

## REFLEXÕES INICIAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

MARCELO HARGER

*Introdução — O Estado de Direito e a Limitação do Poder Executivo — A Função Administrativa — O Legislador e a busca da solução que melhor atende aos interesses da coletividade — O princípio da eficiência — O princípio da eficiência e os atos discricionários — Conclusões*

### *Introdução:*

A emenda constitucional nº 19 trouxe diversas inovações ao direito administrativo brasileiro. A mais importante delas talvez tenha sido a inclusão do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 de nossa Constituição. Fazemos essa afirmação porque esse artigo norteia toda a atividade administrativa do Estado brasileiro, seja ela da União, dos Estados, dos Municípios e demais entidades da administração pública direta e indireta.

Apesar do tempo decorrido<sup>1</sup>, os estudos a respeito do tema ainda são escassos. É que, na realidade, os princípios jurídicos do direito administrativo tem sido pouco estudados. A doutrina, apesar da importância fundamental, não tem se aprofundado no tema.<sup>2</sup>

Esse fato é alarmante, especialmente, porque a correta compreensão do sistema jurídico de um país depende diretamente do conhecimento dos princípios que o

1 Essa modificação foi introduzida em nosso sistema jurídico em 05/06/98

2 “A doutrina — certamente absorvida na análise de outros temas relevantes — tratou à *vol d’oiseau* este importantíssimo problema da fixação dos princípios fundamentais do direito administrativo. Por isso mesmo, ainda está por ser convenientemente delineado o regime administrativo, sem embargo de ser ele, afinal, o ponto medular desta disciplina jurídica.

Há, na matéria, verdadeira lacuna reclamando preenchimento urgente. Eis por que, não havendo a doutrina atribuído ao regime administrativo função categorial, poucos são os princípios diretamente qualificados pela doutrina como noções articuladoras do direito administrativo. Fala-se em “regime de direito público”, em “processo de direito público”, em “regime administrativo”, mas não se lhes expõem as coordenadas”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 50.)

norteiam. É que os princípios são idéias centrais cuja compreensão é necessária para a correta interpretação das normas jurídicas. Eles possuem um caráter aglutinador que transforma as normas esparsas em um todo harmônico<sup>3</sup>. Verifica-se, assim, num primeiro momento que os princípios servem para auxiliar o cientista do direito no conhecimento de seu objeto de estudo.<sup>4</sup>

Essa, contudo, não é a única função dos princípios. É verdade que o direito, como qualquer ciência, depende da enunciação de seus princípios básicos, mas o jurista via além disto. É que para o estudioso do direito os princípios têm um caráter eminentemente prático, pois constituem verdadeiras normas jurídicas<sup>5</sup>. Possuem um caráter normativo que se irradia por todo o sistema e que se apresenta sob um duplo aspecto. O primeiro é um aspecto positivo que decorre da influência que exercem na elaboração de normas e nas atividades de interpretação e integração do direito. O segundo é um aspecto negativo que se caracteriza pela rejeição dos valores que os contrariam<sup>6</sup>.

Compreende-se, assim, a razão pela qual constantemente se afirma que violar um princípio é mais sério do que violar uma simples norma. É que a afronta a um princípio faz ruir todo o sistema causando a desestruturação de todo o ordenamento jurídico<sup>7</sup>.

3 “Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a idéia geral que explica seu funcionamento: “os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores”. Sem captar essa idéia é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona. De nada adianta conhecer os nomes das várias categorias de militares envolvidos, a atividade diária de cada um deles, os veículos que usam, seu horário de trabalho etc. se não tivermos ciência do princípio que organiza todos esses elementos. Assim, podemos enunciar o “princípio da hierarquia” para descrever, de modo sintético, o sistema “guarnição militar”. (Carlos Ari Sunfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 133.).

4 “A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajudar no ato de conhecimento. O cientista, para conhecer o sistema jurídico, precisa identificar quais os princípios que o ordenam. Sem isso, jamais poderá trabalhar com o direito”. (Carlos Ari Sunfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 133.).

5 “As afirmações até aqui feitas mostram como, à semelhança de outras ciências, a ciência jurídica só pode ser construída a partir da enunciação dos princípios. Mas, para o profissional do direito, a necessidade de conhecer os princípios jurídicos não é só esta. Sua identificação não é apenas valioso auxílio do ato de conhecimento. O jurista não se debruça sobre o direito com fins lúdicos, mas essencialmente práticos. O que pretende com seu trabalho é determinar que normas se aplicam a que situações de vida. E os princípios são verdadeiras normas jurídicas; logo, devem ser tomados em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos”. (Carlos Ari Sunfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 135).

6 “Os princípios revestem-se de função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social; sua “função negativa” significa a rejeição de valores e normas que os contrariam” (Karl Larenz, *Derecho justo*, p. 33 *apud* Odete Medauar *Direito administrativo moderno*, p. 136).

Essas constatações são ainda mais relevantes se nos ativermos ao caso do direito público e, em especial, do direito administrativo. É que esse ramo do direito possui uma elaboração bastante recente e ainda não está codificado. As normas encontram-se dispersas e são produzidas sem método. Não é rara, também, a existência de lacunas legais. Os princípios aparecem, então, como meio de solucionar esses problemas<sup>8</sup>.

É dentro desse prisma que procuraremos analisar o princípio da eficiência.

### *O Estado de Direito e a Limitação do Poder Executivo:*

A Constituição Federal, em seu artigo 1º dispõe que o estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito e que “todo o poder emana do povo”. Dispõe, ainda, em seu artigo 2º que “são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A leitura desses artigos demonstra que o constituinte brasileiro, foi influenciado pelas concepções de Rousseau e Montesquieu e, em decorrência disso erigiu um Estado que, no dizer de Carlos Ari Sundfeld é baseado nos seguintes elementos: “a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado<sup>9</sup>”. Esse fato tem bastante relevância pois a concepção de Estado influencia sobremaneira o direito administrativo<sup>10</sup> e, porque não dizer, o direito público em geral.

7 “O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas”. (Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 136).

8 “No direito administrativo, os princípios revestem-se de grande importância. Por ser um direito de elaboração recente e não codificado os princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos. Acrescente-se que, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Daí a importância dos princípios, sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres. (Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, p. 136).

9 Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 53

10 “Assim, da concepção do Estado decorrem conseqüências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. Se a disciplina jurídica da Administração pública centraliza-se no direito administrativo e se a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores, repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito”. (Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução* p. 74)

É que, inicialmente, havia apenas o soberano que detinha em suas mãos o poder de administrar, ditar as leis e julgar. O “príncipe”, como senhor do interesse público, não estava subordinado a qualquer norma<sup>11</sup>. Imperava o arbítrio, entendido como a ausência de limitações legais<sup>12</sup>.

Através de uma lenta evolução, essas atividades foram sendo atribuídas a órgãos distintos, sempre com o objetivo de limitar o poder. Essa evolução culmina com o advento do Estado de Direito. A partir desse momento, o Estado passou a ter sua atividade limitada pelas leis, que são criadas pelos representantes do povo. Essa foi a grande novidade do novo modelo. Agora, não somente os indivíduos devem respeito à lei, mas a própria administração pública passa a ter a sua atividade inteiramente vinculada aos ditames legais.

O novo modelo tem suas raízes no pensamento de Rousseau e Montesquieu. O primeiro sustenta a soberania popular, que retira do príncipe o poder divino e dá base à atual idéia de democracia. O segundo, partindo do pressuposto de que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele, estipula um mecanismo de freios e contrapesos, para evitar os abusos, pelo qual aquele que faz as leis não deve julgá-las nem executá-las; aquele que executa as leis não deve julgá-las nem fazê-las; e aquele que julga as leis não deve executá-las nem fazê-las<sup>13</sup>. É assim que surgem as noções

11 “Por todo o tempo que o Estado-Polícia regeu na Europa a vida administrativa, o problema não se pôs, e não podia pôr-se: esta não se desenvolvia em obediência aos ditames duma norma geral e abstrata com eficácia legal, mas sim subordinada à vontade soberana do Príncipe, actuando por meio de ordens e instruções sem eficácia bilateral”. (Afonso Rodrigues Queiró — Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo, págs. 98/99)

12 “A Administração Pública, em especial na fase inicial, não estava vinculada a qualquer tipo de norma que limitasse a sua atividade, senão àquela que proviesse do monarca. Era o império do arbítrio, não no sentido de injusto, mas no sentido de ausência de limitações legais. Segundo Fiorini, só nesta forma de Estado pode-se aceitar como denominação exata a qualificação de ‘ato discricionário’, que tanto podia significar um ato arbitrário como um ato oportuno e justo. Garrido Falla, citando o ensinamento de Legaz, chama a atenção para esse aspecto ao dizer que ‘o Direito pode ser negado em suas exigências de fundo ou em sua forma. Destes dois momentos justamente o momento típico da arbitrariedade é o segundo, quer dizer, a negação do Direito quanto à sua forma. Deduz-se, daí, que a arbitrariedade, em princípio, não há porque igualá-la à injustiça. São conceitos distintos. A arbitrariedade pode ser justa e pode ser injusta”. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, editora Atlas, São Paulo, 1991, pág. 13)

13 “A grande novidade do Estado de Direito certamente terá sido subjugar totalmente a ação do Estado a um quadro normativo, que se faz, assim, impositivo para todos — Estado e indivíduos. Se fôssemos buscar as raízes produtoras da feição própria do Estado de Direito, poderíamos recolher a seguinte matriz: O Estado de Direito é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau. O pensamento de Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apóia na idéia da igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertenceria. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum Direito Divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma direta resultante da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a idéia de soberania popular, é a idéia de democracia. De outro lado, o pensamento de Montesquieu,

de poder executivo (aquele que executa as leis), legislativo (aquele que elabora as leis) e judiciário (aquele que julga).

Essa nova concepção da organização estatal vem a trazer uma contribuição bastante importante para o Direito Administrativo que é o conceito de Administração legal<sup>14</sup>. A partir desse momento, a atividade administrativa passa a dever obediência à lei e aos interesses dos indivíduos que, “com o seu consentimento” dão origem ao poder estatal<sup>15</sup>.

### *A Função Administrativa*

A relação da Administração com a lei é bastante diferente daquela entre a lei e o particular. É que enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração somente pode fazer aquilo que a lei permite<sup>16</sup>. De um lado, uma relação de não contradição que tem como pressuposto a autonomia da vontade. De outro, uma relação de subsunção que é associada à idéia de função pois os agentes públicos não podem deixar de satisfazer os interesses cuja tutela lhes foi conferida pela lei<sup>17</sup>.

mais pragmático, fundava-se na seguinte constatação, por ele afirmada como nunca desmentida historicamente e algo que realmente não se pode contestar: Todo aquele que tem o poder, tende a abusar dele. Cumpre assim, que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí, a sua clássica formulação de que, para contê-lo é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute. A confluência dessas duas ordens de pensamento (de Rousseau e de Montesquieu), dessas duas concepções políticas, haveria de se juridicizar em um modelo, que é o modelo conhecido como Estado de Direito”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Poder discricionário, Revista de Direito Público nº 76, págs. 99 e 100)

14 “Em suma, o conceito de Estado de Direito na ciência do Direito administrativo é útil, enquanto nos fornece, como sua determinação própria para esta ciência, o conceito de Administração legal ou duma *gesetzmässige Verwaltung*”. (Afonso Rodrigues Queiró Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo, pág. 94)

15 A Constituição Federal de 1988 adotou esse sistema através de seus artigos 1º § único e art. 2º

16 “Isto permite dizer, sem nenhum receio de equívoco, que a atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade sublegal, infralegal. Autoriza também a dizer, diante do sistema constitucional brasileiro, que a relação que medeia entre o administrado e a lei é menos cingida do que a relação que medeia entre a Administração e a lei. Em outros termos: a atividade administrativa é uma atividade muito mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que a atividade dos particulares. Esta idéia costuma ser sinteticamente expressada através das seguintes averbações: enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, estando em vigor portanto o princípio geral de liberdade, a Administração só pode fazer o que lhe é permitido. Logo, a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, *mas é também uma relação de subsunção*”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, págs. 12 e 13)

17 “A essência do direito privado está na autonomia da vontade dos respectivos sujeitos; a essência do direito público, do direito administrativo *in specie*, está na obrigação para os respectivos agentes

É em torno dessa idéia de função que vai se desenvolver todo o Direito Público e, em especial, o Direito Administrativo<sup>18</sup>. Mas o que é uma função para o Direito? Função é uma situação jurídica, criada em lei, onde se estabelece para alguém o dever de atingir uma certa finalidade no interesse de outrem. Para o fiel cumprimento dessa finalidade, o responsável necessita utilizar certos poderes indispensáveis à realização da tarefa que lhe foi conferida<sup>19</sup>.

Verifica-se que a função tem um caráter meramente instrumental.

“Atinge esse fim fundado nesta norma” no dizer de Queiró. Há uma finalidade a ser cumprida que deve ser atingida de acordo com o disposto na norma que estabelece a função. Para que essa finalidade possa ser atingida são atribuídos ao encarregado da função certos poderes que somente podem ser utilizados na direção estabelecida pela norma. Há, portanto, um dever-poder no exercício da função<sup>20</sup>.

No exercício desses poderes, a Administração acaba por se encontrar em uma situação *sui generis* pois, ao mesmo tempo em que assume uma posição de superioridade diante dos administrados, como órgão responsável pela aplicação das leis

de realizarem os interesses que as leis lhes entregam para que deles curem. ‘Atinge este fim, fundado nesta norma’”. (Afonso Rodrigues Queiró Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo, págs. 100 e 101)

18 Apesar de o conceito de função ser mais utilizado pelo direito público, também não perde sua utilidade no direito privado. Queiró observa a esse respeito que “quando um particular deve agir, realizar obrigatoriamente um particular complexo de interesses alheios, devemos crer que ele realiza uma função especificamente pública” (Afonso Rodrigues Queiró — Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo, pág. 100). Celso Antônio Bandeira de Mello também adota a mesma opinião e cita como exemplos a tutela, a curatela e o pátrio poder (Celso Antônio Bandeira de Mello, Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros Editores, 1992, pág. 14)

19 “Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por alguém, mas no *interesse de outrem*, sendo que, este sujeito — o obrigado — *para desincumbir-se de tal dever*, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do *interesse alheio* que está a seu cargo prover. Daí, uma distinção clara entre a função e a facultade ou o direito que alguém exercita em seu prol. Na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um *dever*. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever*”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros editores, 1992, págs. 13 e 14)

20 “Na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo — inobstante ramo do direito público — em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da idéia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém — a Administração Pública — está posta numa situação que os italianos chamam de “*doverosità*”, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como *mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever*. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros editores, 1992, págs. 14 e 15)

para o atingimento das necessidades coletivas, fica subordinada à lei e ao controle judicial de seus atos.

Isso ocorre porque onde há função não lugar para autonomia da vontade nem para a busca de interesses próprios ou pessoais. Há, isto sim, a necessidade de se atender uma certa finalidade prevista em lei<sup>21</sup>.

Mas não é só o administrador que exerce função. O legislador e o juiz também atuam funcionalmente. É que os órgãos estatais não são titulares do poder que lhes foi conferido pela Constituição. Por isso, no exercício do poder não há qualquer direito subjetivo dos governantes. Há, isto sim, o dever de atuar conforme a competência que lhes foi atribuída.

### *O Legislador e a busca da solução que melhor atende aos interesses da coletividade*

Já se estabeleceu que os administradores, juízes e legisladores exercem função. Estabeleceu-se, também que no Estado de Direito há o primado da legalidade. Esse fato acarreta uma certa supremacia do legislador em relação aos demais poderes. É que, desde que respeitada a Constituição, o legislador é quem estabelece as condutas a serem tomadas pelos demais poderes que limitar-se-iam a aplicar a lei. É por isso que se diz que a liberdade do legislador é maior que a existente em relação aos demais poderes. Respeitadas as diretrizes constitucionais, cabe ao legislador traçar o rumo a ser tomado pelo Estado com o objetivo de tornar efetivos os valores consagrados pela Constituição. Sob esse prisma, caberá ao executivo dar efetividade ao programa do legislador e ao judiciário controlar a conformidade dos atos do legislativo e do executivo com a Constituição e a dos atos desse último com a legalidade.

Na busca pela efetivação desses valores o legislador deve sempre procurar a melhor solução na gestão dos interesses da sociedade. É que, conforme já se afirmou, o legislador atua como representante do povo e não se pode conceber que, podendo optar pela melhor, ele escolha a pior solução. Para o atingimento desse objetivo o legislador pode atuar de duas maneiras. Na primeira estabelece em lei exatamente qual conduta deverá ser adotada pelo poder executivo diante de uma dada situação concreta. Há, aqui, uma pré-escolha da solução mais adequada para um caso concreto. Diz-se nesse caso que a atividade da administração pública será vinculada.

21 "Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo e não da entidade governamental em si mesma considerada". (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31)

Na segunda, o legislador não estabelece de modo completo qual é a atuação que melhor atenderá ao interesse público. Age o legislador dessa maneira porque em certos casos não se pode saber previamente qual solução, dentre as várias disponíveis, atenderá o interesse público. Deixa, então, ao administrador a possibilidade de escolher diante do caso concreto qual a solução que melhor assegura o atendimento dos interesses coletivos. Diz-se, nesse caso, que há discricionariedade<sup>22</sup>.

Ocorre que a existência de discricionariedade no plano da norma não significa que, diante do caso concreto, o administrador possa optar pela solução que melhor lhe aprouver, segundo critérios unicamente subjetivos. É que, como já se disse, a norma sempre busca a solução ótima e não pode o administrador utilizando uma prerrogativa pretensamente discricionária, diante da existência de duas soluções para um caso concreto, optar pela pior delas. A discricção administrativa não significa liberdade para o administrador eleger qualquer solução ao acaso diante do caso concreto. A lei não considera que todas as soluções sejam igualmente justas para todos os casos. Considera, isto sim, que algumas soluções são justas para uma espécie de casos e outras para as demais espécies. Diante da grande quantidade de situações possíveis, a lei deixa ao administrador a prerrogativa de verificar diante do caso concreto qual a melhor solução a ser aplicada. Esclarecendo melhor, a existência de discricionariedade no plano da norma não implica discricção perante o caso concreto. Os fatos servem de parâmetros a balizar a previsão abstrata prevista pela norma e podem chegar até a eliminar a discricionariedade diante do caso concreto<sup>23</sup>.

### *O princípio da eficiência*

Demonstrou-se no item anterior que o administrador, mesmo nos casos nos quais a norma lhe confira discricionariedade, deve sempre procurar a solução que melhor

22 “Uma vez que, no comum dos casos de discricionariedade, teria sido perfeitamente possível redigir a lei em termos vinculados, tem-se de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo *pretendido como imprescindível* e reputado capaz de assegurar, *em todos os casos*, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Dai a outorga de discricionariedade para que o administrador — que é quem se defronta com os casos concretos — pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 32)

23 “Logo, *discricção administrativa* não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias *hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto*. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que a *liberdade administrativa, que a discricção administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta*. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 36)



atenda ao interesse público do qual é curador. Esse entendimento nada mais significa do que a consagração do princípio da eficiência em nosso ordenamento jurídico. Ele não é inédito no direito brasileiro. Hely Lopes Meirelles já defendia, há muito tempo, sua existência<sup>24,25</sup>, mesmo sem estar previsto expressamente em nossa Constituição<sup>26</sup>. É que ele se relaciona com diversos outros princípios constitucionais aplicáveis às atividades da administração pública. Conforme já se evidenciou, é uma consequência lógica do princípio do Estado de Direito. É, também, uma faceta do princípio da legalidade e confunde-se com os princípios da moralidade e da razoabilidade da administração.

Apesar disso, possui conteúdo próprio. Traduz o dever de administrar, não só de modo razoável e conforme a moral, mas utilizando as melhores opções disponíveis. É o dever de alcançar a solução que seja ótima ao atendimento das finalidades públicas. Não basta que seja uma solução possível. Deve, isto sim, ser a melhor solução. Há um dever jurídico de boa administração para o atendimento da finalidade legal.

“É de se presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fiveteia para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quando de comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos *casos de discricionarietà, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*”<sup>27</sup>.

### *O princípio da eficiência e os atos discricionários:*

Questão interessante a ser tratada a respeito do princípio da eficiência é a sua aplicação aos atos vinculados e discricionários. Os atos vinculados normalmente não são afetados pelo princípio da eficiência. É que, nesses casos, a lei já determina qual a única solução possível para o atingimento do interesse público. A solução ótima, nesses casos, já está prevista em lei.

24 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 90 e 91

25 Celso Antônio Bandeira de Mello também já defendia a necessidade de uma administração pública eficiente, mesmo antes da emenda constitucional 19, conforme se percebe pelas transcrições feitas de seu pensamento, nas notas anteriores, ao afirmar que o administrador deve mesmo nos casos de discricionarietà procurar alcançar a melhor solução.

26 “O princípio não é inédito no direito comparado: a Constituição Espanhola de 1976 já o prevê, assim também as Leis de Procedimento Administrativo dos países vizinhos do Brasil como é o caso da Argentina do Uruguai e do Peru”. (Romeu Felipe Bacelar Filho. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 193)

27 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionarietà e controle jurisdiccional*, p. 32 e 33.

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

Não se pretende, com a adoção desse posicionamento, eliminar por completo a discricionariedade administrativa<sup>28</sup>. Procura-se, isto sim, impor certos limites a um instituto que tem sido considerado um “terreno melindroso”<sup>29</sup>, ou até, como Zorn, uma verdadeira *quaestio diabolica*<sup>30</sup>. Pretende-se, isto sim, estender o campo de controle do poder judiciário sobre os atos do poder público. Questões que antigamente eram consideradas insindicáveis, por dizerem respeito ao mérito do ato administrativo, agora podem ser analisadas pelo poder judiciário<sup>31</sup>. Não há mais como utilizar o mérito do ato administrativo de escudo protetor nos casos nos quais seja possível, diante da realidade fática, determinar qual a melhor solução a ser utilizada.

Reduz-se, dessa maneira, em grande parte o poder discricionário da administração sem eliminá-lo por completo. É que há um limite que foi bem observado por Bernatzik. É “um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou não exatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa”<sup>32</sup>. Somente nesses casos é que se pode falar em discricionariedade e na insindicabilidade do ato administrativo. Nesses casos, o judiciário não pode atuar sob pena de substituir a discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz.

28 Consideramos impossível eliminar por completo a discricionariedade administrativa. Essa impossibilidade decorre de três razões: material, lógica e jurídica. Tratamos desse tema mais aprofundadamente em trabalho intitulado “A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados” publicado no vol. 756 da Revista dos Tribunais — outubro de 1998, págs. 11 a 36. Discordamos portanto, nesse particular de Cândido Rangel Dinamarco para quem a discricionariedade é idéia fascista (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 304)

29 Victor Nunes Leal, *apud* Odete Medauar, Poder Discricionário da Administração, Revista dos Tribunais nº 610 pág.38

30 *apud* Afonso Rodrigues Queiró, Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo, pág. 87.

31 Na realidade essa espécie de controle judicial já podia ser feita antes da introdução do princípio da eficiência em nosso ordenamento jurídico. Essa é a posição que defendemos ao longo do presente texto e cujo maior defensor em nosso país é o prof. Celso Antônio Bandeira de Mello.

32 *apud* Afonso Rodrigues Queiró Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo, pág. 116

## Conclusões:

Diante do exposto, chega-se às seguintes conclusões:

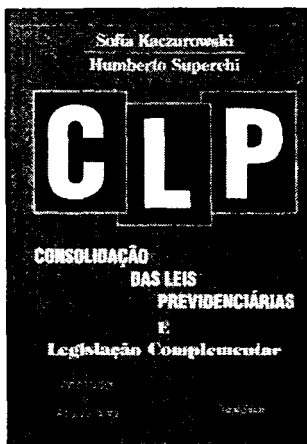
- 1) o princípio da eficiência possui conteúdo próprio e traduz o dever de administrar utilizando as melhores opções disponíveis;
- 2) a emenda constitucional nº 19 ao introduzir o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 de nossa Constituição, apenas tornou expresso um dever que o administrador público já possuía implicitamente;
- 3) o princípio da eficiência limita a atuação discricionária dos agentes públicos;
- 4) o princípio da eficiência possibilita a análise pelo judiciário de questões que, conforme a jurisprudência e a doutrina tradicionais, anteriormente lhe eram “vedadas por referirem-se exclusivamente ao mérito do ato administrativo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo Administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. 358 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 1994. 341 p.
- HARGER, Marcelo. *A discricionarietà e os conceitos jurídicos indeterminados*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 756: 11-36, 1998.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 456 p.
- \_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 245 p.
- \_\_\_\_\_. *Poder discricionário da Administração*. Revista dos Tribunais nº 610, 38-45
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995. 731 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 1996. 624 p.
- \_\_\_\_\_. *Poder Discricionário*. Revista de direito público nº 76, 99 a 109.
- \_\_\_\_\_. *Discricionarietà e controle judicial*. São Paulo, Malheiros Editores, 1992. 110 p.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionarietà administrativa na Constituição de 1988*. Atlas, São Paulo, 1991. 180 p.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 176 p.

# CLP – Consolidação das Leis Previdenciárias

*Sofia Kaczurowski e Humberto Superchi*



A CLP é a obra mais completa do seu gênero, indispensável ao estudo do Direito Previdenciário, por reunir, além de toda a Legislação Fundamental, normas de caráter administrativo, cujas consultas são obrigatórias aos profissionais ligados à área Jurídico-Empresarial e aos estudiosos da matéria.

Ref. 0156  
Form. 16x23

Cartonado 960 págs.  
1997

## Código do Mercosul Tratados e Legislação

*Org. por Nadia de Araujo,  
Frederico V. Magalhães Marques  
e Márcio Monteiro Reis*

Este livro tem a genialidade das coisas simples: depois de conhecê-lo, vai ser impossível viver sem ele, para todos os profissionais da área jurídica, para que se amplie o conhecimento e a sistematização da aplicação das normas; da mesma forma, sua genial simplicidade nos faz reconhecer: como ninguém havia pensado nisso antes?

Ref. 0176  
Form. 14x21

Brochura  
1998

528 págs.

