüentemente, da atuação estatal — aí se insere a atividade administrativa — que o resguarda é meramente um limite às prestações estatais positivas, criando-se uma falsa impressão quanto à inexistência de limites orçamentários às ditas atuações estatais negativas, conforme expõe GALDINO: "os direitos da liberdade, tidos como meramente negativos (demonstrados apenas por prestações não fáticas) podem assim ser integralmente garantidos e efetivados, sem as amarras sempre severas das reservas orçamentarias."[24] Nada mais errado, como a seguir será exposto.

3.1.2. A superação do modelo vigente

O jovem professor fluminense, utilizando-se da obra norte-americana intitulada *The Cosi of Rights,* produzida por HOLMES e SUNSTEIN, demonstra que é preciso ultrapassar aquela fase da compreensão jurídica onde os custos são visualizados como meros óbices à efetivação dos direitos, tal como se apregoa na "reserva do possível", em busca de modelo de pensamento no qual se entenda que todos os direitos representam custo para o Estado e, portanto, dependam eles de prestação estatal positiva ou negativa, devem ser submetidos às escolhas trágicas a que está sujeito o administrador público a todo momento, pois "na sua essência, *administrar* compreende o reconhecimento e o diagnóstico [das] necessidades públicas, a obtenção e afetação de recursos necessários à sua satisfação e a definição de prioridades, no caso de inexistência de recursos suficientes."[25]

Pela obra de GALDINO verifica-se que os autores americanos observam que, sendo o Estado garantidor da vida em coletividade, o mesmo é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos existentes, dependendo sua atuação de recursos econômicos-financeiros captados junto à sociedade. Sendo assim, os direitos só existem se há recursos públicos suficientes para sua implementação pelo Estado. Verificando que os custos serão, então, indispensáveis à caracterização dos direitos — entendidos como situações a que o "Direito" concede determinados remédios (jurídicos, portanto) —, os autores afirmam que, em relação à atuação estatal, todos os direitos são positivos e dependem de atuação estatal para sua existência.

A luz do exposto pelos autores norte-americanos pode-se buscar no mais privado dos direitos um exemplo cabal para demonstrar a tese: a invasão de uma propriedade privada por outro particular. O direito de propriedade e seus elementos — no referido caso, a posse —, em que pese sua gênese de direito privado e a característica particular da contenda, será, em última instância, resguardado pelo Estado à medida que o proprietário esbulhado, normalmente, precisa recorrer ao Poder Judiciário para que este o reintegre na sua posse. Portanto, se o particular, mesmo numa contenda com outro particular e sobre um direito considerado de natureza privada, precisa

24 "*Op. cit.*, p. 181/182.

25 TAVARES. José. *Administração pública e direito administrativo*: guia de estudo. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 28.

recorrer ao Estado-juiz — o qual é inteiramente custeado pelos recursos públicos obtidos mediante a atividade tributária — para garanti-lo, aquilo que normalmente é visto pela doutrina tradicional como um dever de abstenção do Estado torna-se, na verdade, uma prestação estatal positiva indispensável à garantia do direito privado de propriedade.

O mesmo se dá com outros direitos que, ditos negativos, tais como a liberdade de expressão, liberdade de contratar, liberdade de ir e vir, se violados acabam por ser garantidos por uma atuação positiva do Estado-juiz. Daí talvez, numa adaptação simplista da tese à realidade brasileira, decorra, em parte, a situação de lentidão e ineficiência da Justiça brasileira, pois o atual avanço na positivação de direitos suplanta, e muito, a capacidade material de aparelhamento do Poder Judiciário, o qual, frise-se, depende dos recursos públicos disponibilizados pela própria sociedade para bem atuar no sentido de assegurar, efetivamente, a tutela jurisdicional àqueles que dela precisam.

Reforçando-se o exposto anteriormente, é fácil verificar que o simples direito constitucional de petição ao Poder Público[26] importa em custos para a Administração Pública, à medida que, estando a mesma jungida a respondê-lo, deverá adotar as providências administrativas pertinentes ao requerimento do administrado. Para tanto, a Administração dispenderá, no mínimo, recursos materiais e humanos — custeados pelo erário público — necessários ao cumprimento de todas as fases de processamento do requerimento administrativo, tais como a manutenção de setor de protocolo, a autuação do processo administrativo que formaliza a petição, a instrução do feito, a manifestação da assessoria jurídica e a decisão da autoridade competente, dentre outras.

Do exposto, pode-se concluir que toda e qualquer atividade administrativa, dê-se ela nos Estados Unidos, na Inglaterra ou no Brasil, custa recursos, ou melhor, dinheiro. E como tudo que custa dinheiro não é absoluto, não é possível formular uma definição de direito e, conseqüentemente, da atuação estatal-administrativa necessária a sua implementação abstraindo-se da realidade concreta. Na opinião de HOLMES e SUNSTEIN, ao invés de considerar direito uma situação ideal e não raro absoluta, melhor considerá-lo como poder de invocar parcela dos escassos recursos públicos de uma dada comunidade. O tempo e o lugar e, por que não dizê-lo, as condições econômicas e financeiras, segundo os referidos autores norte-americanos, definem as prioridades das comunidades, estatuindo o que seja direito.

3.1.3 A evolução do juspublicismo brasileiro quanto aos custos da atividade administrativa

Correlacionando-se a obra de GALDINO à realidade brasileira, verifica-se que o Brasil, da Constituição de 1988 para cá, passou muito rapidamente da fase da

26 CF: "Art. 5° ...
XXXIV — são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder."

"utopia" — segundo a qual, relembremos, a criação dos direitos é totalmente divorciada da idéia de custo — para a da "limitação dos recursos", fase esta devidamente reconhecida até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal ao suscitar que a "reserva do possível" pode ser eventual impedimento à atuação estatal.

E, se assim o é, acreditamos que o direito público brasileiro inicia sua caminhada rumo à fase em que a análise prévia do custo de certa atuação estatal será elemento da fixação ou não de certa pretensão como direito passível de exigibilidade, inclusive, em sede judicial. Veja-se que tal evolução já pode ser notada, de forma incipiente, em nosso ordenamento vigente pela leitura do art. 195, § 5º da Constituição da República, segundo o qual "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total" e dos artigos 15 e 16, II da Lei Complementar 101/00 — Lei de Responsabilidade Fiscal — segundo os quais "serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público" o aumento de despesa sem a "declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias"[27].

E, se conforme demonstrado, a análise dos custos do direito garantido pelo Estado é tão importante, conseqüentemente, o é a dos custos da atividade administrativa necessária à atuação estatal de implantação daquele direito. Como os recursos públicos são finitos e as demandas de atuação estatal são infinitas, a análise dos custos e benefícios da atividade estatal a ser desempenhada é de fundamental importância para o direito administrativo, encontrando-se a Administração Pública — obviamente que aqui estamos falando daquele tipo de Administração ética, proba e comprometida com o interesse público — jungida, numa clara alusão à obra de CALABRESI e BOBBIT[28], às chamadas "escolhas trágicas". Ou seja, numa realidade de escassos recursos públicos, o Estado, e conseqüentemente a Administração Pública detentora da missão de produzir a atividade administrativa necessária à atuação estatal, devem valorar quais são as providências mais prioritárias, a fim de com elas gastar os recursos públicos disponibilizados pela sociedade. Neste contexto, parametrizando o ensinamento da obra dos autores estrangeiros mencionados, as decisões ou "escolhas trágicas" do Estado e, conseqüentemente, da Administração

27 LC 101/00

"Art. 16 — ...

Parágrafo 1º — Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I — adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II — compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições."

28 CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. *Tragic choices — The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources.* Nova York, Londres. W. W. Norton and Company, 1978.

Pública[29] sobre a alocação de recursos públicos para a tutela de determinados direitos considerados como mais prioritários, enquanto outros, por evidente, restarão desprotegidos, espelha os valores da sociedade em questão.

Em nosso entender, a evolução do pensamento juspublicista, tal como exposto anteriormente, reflete-se no fato da sociedade brasileira, após a Emenda Constitucional 19/98, ter optado por uma Administração Pública menos custosa, mais eficiente e responsável com o equilíbrio fiscal, como forma de diminuir o dispêndio dos escassos recursos públicos brasileiros com a própria máquina administrativa, aumentando, assim, a quantidade de recursos disponíveis para alocaçao em demandas sociais mais prioritárias para a população brasileira.

4. A eficiência administrativa, os princípios de direito e o princípio da eficiência

A eficiência, no âmbito da Administração Pública, pode ser definida, segundo HELY LOPES MEIRELLES, como "o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional".[30] Já para ALEXANDRE DE MORAES a administração pública eficiente é aquela "que produz o efeito desejado, que dá bom resultado."[31]

Além das características acima mencionadas, a eficiência administrativa, como corolário da economicidade,[32] tem uma vertente de maximização do recurso público a ser despendido pela Administração Pública, pelo que, para ser eficiente, a atividade administrativa empreendida deverá trazer benefícios para a coletividade compatíveis com o montante de recursos públicos despendidos.

Antes de adentrarmos à eficiência administrativa como princípio da Administração Pública brasileira, será necessário tecermos breves, mas importantes, consi-

29 Aqui estamos considerando a Administração Pública sob o conceito amplo e que, portanto, compreende tanto os órgãos de governo, responsáveis pelos planos de ação, direção e comando, como os órgãos administrativos de execução, conforme o ensinamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, já exposto no presente trabalho. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.54.

30 *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 90.

31 *Direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 319.

32 BUGARIN, Paulo Soares. "Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCL". *In Revista do Tribunal de Contas da União* nº 78 out/dez. 1998. Brasília/DF, p. 41/45. Ressalte-se que, também, o Supremo Tribunal Federal utiliza o termo "economicidade" ao se referir à eficiência, prevista como princípio no art. 37, *caput*, da Constituição da República. No julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada contra lei estadual do Rio Grande do Sul, onde se estabelecia normas sobre publicidade dos atos do Poder Executivo estadual, o relator da ADI 2.472/RS, Min. Maurício Corrêa, votou pela inconstitucionalidade de dispositivo que determinava a exposição do custo da veiculação e publicação da peça publicitária governamental, sob o fundamento de falta de razoabilidade e desproporcionalidade da norma, "sobretudo por obrigar apenas um dos Poderes, impondo mais custos ao erário e ofendendo, em conseqüência, o princípio da economicidade previsto no *caput* do art. 37." Veja-se o *Informativo de Jurisprudência STF* nº 342, de 29/03 a 09/04/2004. Disponível em www.stf.gov.br.

derações sobre a moderna concepção dos princípios de direito como espécie de norma com preponderância axiológica sobre as demais.

4.1 Os princípios de direito e sua normatividade

4.1.1. Fases de evolução do Direito

O positivismo jurídico, sistema calcado no pensamento kelseniano de que um ordenamento jurídico apenas precisa de regras devidamente escalonadas em ordem hierárquica, sem qualquer consideração de ordem metajurídica, possibilitou, em países europeus sob orientação nazi-facista, a existência de Estados de Direito nos quais se praticou, sob a égide da Lei, o extermínio de milhares de vidas. Chocado, o pensamento jurídico hodierno passou a rejeitar a idéia de um ordenamento que tivesse como uma única fonte de validade uma norma jurídica de maior hierarquia, pressupostamente, elaborada pelo Estado.

Após muito esforço intelectual de juristas e jusfilosófos do porte de CHAIM PERELMAN, RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, chega-se à conclusão de que os valores socialmente reconhecidos não poderiam ficar de fora da aplicação do Direito, devendo este levar em consideração os princípios orientadores da conexão entre si e a Moral. Surge, então, a fase denominada pós-positivismo, denominação dada a um ideário jurídico pelo qual se pretende, sem desconsiderar a necessidade da segurança jurídica propiciada por um ordenamento positivamente estabelecido, interpretar a norma jurídica sob a égide de juízos de valor, tais como Justiça e dignidade da pessoa humana, dentre outros. Nesta fase do Direito, promove-se uma reaproximação entre ele e os valores socialmente reconhecidos, materializando-se estes nos princípios reconhecidos pela Constituição Federal, onde sua normatividade é devidamente assegurada[33].

O reconhecimento da normatividade da Constituição no Brasil é recente, pois somente após o texto constitucional de 1988 deixou-se de entendê-la como mero "programa" político, passando o texto fundamental a ser considerado como marco estabelecedor da ordem política, social e jurídica fixada para a República Federativa do Brasil. A Constituição passa a ser, efetivamente, considerada a ordem jurídica máxima à qual todo o ordenamento deve obediência e sob a qual este deve ser interpretado. Os mandamentos constitucionais passam a ser a "lente" sob a qual os "olhos" de qualquer intérprete devem "enxergar" a norma.

E sendo o texto constitucional a ordem jurídica que une agentes sociais tão distintos — o Estado e os cidadãos, a Administração Pública e os administrados, o empresário e o trabalhador, o índio, o branco, o negro, etc. — sua efetividade

33 BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade. Teoria crítica e Pós-positivismo) *In A Nova Interpretação Constitucional*: Ponderação, direitos fundamentais e relações privada. Rio de Janeiro — São Paulo: renovar, 2003, p. 29.

pressupõe a interpretação, tanto das próprias normas constitucionais, como das relativas à legislação infraconstitucional, não como mera atividade de revelação do conteúdo da norma, mas sim como atividade de desenvolvimento de papel criativo no sentido de concretizar-se os valores reconhecidos pela Constituição, através dos princípios de direito nela estabelecidos.

4.1.2. Princípios e regras

Com base na nova forma de interpretar o direito — no Brasil, após a Constituição de 1988 — fixou-se na doutrina o entendimento de que um ordenamento jurídico balanceado deve ser constituído tanto de regras, quanto de princípios. Àquelas cabe a realização da função de segurança jurídica, enquanto a estes incumbe-se a função de realização de Justiça no caso concreto. Esta função dos princípios dá-se devido à sua maior flexibilidade e à influência da carga valorativa que os informa, bem como a sua imperatividade, haja vista serem os mesmos espécie de norma, a qual tem como uma de suas principais características condicionar a atividade hermenêutica do intérprete. Mas, em que pese a unanimidade em dotar os princípios de caráter normativo, a moderna doutrina ainda vem fixando os critérios para a configuração dos princípios de direito e, especialmente, quanto à sua distinção em relação às regras jurídicas.

Segundo JANE REIS GONÇALVES PEREIRA e FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS SILVA[34], RONALD DWORKIN prega a distinção dos princípios e regras a partir de um aspecto lógico:

"Ambos (regras e princípios) estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da orientação que estabelecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso em que nada contribuirá para a decisão."[35]

ROBERT ALEXY — embora o faça em contexto teórico diverso de RONALD DWORKIN — também diferencia regras e princípios, sob o aspecto lógico ou qualitativo. Para o autor alemão, a distinção entre princípios e regras é mais bem evidenciada a partir dos casos de colisão entre as normas, já que os conflitos entre regras são solucionados com base nos aspectos de validade da norma, considerando-se os critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade, enquanto os conflitos entre princípios são solucionados a partir da ponderação quanto ao peso de cada princípio, consideradas as circunstâncias do caso concreto. Significa dizer que, no conflito entre princípios, não há extinção do princípio de menor adequação valorativa à hipótese do caso concreto, mas tão-somente o seu afastamento, continuando o

34 "A Estrutura Normativa das Normas Jurídicas" *in Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, p. 3 a 24.

35 *Idem, ibdem*, p. 9.

mesmo inserto no ordenamento jurídico vigente, podendo ser aplicado em outro caso concreto em que sua carga valorativa seja mais adequada.

Com base em tais posicionamentos, pode-se evidenciar dois critérios para a distinção entre princípios e regras, quais sejam a forma de aplicação e o conflito de normas e sua solução.

Quanto à forma de aplicação, considerando-se o ensinamento de ROBERT ALEXY de que os princípios podem ser caracterizados como *mandados de otimização*, verifica-se que os mesmos podem ser implementados segundo várias escalas de concretização, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvam o caso concreto. Já as regras impõem uma exigência que é ou não cumprida, não se permitindo a sua concretização em diversos graus, tal como ocorre nos princípios.

Quanto ao conflito de normas e sua solução, verifica-se que a distinção feita entre princípios e regras diz respeito à convivência entre princípios de maior ou menor peso, que se oponizem em dado caso concreto, enquanto as regras antinômicas excluem-se do ordenamento jurídico, face à perda de validade da regra não aplicável ao caso concreto.

Diante da distinção entre regras e princípios, a moderna doutrina tem encontrado subsídios para reconhecer que a norma jurídica é gênero constituído de duas espécies: regras e princípios, congregando estes as funções de dar unidade ao sistema jurídico, condensar os valores aceitos pela sociedade e servir de vetor à atividade de interpretação do ordenamento vigente.

4.1.3. A importância dos princípios para o intérprete do direito administrativo

A importância do moderno pensamento doutrinário acima exposto mostra-se evidente, à medida que o juspublicista amante do direito administrativo — ramo do direito de contradições pela sua própria essência de pretender ser o regramento constituidor do Estado moderno ao mesmo tempo em que limita o exercício do poder estatal — deverá posicionar-se ante os diversos conflitos normativos que normalmente surgem na consecução da atividade administrativa, valendo-se da preponderância axiológica dos princípios reconhecidos pela Constituição da República, dentre eles, após a EC 19/98, o da eficiência administrativa.

Em que pese sobre outro foco — o da ocasionalidade da legislação administrativista, característica própria não só do direito administrativo espanhol —, já ensinava GARCIA DE ENTERRÍA que o direito administrativo não se sustenta sem se recorrer aos princípios de direito:

"*El control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez administrativo atenerse a su más estricta funcíon de defensor del orden jurídico. Hay que decir que en parte alguna del Ordenamiento la apelácion a los principios generales es más necessaria que en el Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislacion contigente y ocasional, de las normas parciales y fugaces; sobre lo cual tendremos más tarde ocasíon de reflexionar. Ante ello no hay la menor posibilidad de una jurisprudencia y de ciencia estrictamente exegética, ni por verdadera reduccíon al absurdo, por inesperado*

'embarras de richesse', es posible sostener que el Derecho Administrativo sea la suma de todo esse conjunto inacabable de normas en perpetuo fieri, cuyas notorias y graves deficiencias no alcanzan a compensarse (antes bien, resultan potenciadas) por la agrupación o reunión de todas ellas. Más que en parte alguna resulta aqui evidente que sin un esqueleto de principios generales capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido esse caótico y nunca reposado agregado de normas, el Derecho Administrativo, ni como ordenacíon a aplicar, ni como realidad a comprender, ni, consecuentemente, como ciencia sería posible." [36]

Mas em que pese a importância dos princípios de direito para o juspublicismo, tal como acima ilustrado, o direito administrativo brasileiro é um dos ramos do Direito nacional que mais resiste à nova hermenêutica à luz da Constituição da República, devido, dentre outros fatores, à forma equivocada de interpretar-se o princípio da legalidade administrativa.

É que a generalidade dos administradores — fato que pode ser observado na atividade de consultor jurídico da Administração Pública — e grande parcela dos operadores do direito ainda acham que devem irrestrita observância à legislação infraconstitucional, sem considerar os valores constitucionalmente reconhecidos. De fato, qualquer intérprete do Direito Administrativo deve fiel e irrestrita observância à Lei, mas somente àquela que não esteja em conflito com os ditames constitucionais[37], pois a Constituição prevalece sobre todas as demais normas — princípio da supremacia da Constituição[38]

Caracterizada a atividade administrativa *ex officio* da Lei pelo cotidiano conflito entre interesses dos cidadãos e do Estado, devem todos que precisam interpretar o direito administrativo — o cidadão, o administrador público, o consultor jurídico, o doutrinador, o magistrado, *et coetera* — procurar, no exercício de sua atividade, delimitar os princípios e regras incidentes sobre as situações sob seus cuidados, a fim de interpretar o ordenamento jurídico vigente com base na Constituição da República, onde foram fixados, como norma, os valores adotados pela sociedade brasileira, dentre eles a eficiência administrativa.

36 ENTERRÍA, Garcia de. *La lucha contra las imunidades del poder.* 3ª ed. Madri: Ed. Civitas, 1995, p. 44/45.

37 "A Constituição vigente, ao contrário das anteriores, dedicou um capítulo à Administração Pública (capítulo VII do Título III) e, no art. 37, deixou expressos os princípios a serem observados por todas as pessoas administrativas de qualquer dos entes federativos. Convencionamos denominá-los de princípios expressos exatamente pela menção constitucional.

Revelam eles as diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só se poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles." José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p.13/14.

38 "A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos." Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso." O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.329.

4.2 A eficiência administrativa como princípio da Administração Pública brasileira

ROSIMEIRE VENTURA LEITE[39] expõe, com muita didática, que a eficiência, antes da EC 19/98, já era princípio implícito da Administração Pública. Para fundamentar tal entendimento utiliza-se da previsão da eficiência como quesito de avaliação da gestão administrativa pelos órgãos de controle interno ao art. 74, II, da Constituição da República, das referências do Decreto-lei 200/67 sobre controle de resultados da atividade administrativa e de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[40]

A eficiência como norma à Administração Pública é realidade no juspublicismo americano e europeu. No primeiro, devido à temática do Estado "custo-benefício" que, iniciada nos anos 80 e em vigor até hoje nos Estados Unidos, teve, ainda que sob o manto da justificativa de adequar os enormes custos da atividade regulatória, como real finalidade propiciar maior liberdade de atuação aos diversos agentes americanos atuantes no mercado. Já no direito europeu, conforme informa MARIA PAULA DALLARI BUCCI, o princípio da eficiência é "responsável por um esforço de superação do formalismo característico da maioria dos ordenamentos jurídico-administrativos. Como sintetizam comentaristas italianos: 'a tantos controles inúteis previstos hoje se deve substituir a verificação do atingimento efetivo dos fins e objetivos.'"[41]

Influenciado pela presença da eficiência como norma à Administração Pública no direito administrativo das principais nações do planeta, o poder constituinte reformador brasileiro, conforme bem exposto por ALEXANDRE DE MORAES, através da EC 19/98, "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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência."[42]

Tal pretensão de impor agilidade à atuação administrativa é o que se pode depreender da justificativa da Mensagem Presidencial 886/95 — convertida na Proposta de Emenda Constitucional 173/95, a qual deu origem à EC 19/98 — onde o Poder Executivo federal expõe que a necessidade de mudança no texto constitucional deveria dar-se para "incorporar a dimensão de eficiência na administração

39 *Revista de Direito Administrativo — RDA* 226 — 251/263. Out/Dez. 2001. Rio de Janeiro: Renovar.

40 "Administrativo. Funcionário. Estágio probatório. Dispensa. Sindicância. Legalidade.

I — Servidora pública em estágio probatório pode ser dispensada por não convir à Administração a sua permanência, após ter sido apurado em sindicância regular, com a ampla defesa assegurada, que praticou atos incompatíveis com a função do cargo em que se encontra investida. O estágio probatório tem por escopo verificar se a pessoa habilitada no concurso preenche os requisitos legais exigidos, sua idoneidade moral, a disciplina, a eficiência, a aptidão e a assiduidade.

II — A Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const., art. 37). Outros evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público."

41 *Op. cit.*, p. 180/181.

42 *Op. cit.*, p. 318.

pública; o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte", bem como para "enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade no cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos". Veja-se que, consoante a tradição de sistema híbrido do direito público brasileiro, a mudança proposta e encampada pelo poder constituinte reformador brasileiro abarca características próprias tanto do princípio da eficiência adotado pelo direito administrativo americano — relação custo-benefício da atividade administrativa —, quanto pelo seu congênere europeu — superação de exageros no formalismo e controle da atividade administrativa.

Portanto, com a inclusão expressa da eficiência como princípio da Administração Pública brasileira no art. 37, *caput,* da Constituição da República, a partir da EC 19/98, inaugura-se um novo parâmetro jurídico para a interpretação das normas de direito administrativo brasileiro, conforme será exposto a seguir. Ressalte-se que tal evolução do direito público brasileiro, em nosso entender, pode propiciar a adequação do juspublicismo brasileiro aos seus avançados congêneres estrangeiros, em especial, quanto à necessidade de considerar-se os custos não mais como meros óbices à atividade administrativa, mas sim como elemento integrante da mesma, o qual precisa ser previamente analisado antes de movimentar-se a máquina administrativa.

4.3. O novo paradigma de interpretação do direito administrativo após a Emenda Constitucional 19/98

4.3.1. O ambiente normativo gerado pela Emenda Constitucional 19/98

Antes de incidirmos sobre a nova forma de interpretar a eficiência da atividade administrativa, após a sua fixação como princípio expresso da Administração Pública pela EC 19/98, é preciso tecer considerações genéricas sobre o conjunto de modificações constitucionais promovidas pela referida emenda constitucional — no qual, por evidente, insere-se a fixação da eficiência como princípio constitucional — e o significado que as mesmas tiveram para o cotidiano da Administração Pública brasileira.

Ressalte-se, preliminarmente, que a EC 19/98 não tem unanimidade na doutrina como instrumento jurídico de modernização da Administração Pública, havendo autores que a consideram como inócua neste sentido e outros que a consideraram como violadora dos princípios em que está assentada a ordem jurídica brasileira à época.

Veja-se a ferina opinião de IVAN BARBOSA RIGOLIN sobre a EC 19/98:

"A grande sensação do brasileiro quanto à EC 19 é de indisfarçada fraude, farsa teatral do governo para dar satisfação à sociedade, circo de cavalinhos, grossa

empulhação oficial que apenas engana a quem nasceu ontem ou anteontem, embuste jurídico tão grosseiro quanto seus autores, trapaça que não dá sinal de se resolver, molecagem ou travessura inconseqüente — ou algo pior, se puder existir em direito."[43]

Já para LUIZ ALBERTO DOS SANTOS a EC 19/98:

"... implica em radical mudança no paradigma constitucional da Administração Pública brasileira, jogando por terra princípios e regras que foram construídos, na Carta de 1988, com o propósito de moralizar e profissionalizar a função pública e a administração estatal em nosso país."[44]

E ainda que:

"A irracionalidade desse processo de pseudo-reforma é agravada pelo viés alienado dos que não conseguem superar o formalismo e se apegam a mudança das normas — flexibilizando a Constituição — ou de estatutos jurídicos como condição suficiente para tornar o Estado mais eficaz, efetivo ou eficiente."[45]

Em que pese a respeitabilidade da opinião dos referidos autores, verifica-se, por um exame menos superficial das alterações produzidas pela EC 19/98 no cenário jurídico da Administração Pública brasileira, que houve um considerável avanço no campo da atuação estatal/administrativa brasileira. Vejamos.

A EC 19/98, dentre outros dispositivos constitucionais, produziu alterações nos artigos 37, XI, XIII a XVII, §§§ 3°, 8° e 9°, 39, § 1°, 41, §§§§ 1° a 4°, 70, parágrafo único, 169, § 4°, e 247 da Constituição da República à época em vigor. Em breve análise sobre as alterações constitucionais, bem como sobre as inovações da ordem jurídica infraconstitucional daí decorrentes, pode-se dividir as inovações jurídicas promovidas no juspublicismo brasileiro, a partir de 1998, sob os aspectos a seguir delineados:

1. desenvolvimento da necessidade de elevação do desempenho apresentado pelos servidores públicos, os quais com a estabilidade genérica, implantada a partir do texto original da Constituição e a inexistência de mecanismos de avaliação do exercício do cargo, apresentavam-se apaticamente perante o público ao qual deviam servir. Para tanto, a EC 19/98 pretendeu permitir a adoção da dispensa por desempenho insatisfatório e de regime de emprego público, o qual, apesar de encontrar-se genericamente regulamentado pela Lei 9.962, de 22/02/2000, depende de leis específicas para a criação dos cargos em regime de emprego público.

43 "O servidor público na EC 19/98, a 'reforma administrativa'." *In Lei de Responsabilidade fiscal: teoria e prática.* Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 69.

44 "Reforma administrativa: efeitos imediatos e alternativas para sua efetivação." Disponível em www.pt.org.br/assessor/refton.htm. Consulta feita em 09/06/2004.

45 "Reforma, ufanismo e retórica." Disponível em www.pt.org.br/assessor/refton.htm. Consulta feita em 09/06/2004.

2. expansão da atuação estatal para a sociedade civil organizada, movimento de tendência comum no juspublicismo moderno, conforme observado por SABINO CASESE, citado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, para quem o "Direito Administrativo se vai ampliando, além desta conexão, sobre o espaço do público não estatal".[46]. Para tanto, modificou-se o art. 70, parágrafo único da Constituição, obrigando à prestação de contas do dinheiro público qualquer pessoa que o utilize, inclusive, as jurídicas de direito privado, bem como editou-se a Lei 9.790, de 23/03/1999, pela qual se dispôs sobre as "Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público", propiciando ferramental jurídico para a implementação daquela tendência acima mencionada, sem, diga-se de passagem, perder o controle dos recursos públicos aí investidos, haja vista os mecanismos de controle previstos na referida lei[47] *De lege ferranda*, deve-se, urgentemente, instaurar mecanismo

46 MOREIRA NETO. *Op. cit.*

47 Lei 9.790/99

"Art. 4° — Atendido o disposto no art. 3°, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

I — a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência;

(...)

VII — as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

(...)

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

(...)

Art. 11 — A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

(...)

§ 3° — Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Art. 12 — Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 13 — Sem prejuízo da medida a que se refere o art. 12 desta Lei, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou de terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990.

§ 1° — O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil.

legal que disponha sobre seleção técnica, imparcial, isonômica e comprometida com o interesse público às instituições deste tipo que firmem parceria com o Poder Público, a fim de evitar a atual forma de seleção que, conforme informa a imprensa falada e escrita, recai, constantemente, sobre os chamados "apaniguados do poder".

3. propiciar modalidade de licitação que, além de observar os demais critérios do procedimento de seleção pública, fosse mais ágil, além de estabelecer regime jurídico diferenciado aos entes de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta propiciando-lhes atuação mais adequada ao mercado privado em que atuam. Para tanto, a EC 19/98 produziu alterações nos artigos 22, XXVII, e 173, § 1° da Constituição, tendo o legislador infraconstitucional, a fim de suprir a primeira demanda acima citada, criado a modalidade de licitação denominada "pregão"[48], através da Medida Provisória 2.026/00, convertida na Lei 10.520/02, e do Decreto 3.555/00, inclusive com adequação da modalidade ao atual uso cotidiano da *internet, o* chamado "pregão eletrônico" regulamentado pelo Decreto 3.697/00.

4. equilibrar as finanças públicas governamentais, as quais, com o controle inflacionário promovido a partir de 1995, expuseram-se como desastrosas, revelando o descaso, quase que absoluto, dos administradores públicos brasileiros com a boa gestão dos recursos públicos sob sua responsabilidade.

§ 2° — Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, como contas bancárias e aplicação mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e tratados internacionais.

§ 3° — Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da organização parceira.

(...)

Art. 15 — Caso a organização adquira bem imóvel com recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade.

(...)

Art. 17 — O Ministério da Justiça permitirá, mediante requerimento dos interessados, livre acesso público a todas as informações pertinentes às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público."

48 "As modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/93, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação.

Atendendo a tais reclamos, foi editada a Lei 10.520, de 17/7/2002, na qual foi instituído o pregão como nova modalidade de licitação, com disciplina e procedimento próprios, visando acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas." CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 250/251.

Neste sentido, a EC 19/98 promoveu alterações, principalmente, no artigo 169 da Constituição, tendo o legislador infraconstitucional editado a Lei Complementar 101/00 — Lei de Responsabilidade Fiscal, e a Lei 10.028/00. Indiscutíveis são os benefícios que a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe às contas da Administração Pública brasileira, conforme testemunham CARLOS MAURÍCIO FIGUEIREDO e MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA: "Com o fim da inflação, diante do advento do Plano Real, a realidade das finanças públicas veio à tona e o diagnóstico foi cruel: a necessidade imperiosa do estabelecimento do equilíbrio fiscal. Equilíbrio esse que transcendia a simples imposição de regras, mas exigia dos gestores públicos uma nova forma de conduta, um compromisso e, para dizer mais, uma responsabilização pela gestão da coisa pública.

A Lei de Responsabilidade Fiscal vem estabelecer esse novo padrão. Não só impondo regras, que são importantes, é verdade, mas sim, determinando compromissos e padrões de conduta que devem ser seguidos. Esses padrões se consubstanciam sobretudo nos princípios elencados na LRF e, entre eles, o princípio que chama muito nossa atenção é o princípio da prudência que caracteriza a cautela, a ponderação, na consecução fiscal."[49]

Verifica-se, portanto, que a Emenda Constitucional 19/98 inovou o juspublicismo brasileiro permitindo a criação de diversos instrumentos jurídicos, através dos quais se permitiu a avaliação do desempenho do servidor público, a expansão da atuação estatal para a sociedade civil organizada, a agilização dos procedimentos de licitação adotados pela Administração Pública, bem como a criação de cultura de responsabilidade fiscal, com o fim de equilibrar as contas públicas, através da fixação de regras e princípios oponíveis ao administrador público na gestão dos recursos do erário, bem como de adequada responsabilização pelo descumprimento das referidas normas.

Ante a evolução do direito público brasileiro propiciada pela EC 19/98, somos obrigados a distoar de IVAN BARBOSA RIGOLIN e LUIZ ALBERTO DOS SANTOS e a concordar com DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO no sentido de que, "... para o profissional de Direito, enquanto tal, não cabe nem fechar os olhos às novas instituições, porque não lhe agradem, nem, muito menos, contra elas vociferar, mas desenvolver uma atitude positiva, em que a crítica científica, necessária e desejada, guarde um sentido construtivo e, se possível criativo".[50]

4.3.2. O princípio da eficiência como vetor interpretativo do direito administrativo brasileiro

Considerando-se que a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso da Administração Pública brasileira foi um dos cernes da

49 *Op. cit.* p. 6.

50 *Op. cit.* p.

EC 19/98, pretendemos, à luz do ensinamento do mestre MOREIRA NETO acima exposto, desenvolver uma análise construtiva sobre tal atitude do legislador constituinte reformador, expondo, além dos entendimentos contrários à importância de tal inovação constitucional, o entendimento de que a fixação da eficiência como princípio constitucional expresso importa em nova forma de interpretar o direito administrativo brasileiro, gerando, inclusive, sindicabilidade pelo Estado-juiz sobre a eficiência ou não da atividade administrativa.

Como dissemos anteriormente, o direito administrativo brasileiro é um dos ramos que mais apresenta resistências à moderna interpretação do direito público sob a "lente" da principiologia constitucional. Talvez devido a isso, a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso encontra tanta resistência entre ilustres e doutos administrativistas brasileiros, como a seguir se expõe.

Para JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, a inclusão da eficiência administrativa como princípio expresso da Administração Pública na Carta Magna representa um mero reforço de linguagem, sem qualquer outro efeito:

"No que tange ao arrolamento da eficiência entre os princípios reitores da atividade administrativa estatal, só se pode compreender como uma figura de estilo, um reforço de linguagem para enfatizar o que é inerente à Administração Pública e é dela reclamado pelos administrados, justificadamente. A sociedade não organiza e mantém o Estado para ser ineficiente, embora ineficiências podem ser, e são, encontráveis em setores de qualquer empreendimento privado."[51]

MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO LOPES opõe-se, radicalmente, ao caráter principiológico da eficiência administrativa:

"Inicialmente cabe referir que eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido — salvo se deixou de ser em recente gestão pública — finalidade da mesma Administração Pública. Nada é eficiente por princípio, mas por conseqüência (...).

Trata-se de princípio retórico imaginado e ousado legislativamente pelo constituinte reformador, sem qualquer critério e sem nenhuma relevância jurídica no apêndice ao elenco dos princípios constitucionais já consagrados sobre Administração Pública."[52]

No mesmo caminho segue CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto."[53]

51 *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 41/42.

52 Comentários à reforma administrativa. De acordo com as emendas constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998. São Paulo: *RT*, 1998, p. 108/109.

53 *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 92.

Na mesma linha de descrédito quanto à fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso da Administração Pública posiciona-se LÚCIA VALLE FIGUEIREDO para quem:

"É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência administrativa para seus cometimentos."[54]

Ouso discordar de vozes tão importantes do direito administrativo brasileiro para afirmar que a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso, após a EC 19/98, representou vultosa inovação no juspublicismo brasileiro, em especial, se considerarmos a nova hermenêutica à luz dos princípios de direito fixados na Constituição da República. Como diz GALDINO, "as idéias evoluem, em especial, as idéias acerca dos direitos"[55]

Talvez como fruto da influência francesa na gênese de nosso direito administrativo, sempre se deu, no âmbito da Administração Pública brasileira, mais importância à formalidade do que à materialidade da atuação administrativa, em especial, quanto ao alcance, em si, do fim de interesse público que deve, sempre, ser pretendido pela Administração. A fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso da Administração Pública, nos termos da alteração produzida pela EC 19/98 no art. 37, *caput*, da Constituição da República, vem mudar de uma vez por todas este errôneo paradigma, não só pela necessidade de observância da eficiência, após a referida emenda constitucional, como norma pelo administrador público, como também pela conseqüente sindicabilidade judicial da existência ou não de eficiência na atividade administrativa que daí decorre.

Conforme já exposto anteriormente, estamos numa fase do Direito em que os princípios são devidamente reconhecidos como espécies de norma, com grau hierárquico superior a todas as demais normas, especialmente, quando reconhecidas constitucionalmente. É a lição de PAULO BONAVIDES:

"Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional os princípios se convertem igualmente em norma *normarum*, ou seja, norma das normas."[56]

Assim, se antes a eficiência era qualidade desejável à atividade administrativa, após a sua fixação como princípio constitucional expresso pela EC 19/98, e, portanto, como norma constitucional dotada das características de imperatividade, coercibilidade e precedência, passa a ser oponível ao administrador público a sua observância, tanto em relação ao trato com a coletividade, para quem os serviços públicos são

54 *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.

55 GALDINO, Flávio. *Op. cit.*, p. 200.

56 *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 261.

prestados, como nas atividades organizacionais internas da própria Administração Pública brasileira[57].

Ademais, a eficiência administrativa passa a ser vetor de interpretação de todas as demais normas de direito administrativo vigentes em nosso ordenamento jurídico, pois essa é uma das funções primordiais dos princípios de direito, ante sua impregnação por valores socialmente reconhecidos como mais importantes em determinado tempo e lugar.

Se está, portanto, inserto no texto da Constituição que a Administração Pública deverá desempenhar as atividades administrativas no sentido de produzir resultados os mais satisfatórios possíveis ao atendimento das necessidades da coletividade e da própria máquina administrativa[58], dispendendo o mínimo possível de recursos públicos para tanto, deverá o administrador público, no exercício *ex lege* da atividade administrativa, interpretar as normas a que está sujeito sob o prisma da legalidade material, em detrimento de um exacerbado formalismo que eventualmente seja exigido pela legislação vigente.[59]

Pode-se exemplificar a proposição acima exposta através de caso concreto enfrentado por este autor no exercício da atividade de consultor jurídico da Administração Pública federal. Determinada instituição pública federal tinha em seu patrimônio certos bens que, através de comissão própria para tanto, foram classificados como irrecuperáveis e, por isso, segundo permissão legal, poderiam ser alienados, mediante doação, a "entidade filantrópica, reconhecida de utilidade pública pelo governo federal."[60]. O administrador público regional responsável pelos referidos bens manifestou-se no sentido de que os mesmos estavam em estado lastimável, sem qualquer possibilidade de uso e gerando despesa para o seu armazenamento. Mesmo tendo a instituição de assistência social que se propôs a ser donatária dos bens cumprido todos os demais requisitos legais para a doação, a Administração Central, em vista do "certificado de fins filantrópicos" da instituição estar vencido — foi apresentado um protocolo de renovação do referido certificado, junto ao

57 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 20.

58 "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 a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão — características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções." MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 145.

59 As normas administrativas, os legisladores e os tribunais de controle têm de olhar o custo da inércia, evitando procedimentos e disposições que inibam iniciativas e soluções. Hoje, na maioria dos organismos estatais, é mais fácil encontrar um parecer que proíba do que um que torne viável determinada empreitada. Em suma, é preciso substituir preliminarmente a cultura da interdição por cautela pela cultura da responsabilização pelos erros cometidos. Impunidade e excesso de zelo são duas faces da mesma moeda." *Leis dificultam o gerenciamento de estatais*. Artigo de Telmo Giolito Porto. *Estado de São Paulo* de 22/04/1998. *Apud* DALLARI BUCCI, *Op. cit.*, p. 181.

60 Art. 15, III do Decreto 99.658/90.

Conselho Nacional de Assistência Social, o qual ainda não havia apreciado o requerimento —, fez consulta sobre a legalidade do ajuste administrativo pretendido, mostrando-se inclinada em sentido contrário à doação. O posicionamento deste autor, naquela oportunidade parecerista, foi de que, além de ser necessária a interpretação sistemática e teleológica do dispositivo legal que exigia a comprovação da condição de entidade filantrópica, deveria atentar-se para os princípios de direito incidentes sobre a hipótese fática apresentada pela Administração, nos seguintes termos:

"Na hipótese fática apresentada pela Administração temos a seguinte situação: de um lado a Administração que, para melhor exercício de suas atividades administrativas (otimização e continuidade dos serviços públicos), precisa desfazer-se de bens classificados como irrecuperáveis, os quais têm tirado-lhe espaço físico (preservação do erário público, à medida que a guarda dos bens implica no gasto de recursos públicos), e a entidade de fins filantrópicos que se propôs a receber os referidos bens para com eles exercer sua atividade de assistência social (princípio da dignidade da pessoa humana — artigos 1°, III, e 3°, I e III, e 193 da Constituição Federal). De outro lado, a impedir o normal transcurso da doação tem-se a ausência de certificado já solicitado ao órgão competente para tanto (princípio do formalismo).

Ressalte-se que o próprio Decreto 99.658/90, ao seu art. 16, dispõe que verificada a não alienação do material classificado como irrecuperável a autoridade competente determinará a sua inutilização ou seu abandono, providência administrativa esta que, por evidente, implicará em outros gastos de recursos públicos (preservação do erário público).

Portanto, no presente caso concreto temos um conflito normativo entre os vários princípios acima elencados e o princípio do formalismo. Considerando-se os interesses presentes na hipótese dos autos, entendemos que, dentro da lógica do razoável e de acordo com os ditames constitucionalmente fixados, deva prevalecer não só o interesse da Administração em otimizar a sua atividade administrativa, através da doação dos bens irrecuperáveis, impedindo assim outros dispêndios de recursos públicos com a inutilização ou abandono do material irrecuperável, mas também o de incentivar a assistência social, fomentando, assim, a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual segundo o art. 1°, III da Constituição da República, é fundamento da República Federativa do Brasil.

Ademais, na consecução de suas atividades deve sempre estar ciente o administrador de que deve obediência não só ao princípio estrito da legalidade administrativa, mas também a todos os demais princípios estabelecidos na Constituição da República, tal como o princípio da eficiência administrativa, segundo o qual não é juridicamente aceitável que da adoção de uma providência administrativa resulte gastos públicos sem equivalentes benefícios sociais, pois conforme já asseverado pelo próprio Tribunal de Contas da União não se pode dar prevalência desmedida à formalidade em detrimento de preservar-se o erário público.

Neste sentido:

> "Esta, aliás, tem sido a tendência moderna deste Tribunal: evitar as preocupações excessivas com formalidades e cuidar mais da correta aplicação dos recursos públicos, combatendo o desperdício e a corrupção."

Tribunal de Contas da União, rel. Min. Fernando Gonçalves, DOU de 09/12/92, p. 26.244 *In Lei de Responsabilidade Fiscal* — Teoria e prática, Carlos Valder do Nascimento (coord.). Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 174."[61]

Tal espécie de posicionamento jurídico, ante a busca por uma Administração Pública que, além de observadora das formalidades a que está jungida, seja mais ágil, com foco na busca por melhores resultados de interesse público com o menor dispêndio possível de recursos do erário, somente é possível ante o moderno entendimento de que o princípio é espécie de norma, dotado de imperatividade, coercibilidade e precedência, bem como, por conseqüência, devido ao fato de a eficiência administrativa estar atualmente fixada como princípio da Administração Pública. Isto demonstra a importância da alteração constitucional feita pelo legislador constituinte reformador, através da EC 19/98, no art. 37, *caput,* da Constituição da República, elevando a eficiência administrativa ao degrau de vetor interpretativo do direito administrativo brasileiro, na busca de uma Administração Pública ágil e comprometida com o alcance dos interesses materiais da sociedade, tal como ensinado por MARIA PAULA DALLARI BUCCI.[62]

4.3.3. A (in)sindicabilidade judicial da eficiência administrativa

Há posicionamentos doutrinários afirmativos da total insindicabilidade da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário, posicionamento este que, em nosso entender, não resiste ao moderno entendimento sobre os princípios de direito aqui já exposto.

É que se a eficiência administrativa está fixada na Constituição da República como princípio expresso da Administração Pública brasileira e se os princípios de direito são espécie de norma — no presente caso de grau constitucional e, portanto, como ensina BONAVIDES constituindo-se em "norma das normas" —, como pode a eficiência ser insindicável ao Poder Judiciário, o qual tem como missão a guarda da Constituição e da ordem jurídica?

O que ocorre neste caso é que somente a verificação da existência ou não da eficiência na atividade administrativa é sindicável pelo Poder Judiciário, haja vista que tal critério qualitativo no exercício da atividade administrativa é norma constitucional imposta à Administração Pública. O que não é possível ao Estado-juiz é substituir-se à Administração Pública na aferição de qual conduta administrativa é

61 Processo administrativo IBGE nº 03641.000414/2003-32. Parecer datado de 20/05/2004, aprovado pela Srª Procuradora-chefe da Procuradoria Federal na Fundação IBGE, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal/Advocacia-Geral da União.

62 "O princípio da eficiência, positivado no texto constitucional, é o vetor jurídico-axiológico que habilita os operadores do direito a buscar o cumprimento da legalidade material, em detrimento da interpretação formalística que perverta o seu sentido." *Op. cit.*, p. 188.

mais eficiente, em vista das condicionantes factuais e técnicas que moldam a execução da tarefa administrativa em cada caso concreto e dos próprios limites de recursos orçamentários-financeiros a que está sujeito o administrador público. Ou seja, no campo da discricionariedade administrativa, a qual recai sobre a escolha de qual a atividade administrativa mais eficiente a ser adotada pela Administração Pública, " o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência."[63], pois tal atribuição, por evidente, restringe-se à esfera de atribuições do administrador público, o qual, ante as inúmeras demandas pela atuação administrativa e a escassez de recursos orçamentários a que está sujeita a Administração Pública, estará sujeito às chamadas "escolhas trágicas" de BOBBIT e CALABRESI

Isto posto, se "o total controle jurisdicional da eficiência implicaria numa intervenção inaceitável do Poder Judiciário na competência administrativa, usurpando as atribuições constitucionais da administração pública"[64], por outro lado não se pode desconsiderar que "o exercício de faculdades discricionárias não só não dispensa a administração pública do respeito à principiologia constitucional como ainda a obriga a consagrá-la em todos os seus atos. Não há, portanto, no poder discricionário, nem vontade absolutamente livre do administrador nem a pretensa imunidade a seu controle."[65].

Assim, a questão da (in)sindicabilidade da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário resolver-se-á pelo exame de cada caso concreto, considerando-se que se de um lado a discricionariedade administrativa impede um controle absoluto da eficiência administrativa pelo Estado-Juiz, de outro tem-se a necessidade de observância ao princípio constitucional previsto no art. 37, *caput,* da Constituição, a qual, caso não ocorra espontaneamente, dar-se-á mediante imposição do Poder Judiciário, em cumprimento de sua missão institucional de guardião da Constituição da República.

5. Conclusão

Se o juspublicismo brasileiro ainda está na fase da "limitação dos recursos", onde o custo dos direitos e, conseqüentemente, da atuação estatal/administrativa que o resguarda é meramente um limite às prestações estatais positivas, verifica-se, também, que o direito público brasileiro já iniciou sua caminhada rumo à fase em que a análise prévia do custo de certa atuação estatal será elemento para a fixação ou não de certa pretensão como direito passível de exigibilidade, inclusive, em sede judicial. E o que se pode verificar, dentre outros dispositivos, pela leitura do art.

63 FRANÇA, Vladimir da Rocha. "A eficiência administrativa na Constituição Federal". *RDA* 220 — abril/junho de 2000. Rio de Janeiro: Renovar.

64 FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Op. cit.*

65 COSTA COELHO, Paulo Magalhães da. *Controle jurisdicional da administração pública.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

195, § 5º da Constituição da República e do artigos 15 e 16, II da Lei Complementar 101/00 — Lei de Responsabilidade Fiscal.

A evolução do direito administrativo brasileiro, tal como exposto anteriormente, reflete-se, também, no fato de a sociedade brasileira, após a Emenda Constitucional 19/98, ter optado por uma Administração Pública menos custosa, mais eficiente e responsável com o equilíbrio fiscal, como forma de diminuir o dispêndio dos escassos recursos públicos brasileiros com a própria máquina administrativa, aumentando, assim, a quantidade de erário disponível para aplicação nas demandas sociais mais prioritárias à população brasileira. É o que se vê, sem desconsiderar todo o contexto das alterações produzidas pela referida emenda constitucional, pela fixação da eficiência como princípio constitucional expresso da Administração Pública.

Em que pese a fixação da eficiência administrativa como princípio constitucional expresso ter encontrado tanta resistência entre ilustres e doutos administrativistas brasileiros, é indiscutível que, passando a mesma à condição de norma constitucional dotada das características de imperatividade e coercibilidade, passa a ser oponível ao administrador público a sua observância tanto em relação ao trato com a coletividade, para quem os serviços públicos são prestados, como às atividades organizacionais internas da própria Administração Pública brasileira.

Ademais, a passagem da eficiência ao grau de princípio constitucional expresso da Administração Pública torna-lhe vetor de interpretação de todas as demais normas de direito administrativo vigentes em nosso ordenamento jurídico, já que esta é uma das funções primordiais dos princípios de direito, ante sua impregnação por valores socialmente reconhecidos como mais importantes em determinado tempo e lugar.

Com isso, a Administração Pública deverá desempenhar as atividades administrativas no sentido de produzir resultados os mais satisfatórios possíveis ao atendimento das necessidades da coletividade e da própria máquina administrativa, dispendendo o mínimo possível de recursos públicos para tanto, devendo o administrador público, no exercício *ex lege* da atividade administrativa, interpretar as normas a que está sujeito sob o prisma da legalidade material, em detrimento de um exacerbado formalismo que eventualmente seja exigido pela legislação vigente.

Em relação à (in)sindicabilidade da eficiência administrativa pelo Poder Judiciário, a questão resolver-se-á pela análise de cada caso concreto, considerando-se que se de um lado a discricionariedade administrativa impede um controle absoluto da eficiência administrativa pelo Estado-juiz, de outro tem-se a necessidade de observância ao princípio constitucional previsto no art. 37, *caput,* da Constituição, a qual se dará, em última análise, por imposição do Poder Judiciário.

Isto posto, à guisa de conclusão última, somos levados a inclinar-nos no sentido de que a incipiente evolução do direito público brasileiro — acerca da necessidade de considerar-se o custo da atuação estatal/administrativa como requisito à fixação de certa pretensão social como direito — e a elevação da eficiência administrativa ao nível de princípio constitucional da Administração Pública brasileira encontram-se na linha de pensamento de Gastou Jèze de que "... o direito não é um jogo do espírito, um exercício de lógica para teóricos de gabinete. Trata-se, antes de tudo,

de encontrar soluções práticas para um problema social, conciliando do modo mais adequado possível os interesses opostos."[66]

Bibliografia

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O Estado brasileiro contemporâneo.* Jus Naveguandi, Teresina, "4, nº 44, ago. de 2000. Disponível em http:www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp.?id=55.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula e outro. "O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria critica e pós-positivismo). "*in A Nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas.* Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIT, Philip e CALABRESI, Guido. *Tragic choices — The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce rsources.* Nova York, Londres. W. W. Norton and Company, 1978.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o Papel do TCU. *In Revista do Tribunal de Contas da União* nº 78 out/dez. 1998. Brasília/DF.

COSTA COELHO, Paulo Magalhães da. *Controle jurisdicional da administração pública.* São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTIN, Cláudia. "Ética e Administração Pública". Jornal *O Globo*, 02/08/2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ENTERRÍA, Garcia de. *La lucha contra las imunidades del poder.* 3ª ed. Madri: Ed. Civitas, 1995.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. "A eficiência administrativa na Constituição Federal". *RDA* 220 — abril/junho de 2000. Rio de Janeiro: Renovar.

66 *Principios generales del derecho Administrativo.* Vol. II. 2ª parte. Ed. Argentina: 1949, p. 35.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GALDINO, Flávio. "O custo dos direitos". *In Legitimação dos Direitos Humanos*. Ana Paula de Barcellos. [*et. al.*] Org.: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis e outra. "A Estrutura Normativa das Normas Jurídicas", *in Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

GRAU, Eros Roberto. "Despesa Pública — Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas — o Princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública." Revista dos Tribunais. *Caderno de Direito Público e Ciência Política*. 2/144.

JÈZE, Gaston. *Princípios generales del derecho Administrativo*. Vol. II. 2ª parte. Ed. Argentina: 1949.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Revista de Direito Administrativo — RDA* 226 — 251/263. Out/Dez. 2001. Rio de Janeiro: Renovar.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa. De acordo com as emendas constitucionais 18, de 05.02.1998, e 19, de 04.06.1998*. São Paulo: RT. 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4ª ed,. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Uma nova Administração Pública". *RDA* 220. Abril/junho de 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. "O servidor público na EC 19/98, a 'reforma administrativa'." *In Lei de Responsabilidade fiscal*: teoria e prática. Coord. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

RIOS DA NÓBRIGA, Marcos Antônio e outro. "A Lei de Responsabilidade Fiscal e os limites máximos transitórios". *In Lei de Responsabilidade Fiscal*: Teoria e prática. Org. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SANTOS, Luiz Alberto dos. "Reforma administrativa: efeitos imediatos e alternativas para sua efetivação." Disponível em www.pt.org.br/assessor/refton.hfm.

_____. "Reforma, ufanismo e retórica." Disponível em www.pt.org.br/assessor/refton.btm.

SANTOS FILHO, José dos. *Manual de direito administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

TÁCITO, Caio. "Evolução histórica do Direito Administrativo", *in Temas de Direito Público*, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES, José. *Administração pública e direito administrativo*: guia de estudo. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.