

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

ROBERTÔNIO SANTOS PESSOA*

1. Introdução

A recente reforma administrativa, há pouco aprovada pelo Senado Federal e objeto de tanta polêmica no curso de sua tramitação, trouxe em seu bojo novidades significativas, cujo impacto sobre o direito administrativo pátrio, nos temas mais relevantes desta disciplina, começa agora a ser aferido e avaliado pelo trabalho dos doutrinadores e pela construção jurisprudencial. Começa, pois, sob o labor doutrinário e jurisprudencial que se faz sentir em etapa posterior à entrada em vigor da emenda da reforma administrativa, a análise das suas repercussões jurídicas. É dentro desse contexto que se coloca o presente artigo.

De fato, a emenda de reforma administrativa acrescentou, ao elenco de princípios jurídicos constantes do art. 37, *caput*, um novo princípio, cognominado princípio da eficiência. Assim, o referido dispositivo constitucional, basilar no direito administrativo nacional, passa a ter a seguinte redação: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, aos seguintes (...)”.

A amplitude do preceito acima, de matriz constitucional, coloca-o, sem sobra de dúvida, como o mais importante dispositivo informador no moderno direito administrativo brasileiro. Os princípios jurídicos aí expressamente positivados vinculam toda administração pública brasileira, em todas as esferas federativas de governo, às suas administrações diretas e indiretas, e mesmo à atividade administrativa praticada em “qualquer dos Poderes”. A inclusão de mais um princípio, entre os já consagrados pela Constituinte de 1988, suscita, entre os interessados nas vicissitudes do direito administrativo, o desejo de aferir-lhe, num primeiro momento, o impacto e as novas perspectivas por ele aber-

* Advogado. Professor da UFPI. Membro consultor da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB.

tas. Secular regra hermenêutica sustenta que a lei, e entre elas a Lei das leis, não contém expressões vazias, destituídas de conotação jurídica. Dessa forma, convém, pois, analisar o que de novo, em termos de disciplina, limitação e controle da conduta administrativa, traz o referido princípio da eficiência, doravante regra vinculante de toda e qualquer atividade administrativa realizada em território nacional.

Não se pode deixar de ver nessa referência à eficiência uma exigência dos novos tempos. Mais do que nunca, pugna-se, em todos os setores da sociedade civil, por um Estado eficiente, por um serviço público eficiente, enfim, por uma administração pública eficiente. Nesta quadra da nossa história, na qual os modelos da gestão privada exercem grande influência sobre o setor público, a eficiência, palavra de ordem no setor privado, começa a reclamar foro também no setor público.

2. Controle dos atos administrativos discricionários

Em sede doutrinária costuma-se diferenciar os atos administrativos vinculados dos chamados atos discricionários. Trata-se de diferenciação das mais importantes, que apresenta inegável relevância jurídica, tanto de um ponto de vista prático como teórico. Nesse contexto, atos discricionários seriam aqueles nos quais a lei confere ao agente público a possibilidade de escolher a solução que melhor satisfaça ao interesse público em questão, ao contrário dos atos vinculantes, nos quais, diante de uma determinada situação fática ou jurídica, a autoridade administrativa, sem qualquer margem de liberdade e sem poder fazer qualquer juízo de conveniência ou oportunidade, encontra-se obrigada a expedir determinado ato, no momento, na forma e com o conteúdo previsto em lei. Ou seja, a atividade é, aqui, inteiramente vinculada. Exemplo clássico de ato vinculado é a licença para construir, expedida pela autoridade municipal competente, quando o construtor preenche todas as exigências previstas em lei.

Nos últimos tempos, a doutrina administrativa tem manifestado grande preocupação com o controle dos atos administrativos discricionários. Pode-se observar, nos últimos dez anos, a intensidade com que o tema do controle dos atos discricionários tem sido objeto, de forma constante e crescente, de um grande número de monografias, artigos e eventos jurídicos.

Tal preocupação coincide, em termos jurídico-políticos, com as idéias, os valores e os princípios positivados pela Constituição de 1988, que não só consagrou e revitalizou princípios antigos (república, federação, autonomia administrativa, igualdade) como inovou em muitos aspectos (princípio da moralidade, da legalidade, da publicidade), no propósito de fazer de suas coordenadas,

mormente aquelas norteadoras da atividade administrativa, um marco referencial concreto para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*). Dentro desta ótica, que vislumbra o Estado de Direito como um processo, como uma construção histórica, repleta de idas e vindas, de avanços e retrocessos, é que se coloca o novel princípio da eficiência, recém-positivado. Se a reforma administrativa tem aspectos que podem ser considerados retrocesso, não há dúvida que a positivação do princípio da eficiência, pela amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, constitui-se, no âmbito do direito administrativo, inequívoco avanço institucional.

De fato, à medida que se avolumavam os poderes estatais e crescia sua intervenção, em todas as esferas de governo, e nos mais diversos âmbitos e setores da vida social, crescia também a preocupação do moderno direito administrativo com o controle de tais poderes. Tal labor objetivava disciplinar a atividade administrativa, principalmente aquela de caráter discricionário, em face da emergência de novas competências e de novos poderes, exigidos pela complexidade da vida moderna. Era como se a concessão de novos poderes e novas prerrogativas às autoridades públicas exigissem, como contrapartida, a submissão dos seus atos, e respectivos poderes, a uma disciplina mais rígida, a fim de assegurar-lhes a sintonia com os interesses públicos em vista dos quais foram conferidos à administração. Cada vez mais a doutrina administrativista tentou pôr em evidência o caráter instrumental de tais “poderes”, passando a destacar e a dar ênfase a uma concepção finalística dos mesmos, à sua necessária vinculação à consecução de fins públicos, em conformidade com a regra local outorgada de competência administrativa.

3. Evolução do controle dos atos discricionários

Nesse esforço de fixar referenciais seguros ao controle dos atos discricionários, alguns marcos podem ser elencados. Primeiramente, procedeu-se a uma releitura do tradicional princípio da legalidade, princípio este considerado fundante no direito administrativo moderno, no propósito de resgatar-lhe e atualizar-lhe as exigências. Passou-se de uma leitura um tanto “formal” na qual legalidade administrativa era sinônimo de observância de formalidades e procedimentos legais ou era interpretada apenas como regra-limite, impositora de limitações – para uma leitura de cunho mais “material”, na qual o preceito da legalidade passou a ser visto, para além de suas implicações formais, como uma regra-conteúdo, que submete a administração à tomada de decisões em conformidade com a satisfação dos interesses públicos em jogo, em vista do qual foi edita-

da uma determinada lei. Passou-se, portanto, de uma concepção formal a uma concepção mais finalística do princípio da legalidade.

É nesse novo contexto e a partir dessa nova leitura do princípio da legalidade, mais sintonizada com o presente estágio civilizatório, que novos princípios jurídicos são resgatados e formulados. Tais princípios, que já encontram formulação explícita em várias leis, passaram a ser considerados decorrências lógicas e necessárias do princípio da legalidade, também vinculadores da administração pública. Devem ser destacados entre eles os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade. Como já se disse, tudo voltado à moderna exigência de controle dos atos discricionários.

A teoria do desvio do poder, monumental construção do Conselho de Estado Francês, passa a gozar de renovada atualidade na teoria administrativa, sendo constantemente e cada vez mais invocada nos tribunais nacionais como corretivo da atividade administrativa numa infinidade de casos, como, por exemplo, na realização de concursos e licitações públicas.

Nesse contexto, e seguindo uma tendência do direito administrativo, dar-se-á crescente ênfase ao princípio da razoabilidade e ao da proporcionalidade, para alguns a mesma coisa, e cujo propósito é garantir uma necessária sintonia entre a decisão administrativa tomada e a situação concreta ou escopo à qual ela se destina. Exige-se uma congruência entre a decisão tomada e a finalidade pública albergada em lei, de modo que tal decisão satisfaça, da melhor forma possível, o interesse público em questão.

Observe-se, a título de ilustração, que essa tendência a um Estado de Direito Material, informadora de todo o direito administrativo contemporâneo, e presente não só no espírito, mas em muitas disposições concretas da Constituição de 1988, determinou uma mudança de perfil significativa nas competências dos tribunais de contas, tradicionais órgãos de controle adotados no país desde a Constituição de 1891.

Ao disciplinar em termos bastante amplos as competências desse importante órgão de controle externo, a Constituição de 1891 supera uma concepção formal de Estado de Direito e consagra uma concepção material, preocupada não só com a legalidade dos atos de despesa, mas com a própria legitimidade e economicidade dos mesmos (art. 71 da CF). Podemos antever já aqui, no princípio da economicidade, uma preocupação do constituinte com a própria eficiência dos atos de despesa, que nos conduz, em última análise, à própria eficiência da atividade administrativa.

Ajunte-se a tudo isso a consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa, elevado à categoria de princípio vinculador da atividade administrativa, e cujo âmbito excede, em muito, ao da simples legalidade formal. De

fato, na Carta Magna, a própria dicção do art. 37, *caput*, aliada ao do inciso LXXIII do art. 5º, permite inferir que as considerações em torno da moralidade das condutas administrativas extrapolam, em muito, as meras considerações em torno de sua legalidade, o que, na prática, aperfeiçoou o nosso sistema de controle de atividade discricionária.

Assim, o controle externo dos atos administrativos começa pouco a pouco, adentra numa era antes inexpugnável, numa visão tradicional do direito público, qual seja, aspectos do conteúdo, ou, como preferem alguns, aspectos do próprio mérito das decisões administrativas, o que tem permitido ao Judiciário nacional, sempre em nome do princípio da legalidade, questionar, em muitos casos, a própria legitimidade das decisões administrativas. Dessa forma, à luz da atual redação do art. 37 da Constituição, a atividade administrativa pode, para fins de controle jurisdicional, ser objeto de três ordens distintas de consideração, a saber: legalidade, moralidade e, agora, eficiência.

4. Conteúdo jurídico do princípio da eficiência

Para o prestigiado *Dicionário Aurélio*, o termo *eficiência* significa *ação, força, virtude de produzir um efeito, eficácia*. Já a palavra *eficácia* designa *aquilo que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, que age com eficiência*. Embora nem sempre o conteúdo jurídico de um princípio ou palavra seja equivalente à sua conotação vernacular, poder-se-ia dizer que, estando submetida ao princípio da eficiência, a atividade administrativa dos órgãos e entidades públicas deve ser uma atividade eficaz, ou seja, deve produzir o efeito desejado, deve dar bons resultados. Forçando até um pouco o *Aurélio*, pode-se dizer que as condutas e as decisões administrativas devem buscar o melhor resultado na resposta às demandas públicas, a *solução ótima*, parafraseando aqui o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello.

Tal exigência encontra sua aplicação mais saliente e juridicamente relevante no tema do controle dos atos administrativos discricionários. Com efeito, discricionariedade quer dizer, no direito público moderno, liberdade administrativa juridicamente regrada. Não sendo possível à lei antever previamente a melhor solução para certas questões concretas, postas pelo dinamismo administrativo da vida moderna, a lei confere ao administrador um certo grau de liberdade, que pode variar caso a caso, para que este escolha, entre as alternativas possíveis, a solução ótima, aquela que, de maneira mais eficiente, satisfaça, minimize ou atenuie a demanda pública em questão.

Como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 542):

A variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção não significa que todas estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de uma aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos.

De uma outra forma, determinadas soluções podem ser, em vista da diversidade de situações concretas, mais eficientes que outras. A lei, que instrumentaliza a autoridade pública de poderes especiais, e de certa autonomia decisória, o faz, é claro, tendo em vista a escolha da solução mais eficaz, a que melhor satisfaça ao interesse público em questão.

Em vista do novel princípio da eficiência, acreditamos que o juiz, quando provocado, poderá aferir, diante de argumentos técnicos claros e insofismáveis, se o comportamento administrativamente adotado, *inobstante* contido dentro das possibilidades admitidas pela lei, revelou-se, concretamente, a solução mais eficiente, como queria a norma legal. Por conta dessa prerrogativa, íncita no próprio da legalidade, e agora reforçada com o princípio da eficiência, a autoridade judiciária poderá concluir que, a despeito de fazer uso de competência discricionária, a decisão tomada não foi a mais eficiente, ou seja, a que melhor se ajustava ao escopo legal.

Assim, no uso de uma competência discricionária, o gestor público não detém a prerrogativa de optar por uma solução que seja, sob o ponto de vista técnico, de eficácia duvidosa ou comprovadamente menos eficiente diante de outras alternativas possíveis. Conduta contrária a essa diretriz viola o próprio princípio da legalidade e, por tabela, o novel princípio da eficiência, positivação agora explícita de uma exigência inerente àquele.

5. Aferição de eficiência procedida pelo Judiciário

Poder-se-ia afirmar que, embora o Estado de Direito tenha como um dos seus pilares o controle jurisdicional dos atos públicos, o direito administrativo sempre viu com muita reserva a intromissão dos juízes no mérito dos assuntos administrativos. Por temer-se, desde os primórdios dessa ramificação jurídica, o *gouvernement des juges*, o mérito, o conteúdo, a razão de ser dos atos administrativos sempre se constituíram, para a maior parte da doutrina e da jurisprudência administrativista, uma barreira quase inexpugnável, na qual os juízes, no exercício do controle externo, não poderiam adentrar. Tal era a concepção reinante na França do século XIX, pátria do direito administrativo.

Tal concepção se fundava em duas ordens de razão pelo menos: uma de natureza política e outra de caráter estritamente jurídico.

No plano político predominava na França revolucionária e nos países que se filiaram à tradição francesa a idéia de que o Poder Judiciário era um poder destituído de legitimidade democrática, ao contrário dos dois outros, cujos membros eram eleitos pelo povo, derradeiro titular da soberania. Assim sendo, um poder destituído de legitimidade democrática, qual seja, o Executivo, no qual se situava boa parte da atividade administrativa típica.

Por outro lado, no plano jurídico, o princípio da legalidade era concebido de uma estritamente formal. Submissão à lei significava, neste estágio do direito administrativo, mera submissão às formalidades legais na feitura dos atos administrativos. Um ato administrativo somente era tido como violador do princípio da legalidade quando descumpria alguma formalidade ou quando seu conteúdo era manifestamente ilegal, contrário à lei, esta entendida, num regime fundado sobre a soberania popular, como emanção da vontade coletiva. Tais eram as idéias vicejantes no Estado de Direito liberal do século passado.

Muita coisa aconteceu desde o exaurimento do Estado liberal clássico e o advento, na década de 1930, do chamado Estado intervencionista, cujo modelo de ação fez tremer nas bases as concepções do século passado retrocitadas.

O aumento significativo e crescente das funções do Estado desembocava, quase sempre, em mais e mais atividade administrativa, com a proliferação de órgãos e entidades em todas as esferas de governo e com a atribuição de novos e reforçados poderes às autoridades administrativas. Tal “crescimento” dos poderes públicos exigiu, como contrapartida, um reforço dos instrumentos jurídicos de controle da atividade administrativa e do próprio Poder Judiciário, cujas função e atividade passaram a ser vistas cada vez mais essencial à democracia e às exigências do Estado de Direito.

Nesse contexto e com base nas novas Constituições do pós-guerra, o Poder Judiciário passa a ser visto não só como essencial ao Estado de Direito, mas também como fundamental à própria democracia, e cuja legitimidade e poder de controle derivam do próprio ato constituinte.

Estreitaram-se ainda os mecanismos de controle externo da atividade administrativa com a atribuição de novas competências ao Poder Judiciário e aos chamados tribunais de contas, que passaram a avaliar não só a legalidade formal dos atos administrativos, mormente aqueles que implicavam despesas, mas começaram a adentrar noutros aspectos relevantes, tais como eficiência, economicidade e legitimidade de tais atos.

Nessa mesma linha evolutiva, conforme já descrito, e em sintonia com as novas exigências, plasmou-se uma nova concepção de legalidade, passando de

uma legalidade formal para uma legalidade de caráter material, diminuindo-se o enorme abismo aberto, por certas correntes jurídicas, entre legalidade e legitimidade. É nessa linha evolutiva, nessa aproximação cada vez maior entre legalidade e legitimidade, entre legalidade formal e legalidade material, entre poderes administrativos e satisfação de interesses públicos, que se coloca o princípio da eficiência.

É nesse novo contexto que se justifica a positivação constitucional entre nós do princípio da eficiência, doravante vinculador de toda atividade administrativa e, portanto, passível de aferição pelo controle jurisdicional dos atos administrativos.

Referências bibliográficas

GASPARINE, Diógenes. *Direito administrativo*, 4ª ed. Saraiva, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros.

RÉGNIER, João Roberto Santos. *Discrecionalidade administrativa, significação, efeitos e controle*. São Paulo: Malheiros, 1997.