



**2º Concurso de
Monografias da CGU**
Controladoria-Geral da União



2º LUGAR

Tema:

Prevenção da Corrupção

AUTOR: Celina Pereira
BELO HORIZONTE - MG

**DISCRICIONARIEDADE, EFICIÊNCIA E CONTROLE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS**

**2º Concurso de Monografias da
Controladoria Geral da União
2007**

RESUMO:

Com a Emenda Constitucional nº 19/1998, a eficiência foi consagrada como princípio reitor da Administração Pública. A constitucionalização do preceito deu-se no contexto de disseminação do discurso de reforma gerencial do Estado, que preconiza o alcance da eficiência por meio da delegação de autonomia decisória conjugada ao controle dos resultados. Estas medidas tendem a tornar a Administração Pública mais permeável às práticas de corrupção, por se traduzirem em liberdade de ação sem foco nos meios (recursos) utilizados para o alcance dos fins.

Além disso, por se tratar de conceito pouco familiar à Ciência Jurídica, a doutrina limitou-se a exaltar ou desmerecer a constitucionalização da eficiência, sem analisar as reais possibilidades de se verificar o seu alcance. Os juristas que defendem o feito ressaltam a importância de o texto legal ter recepcionado uma das maiores diretrizes reforma do Estado. Os que, por outro lado, alegam sua inutilidade, utilizam o argumento da dificuldade de se efetuar o controle.

O trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de julgamento da eficiência nos atos administrativos e apresentar condições necessárias para tal exame. A partir de revisão da literatura e análise de conteúdo, esta monografia conceitua eficiência, problematiza e discricionariedade administrativa, apresenta fatores que devem ser considerados para a avaliação da eficiência nos atos administrativos e define o papel deste controle no enfrentamento da corrupção.

As conclusões a que se chega sinalizam para a real possibilidade de se efetuar o controle da eficiência por meio da motivação do ato administrativo, exercício e instrumento imprescindíveis também ao controle da corrupção.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	02
2 A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	05
2.1A constitucionalização da eficiência.....	05
2.2 Eficiência e conceitos afins: eficácia e efetividade	07
2.3 A eficiência como princípio jurídico.....	12
2.4 Eficiência, ação racional e racionalidade limitada	17
3 O AGIR ADMINISTRATIVO: VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE.....	20
3.1 Definição de ato administrativo.....	22
3.2 Estrutura do ato administrativo.....	24
3.3 Atos administrativos vinculados e discricionários.....	27
4 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	34
4.1 Controle interno.....	36
4.2 Controle externo.....	38
4.2.1 Controle parlamentar.....	38
4.2.2 Controle pelo Tribunal de Contas.....	41
4.2.3 Controle pelos administrados.....	42
4.2.4 Controle judicial.....	43
4.3 A motivação como instrumento de controle.....	46
4.4 O controle da eficiência administrativa.....	48
5 A EFICIÊNCIA NOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	52
5.1 “Fins” e “meios” da atuação da Administração Pública.....	52
5.2 A finalidade (fim) do ato administrativo.....	55
5.3 Os “meios” para se atingir a finalidade (fim) do ato administrativo.....	58
5.4 Motivação do ato administrativo e avaliação/controle da eficiência.....	64
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

A reforma administrativa do Estado, orientada pelo ajuste fiscal e mudança institucional, vem guiando intervenções na atuação das Administrações Públicas de diversos países. A receita reformista funda-se, basicamente, na delegação de autonomia decisória e implantação do controle de resultados como formas de garantir o alcance da eficiência.

O modelo de Administração Pública Gerencial, exatamente por preconizar a liberdade conjugada com a avaliação dos resultados (controle *a posteriori*), corre o sério risco de ser mais permeável à corrupção, prática cuja necessidade de enfrentamento manifesta-se cada vez mais premente, especialmente no caso brasileiro.

Desse modo, a corrupção – traço emblemático do modelo patrimonialista, cuja superação foi prometida pelo paradigma de gestão burocrática – passa a correr o risco de retornar com maior vitalidade no modelo gerencial, apresentado justamente como evolução da Administração Pública burocrática. À primeira vista, a implicação que parece se manifestar é a necessidade de tolerância à corrupção em prol da eficiência, por mais paradoxal que isso possa soar.

No Brasil, a Emenda Constitucional número 19 de 1998 representa a expressão da reforma no ordenamento jurídico, consagrando a eficiência como princípio reitor da Administração Pública, no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

A constitucionalização da eficiência assinala a representação máxima da incorporação de orientações típicas da gestão privada no âmbito da Administração Pública. Na esfera privada, o fim – a obtenção do lucro – deve ser perseguido por meio da redução dos custos. No setor público, contudo, as metas são polissêmicas e demasiadamente abstratas – como “o interesse público” – e os meios a serem

considerados para sua consecução, os mais variados – recursos financeiros, humanos, burocráticos, fatores políticos, riscos, informações disponíveis, entre outros. Essas peculiaridades tornam complexa a mensuração da eficiência nos atos administrativos.

Os atos administrativos são, na verdade, compostos por elementos; alguns são vinculadamente determinados pela norma, não restando qualquer opção para o agente; em outros – nos discricionários – a própria lei delega ao agente liberdade de escolha, ensejando-lhe praticar ou não o ato diante de determinada situação, conferindo-lhe competência para decidir sobre o momento adequado para fazê-lo, permitindo-lhe optar quanto à forma de que revestirá o ato ou o autorizando a decidir sobre a alternativa a ser tomada, entre pelo menos duas opções abertas pela norma.

O que ocorre, muitas vezes, é que a presença de conceitos fluidos, polissêmicos, vagos e indeterminados no texto normativo acaba também ensejando a expressão da discricionariedade, na medida em que abre margem para diversas interpretações. Estará a cargo do agente, destarte, tanto a avaliação da conveniência e oportunidade do ato como a ponderação dos diversos meios e interesses em jogo.

Havendo vinculação, a lei preestabelece a conduta a ser praticada pelo agente. Tratando-se de elemento discricionário do ato administrativo, a própria norma faculta ao administrador a liberdade para escolher entre, pelo menos, duas alternativas possíveis de ação. Delega-se ao gestor, portanto, a possibilidade de atuar consoante sua avaliação acerca da conveniência e oportunidade.

Embora se reconheça a premente necessidade de repensar a atuação da Administração Pública por meio da inserção de novos instrumentos que venham a nortear a conduta de seus agentes, o questionamento emergente, diante da “bula reformista” – prescrita por autores como Bresser Pereira e Abrucio – refere-se às

condições de operacionalização dos preceitos. Cabe discutir, assim, a respeito dos fatores que devem ser considerados quando se fala de apreciação da eficiência nos atos administrativos e sobre as condições necessárias para que seja efetuada tal avaliação / controle. Afinal, só faz sentido falar em controle em âmbito administrativo ou judicial a partir da discussão das circunstâncias e condições necessárias à aferição da eficiência.

Considera-se que o debate sobre a reforma do Estado não pode caminhar sem que se fomente a discussão sobre as questões que devem ser consideradas quando se trata de avaliação / controle da eficiência nos atos administrativos. Objetiva-se, pois, a partir de discussão teórica, apresentar um ponto de partida para a verificação da eficiência nos atos praticados pelo agente público. Esse debate permitirá qualificar o papel da busca e controle da eficiência no enfrentamento da corrupção.

Até mesmo em virtude de sua natureza incipiente, pouca atenção tem sido dada pela doutrina jurídica à operacionalização do princípio constitucional da eficiência administrativa. Reconhece-se sua relevância como orientação às pretensões da reforma administrativa do Estado, mas não se discute sobre a possibilidade e as condições necessárias à sua avaliação.

Observa-se que pouco esforço acadêmico-doutrinário tem sido direcionado no sentido de avaliar, de fato, as reais possibilidades de se verificar o alcance da eficiência nos atos administrativos, seja por parte do agente, seja por parte dos órgãos controladores. Há quem afirme que a consagração do princípio foi inútil; por outro lado, há quem tente, em vão, combater a fluidez do conceito; e há, por fim, quem discuta os limites do controle do ato sem avaliar a possibilidade de se efetuar o exame de sua

eficiência. Assim, visa-se a contribuir para o preenchimento desta lacuna e fazer com que este trabalho sirva de embrião para outras análises.

Esta monografia objetiva, por meio de percurso analítico, apresentar fatores que devem ser considerados para que seja avaliada a eficiência nos atos administrativos, discriminar condições necessárias a tal avaliação / controle e relacioná-los com o enfrentamento da corrupção. A estratégia metodológica adotada é análise de conteúdo, a partir de revisão bibliográfica.

As conclusões do trabalho permitirão juízo acerca da eficiência da Administração Pública, norte de todo discurso que lastreia a reforma do Estado. Sabe-se que sua consagração constitucional visa, acima de tudo, a nortear as reformas institucionais que têm a finalidade de tornar a Administração Pública eficiente. Objetiva-se, todavia, discutir se o preceito é também passível de ser verificado no caso concreto – nos atos praticados pelo agente público – por meio da apresentação de fatores que devem compor o debate e a enumeração de condições necessárias à apreciação da eficiência nos atos administrativos.

2 A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 A constitucionalização da eficiência

A Emenda Constitucional (EC) número 19 de 04/06/1998 – expressão máxima da consagração das diretrizes da reforma do Estado no ordenamento jurídico brasileiro – inseriu, no *caput* do artigo 37, a eficiência como o quinto princípio reitor da atuação da Administração Pública. Isto ensejou as mais diversas manifestações da doutrina, especialmente em virtude de a eficiência ter suas raízes semânticas nas Ciências Econômicas e na Ciência da Administração.

Em estudo comparativo acerca da consagração da eficiência nas Constituições, Batista Junior constata que, exceto na Constituição italiana de 1947, que consagrou o princípio do *buon andamento*, não há, nas Constituições anteriores à década de 70, menção expressa à idéia de eficácia ou eficiência¹.

No entanto, a eficiência da Administração Pública, antes mesmo da EC nº 19/98, já estava prevista no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 70, *caput*, já determinava que fosse exercido – internamente por cada poder e externamente pelo Congresso – o controle da economicidade das atividades da União, Administração Direta e Indireta. O inciso II do artigo 74 dispõe, desde 1988, que os Poderes Legislativo e Executivo devem manter, de maneira integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e comprovar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado. O artigo 71, VII, por sua vez, já autorizava os Tribunais de Contas a realizar auditorias operacionais, além das auditorias contábil, financeira e patrimonial².

A Constituição Estadual de Minas Gerais (CEMG) de 1989 também consagrou, em alguns de seus dispositivos, o preceito de eficiência, ainda que sem *status* de princípio. O artigo 40, I determina que incube ao Estado e ao particular delegado assegurar a eficiência na prestação de serviços públicos. A CEMG, ao tratar “da Fiscalização e dos Controles”, desenha, em seu artigo 73, o direito da coletividade a um governo honesto e eficaz e cria o dever de informação da sociedade acerca de seus atos ou fatos ofensivos à moralidade administrativa ou ineficientes. Ademais, seu artigo

¹ BATISTA JUNIOR, 2004, p.151.

² Cf. BRASIL, 1988.

74, ao tratar dos controles interno externo, estabelece os critérios de legalidade, economicidade e razoabilidade. Finalmente, em 2001, o princípio da eficiência foi expressamente introduzido na Constituição Mineira, pela EC nº 49/2001³.

De acordo com Batista Junior, as Constituições Estaduais, de forma geral, já contemplavam, no seu texto original, a observância da eficiência pela Administração Pública. A Constituição de São Paulo, de 1989, determina, no artigo 35, a instituição do controle interno de eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades de cada Poder. O artigo 122 desta Constituição, assim como o artigo 19 da Constituição do Estado de Rondônia, de 1989, estabelecem a exigência de qualidade e eficiência dos serviços públicos prestados. A Constituição do Estadual de Tocantins, por sua vez, já recepcionava a eficiência como um dos princípios reitores da Administração Pública⁴.

Mas foi com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que a eficiência foi expressamente consagrada na Constituição Federal como princípio reitor da Administração Pública. O artigo 37, *caput* passou a vigorar com 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 de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** [...] (grifo nosso)⁵

2.2 Eficiência e conceitos afins: eficácia e efetividade

O princípio da eficiência tem raízes não jurídicas⁶. O vocábulo foi transposto das Ciências Econômicas e da Administração, que o utilizam como conceito essencial à formulação de suas teorias. As Ciências Sociais, a seu turno, também o utilizam para a

³ Cf. MINAS GERAIS, 1989.

⁴ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 135-137.

⁵ BRASIL, 1988.

avaliação e monitoramento de políticas públicas. A eficiência não goza, pois, de unicidade semântica, sendo necessário que se trate de vocábulos correlatos para que seja possível interpretação acerca de seu significado⁷. Para Antonio Francisco de Souza, trata-se de conceito jurídico indeterminado, considerando-se os problemas para sua correta apreensão e aplicação no caso concreto⁸.

O primeiro conceito que merece tratamento especial é o de eficácia, por apresentar alta correlação com eficiência e ser, não raro, compreendida como sinônimo desta. O dicionário Houaiss define-a como “a qualidade daquilo que produz o efeito que se espera⁹”. A Ciência da Administração, ao analisar os conceitos no âmbito das organizações, apresenta a eficácia como a medida de alcance de resultados¹⁰. O vocábulo refere-se, portanto, à consecução dos fins. Para se verificar se “as coisas bem-feitas” são realmente as coisas que deveriam ser feitas, volta-se para a análise da eficácia¹¹.

Mokate trata dos conceitos no âmbito da avaliação e monitoramento de políticas públicas. De acordo com a autora, a eficácia refere-se ao grau com que são alcançados os objetivos perseguidos. Destaca a autora que a eficácia diz respeito exclusivamente ao alcance dos objetivos, sem considerações a respeito dos custos e da utilização de recursos¹².

De acordo com o entendimento da autora, eficácia é o mesmo que efetividade.

⁶ BATISTA JUNIOR, 2004, p.110.

⁷ Interessante apresentar observações de Gabardo. De acordo com o autor, “a própria opção por uma ênfase de natureza axiológica do termo (com destaque para o elemento ‘meio’) ou na sua essência teleológica (com destaque para o elemento ‘fim’) traz distintas conotações”. (GABARDO, 2002, p. 23-24).

⁸ SOUZA *apud* GABARDO, 2002, p. 24.

⁹ HOUAISS, 2001.

¹⁰ CHIAVENATO, 1979, p, 67.

¹¹ CHIAVENATO, 1979, p.237-239.

¹² MOKATE, 2001.

Salienta Mokate, contudo, que tal concepção não é unânime, pois há quem entenda que a efetividade refere-se à relação entre os resultados (previstos e não previstos) e os objetivos¹³.

Segundo Mokate, a definição e interpretação de eficiência são as que geram maiores divergências, até mesmo no meio acadêmico¹⁴. Afirma que na análise de políticas públicas a definição mais utilizada é “relação entre meios e fins”. Desse modo, um programa é eficiente se cumpre os objetivos ao menor custo possível. Ressalta a autora que o verbete “custo” deve ser entendido em seu sentido amplo, como recurso tangível ou intangível: dinheiro, tempo, recurso ambiental, capital social, solidariedade, confiança.

A eficiência, a seu turno, é tratada pela Ciência da Administração como medida da utilização dos recursos no processo de perseguição dos resultados. O conceito está relacionado, assim, à otimização dos meios para o alcance dos objetivos, à melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas, a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível¹⁵. Ensina Chiavenato que

A eficiência se preocupa em fazer corretamente as coisas e da melhor maneira possível. Daí a ênfase nos métodos e procedimentos internos. A eficácia se preocupa em fazer as coisas corretas para atender às necessidades da empresa e do ambiente que a circunda. Enquanto a eficiência se concentra nas operações e tem a atenção voltada para os aspectos internos da organização, a eficácia concentra-se no sucesso quanto ao alcance dos objetivos e tem a atenção voltada para os aspectos externos da organização.¹⁶

Consoante tal percepção, própria da Ciência da Administração, tanto a eficiência

¹³ MOKATE, 2001.

¹⁴ A autora relata que o INDES realizou uma pesquisa sobre os conceitos de eficácia, eficiência, equidade e sustentabilidade. O resultado revelou grande diversidade de significados atribuídos aos verbetes. Cf. MOKATE, 2001.

¹⁵ CHIAVENATO, 1979, p.67.

quanto a eficácia são caminhos a serem percorridos na busca da efetividade. Esta, portanto, tem a ver com a manifestação externa à organização daquilo que foi gerado dentro dela, ou seja, é o resultado global¹⁷. De acordo com tal concepção, eficácia é entendida como alcance dos objetivos ou resultados, eficiência como a melhor utilização dos meios e efetividade como a reunião desses dois atributos.

O Manual de Auditoria de Natureza Operacional, elaborado pelo Tribunal de Contas da União, traz os conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. Segundo o Manual, eficácia refere-se ao grau de alcance das metas programadas em um dado período de tempo, independente dos custos envolvidos. Efetividade refere-se à relação entre os resultados (impactos alcançados) e os objetivos (impactos esperados). A definição apresentada à eficiência é de relação entre os produtos gerados e os custos dos insumos empregados¹⁸.

Ao se tratar do significado de eficiência, é imprescindível remeter à clássica definição apresentada pelas Ciências Econômicas. O critério utilizado para comparar resultados de instituições econômicas é o conceito de eficiência de Pareto, ou eficiência econômica. Diz-se que uma alocação é eficiente de Pareto quando ninguém consegue aumentar seu bem-estar sem que seja reduzido o bem-estar de outra pessoa. Se for possível melhorar a situação de alguém sem prejudicar outrem, tem-se uma alocação ineficiente de Pareto¹⁹.

Com a consagração da eficiência como princípio constitucional, a doutrina jurídica passa a oferecer sua contribuição no sentido de apresentar a distinção entre os

¹⁶ CHIAVENATO, 1979, p. 237-238.

¹⁷ Cf. BATISTA JUNIOR, 2004, p.113.

¹⁸ BRASIL, 2000, p. 107-109.

vocábulos eficiência e eficácia. De acordo com Alfonso, a eficiência relaciona-se à otimização da utilização dos meios, enquanto a eficácia refere-se à produção dos efeitos desejados de forma ótima. A efetividade, a seu turno, liga-se à exata produção do efeito, sendo compreendida pela eficácia²⁰. Observe-se que, na perspectiva defendida pelo autor, a noção de eficácia é ampliada, levando em consideração tanto os fins estabelecidos quanto os meios utilizados para sua consecução.

Na compreensão de Aragão, eficiência consiste na relação entre o “custo real” e o “custo padrão” (desejado). A eficácia, por sua vez, define-se pela relação entre o “produto real” e o “produto padrão” (desejado). A efetividade, por fim, seria o corolário da comparação entre os resultados alcançados e os objetivos pretendidos. É possível observar que a autora entende a eficiência sob a perspectiva dos meios e a eficácia na ótica dos objetivos atingidos. Interessante notar sua peculiar compreensão do conceito de efetividade, que consiste no exame último dos meios e resultados esperados e alcançados²¹.

Simões afirma que, de acordo com o senso comum, quando se focaliza unicamente a realização dos fins, eficiência pode significar o mesmo que eficácia. Entretanto, pode ter uma conotação distinta, no momento em que se considera, além do alcance dos objetivos, a otimização da utilização dos meios²².

Do exposto, apreende-se que as distinções dos conceitos de eficiência e eficácia partem da dicotomia entre meios e fins. Até o presente momento, os vocábulos não foram analisados a partir de uma perspectiva jurídica. O que se visou foi a

¹⁹ VARIAN, 1999, p. 15. Explica o autor que a expressão “eficiência de Pareto” alude ao economista e sociólogo italiano Valfrido Pareto (1848-1923), que foi um dos primeiros a examinar as implicações econômicas do conceito de eficiência.

²⁰ ALFONSO *apud* GABARDO, 2002, p. 24-25.

apresentação do significado atribuído por cientistas da Administração, Economia, Sociologia e Direito, sem que se tenha empreendido exame dos conceitos – especialmente o de eficiência – na seara do Direito Público. Este percurso será realizado no item seguinte.

2.3 A eficiência como princípio jurídico

O Direito, ao receber valor, princípio ou conceito, atribui-lhes conteúdo jurídico, com força normativa. Destarte, o ordenamento recebe conceitos econômicos, artísticos, religiosos e os sujeita às suas própria estrutura, tornado-os jurídicos, para atender a determinadas finalidades²³. Conforme ilustração de Reale, o Direito, por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo que toca, para lhe dar condições de realizabilidade²⁴. Seguindo essa lógica, assevera Bandeira de Mello que

O direito não considera as coisas e os seres em geral, e não os toma em sua realidade natural; ele os reelabora. Atribui-lhes um significado especial, um sentido jurídico e cria destarte novos seres, seres lógicos, que vivem, transitam, unicamente no universo do direito.²⁵

Conforme já assinalado, “a eficiência foi a idéia-síntese invocada pela reforma administrativa, que culminou com a promulgação da EC nº 19/1998”²⁶. Sua consagração como princípio constitucional pode ser compreendida como a resposta do legislador brasileiro às exigências e novas demandas dos cidadãos em relação à atuação da Administração Pública. Além disso, consoante Batista Junior

A inserção do referido princípio veio pôr fim às ainda incipientes

²¹ ARAGÃO *apud* GABARDO, 2002, p. 25.

²² LOUREIRO *apud* GABARDO, 2002, p. 25.

²³ Cf. BATISTA JUNIOR, 2004, p.117.

²⁴ REALE, 1995, p. 22.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, p.55.

²⁶ BATISTA JUNIOR, 2004, p.138.

discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua existência implícita na Constituição da República e à sua aplicabilidade integral, que já se avançavam, desestruturadas, perante a evidência da realidade dos casos concretos.²⁷

Ao contrário do que possa parecer, a constitucionalização da eficiência não gozou de recepção pacífica pela doutrina jurídica brasileira, muito em virtude de se tratar de conceito pouco familiar à Ciência Jurídica²⁸ e também em decorrência de alguns autores considerarem sua consagração injustificada, defendendo que tal princípio já estaria implícito no ordenamento²⁹ ou que poderia ser deduzido da própria essência do Estado de Direito³⁰, como finalidade da Administração Pública.

É verdade que a eficiência como princípio jurídico-constitucional ainda não recebe amplo tratamento, em decorrência de sua novidade. Entretanto, é possível constatar algum debate, por mais incipiente que seja, a respeito do tema, especialmente entre os que alegam a inutilidade da consagração, aqueles que defendem a impossibilidade de sua consecução e mensuração no setor público e os que reconhecem a relevância do seu reconhecimento constitucional para a Administração Pública brasileira.

Bandeira de Mello é um dos mais fortes representantes da corrente que desmerece a elevação da eficiência à condição de princípio constitucional, além de defender a dificuldade de constatação de seu alcance. Após tratar dos demais princípios consagrados no *caput* do artigo 37, apresenta o seguinte posicionamento:

²⁷ BATISTA JUNIOR, 2004, p.138.

²⁸ Cf. BATISTA JUNIOR, 2004, p. 199. Conforme o autor, “a idéia de eficiência tem origem privada, extraída de uma perspectiva utilitarista tomada do mundo das Ciências Econômicas”.

²⁹ Cf. LOPES, 1998, p. 108-109. Para o autor, a constitucionalização da eficiência é desnecessária e inútil.

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais 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 expiração dos que buliram no texto.³¹

Em perspectiva semelhante à de Bandeira de Mello, Pereira Junior assevera que, no que se refere

ao arrolamento da eficiência entre os princípios reitores da atividade administrativa estatal, só se pode compreender como uma figura de estilo, um esforço de linguagem para enfatizar o que é inerente à Administração Pública e dela é reclamado pelos administrados, justificadamente”.³²

O que fazem os dois autores, em síntese, é ressaltar a suposta “redundância” da constitucionalização da eficiência, por considerarem que exigência da eficiente atuação da Administração Pública deve ser presumida, não carecendo de explícita consagração. Entendem, pois, que se trata de “acessório” desnecessário. Do mesmo entendimento compartilha Figueiredo, que questiona a respeito das efetivas mudanças que serão sentidas a partir da inserção da eficiência no texto constitucional, pois, de acordo com a autora, a Administração Pública sempre teve que agir com eficiência³³. Moreira chega até a considerar que “eficiência não é princípio jurídico, muito menos poderia ser alçada à condição de norma constitucional”.³⁴

Em sentido contrário às manifestações dos juristas supramencionados, há autores que imprimem grande importância à constitucionalização da eficiência, expressando sua interpretação do princípio. Ressaltam, contudo, que a eficiência

³⁰ Cf. BATISTA JUNIOR, 2004, p. 120. Afirma o autor que parte da doutrina acredita que “... o PE [princípio da eficiência] é próprio do Estado de Direito, [é] princípio implícito de qualquer comportamento racional, daí, portanto, do administrativo”.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 109-110.

³² PEREIRA JUNIOR *apud* GABARDO, 2002, p.41.

³³ FIGUEIREDO, 2001, p.63.

jamais poderá ser analisada isoladamente, devendo ser observados todos os demais princípios consagrados no ordenamento³⁵. Havendo conflito, o intérprete deverá efetuar a ponderação os princípios. Conforme esse entendimento, não se pode, *a priori*, sobrepor um princípio a outro.

Di Pietro afirma que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: em relação ao modo de atuação do agente público e ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública³⁶. Em ambas as situações, a idéia é que se persiga o melhor desempenho. Em direção semelhante, Moreira Neto assevera que o princípio da eficiência deve estar presente, por meio de sua racionalidade, tanto nas escolhas públicas do “que fazer” (políticas) quanto nas do “como fazer”³⁷.

Batista Junior entende que o princípio da eficiência consiste em critério diretivo da atividade de toda a Administração Pública, constituindo mandamento de otimização da satisfação das necessidades e interesses sociais. A idéia subjacente ao princípio, para o autor, relaciona-se à otimização da aplicação dos meios e aproveitamento máximo de recursos para o melhor alcance e satisfação do bem comum³⁸. Este é o entendimento da corrente doutrinária que reconhece a relevância da consagração da eficiência como princípio constitucional.

Os meios a serem considerados, portanto, serão todos os recursos envolvidos, sejam eles financeiros, humanos, técnicos, dentre outros. O fim que sempre deverá ser avaliado é o interesse público, o atendimento ao interesse coletivo, que consiste na finalidade última da Administração Pública. Nesse sentido, Cardozo define o princípio

³⁴ MOREIRA, *apud* GABARDO, 2002, p.91.

³⁵ Cf. BATISTA JUNIOR, 2004, p. 142. No entanto, afirma o autor na mesma obra que o controle principiológico da atuação da Administração Pública ainda não é bem aceito.

³⁶ Cf. DI PIETRO, 2006, p. 98.

da eficiência como

aquele que determina aos órgãos e pessoas da Administração Direta e Indireta que, na busca das finalidades estabelecidas pela ordem jurídica, tenham uma ação instrumental adequada, constituída pelo aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis de modo que se possa alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes.³⁹

O ordenamento jurídico, embora tenha consagrado a eficiência como princípio diretivo da atividade administrativa, deixou em aberto a definição de seu conteúdo semântico. Isso faz com que grande parte da doutrina enquadre-o dentro da categoria dos “conceitos jurídicos indeterminados”, considerando-se os problemas para suas corretas apreensão e aplicação no caso concreto⁴⁰.

Parejo pondera que a avaliação da eficiência implica a promoção de julgamento sobre a aplicação dos meios e a consecução de objetivos, sendo que critérios e medidas para realizar tal julgamento não têm sentido uníssono e concreto⁴¹.

Moreira, a respeito do controverso controle de eficiência, assevera que

exige configuração precisa e minuciosa, mediante pautas de comportamento predefinidas – que estabeleçam normativamente o alcance de determinados resultados, a utilização de recursos certos e as conseqüências jurídicas daí derivadas. Caso contrário, inexistirá a ‘relação’ definidora a eficiência.⁴²

Por sua fluidez e dificuldade de mensuração na situação fática, não faltam críticas aos que defendem a importância de sua constitucionalização. No setor público, os interesses em jogo são, não raro, até contraditórios. Além disso, as metas são

³⁷ MOREIRA NETO *apud* GABARDO, 2002, p. 19.

³⁸ BATISTA JUNIOR, 2004, p.109-120.

³⁹ CARDOZO *apud* BATISTA JUNIOR, 2004, p. 148.

⁴⁰ SOUZA *apud* GABARDO, Emerson. 2002, p. 24.

⁴¹ ALFONSO *apud* GABARDO, 2002, p.99.

⁴² MOREIRA *apud* GABARDO, 2002, p. 142.

etéreas e polissêmicas. Nas ocasiões em que não for possível emitir um juízo a respeito da eficiência, considera Bandeira de Mello que agir de maneira razoável já é suficiente⁴³.

São variadas, embora em pequeno número, as opiniões acerca das conseqüências práticas da constitucionalização da eficiência. A doutrina limita-se a emitir um juízo a respeito da necessidade da consagração e dos possíveis impactos dela. No entanto, pouco ou nada se diz a respeito das reais possibilidades de sua observância na situação concreta. É difícil, à primeira vista, concordar com os que alegam a inutilidade de a eficiência ter sido inserida no caput do artigo 37, em decorrência de sua fluidez e difícil controle. Bonavides afirma que os princípios consagrados na Constituição são dotados de imperatividade material⁴⁴. A respeito do assunto, levanta Gabardo que é

Impossível aceitar que o ordenamento positivo se compadeça com meras “figuras de estilo”, de caráter estético ou moral. Não que a mera positivação implique uma resolução da problemática, mas já possibilita, no mínimo, um ponto de partida normativo expresso, principalmente quando a prescrição se dá no nível constitucional⁴⁵.

Para se admitir ou discordar desta categórica afirmação, deve ser empreendida análise mais detida e cuidadosa, o que consiste no objeto deste trabalho.

2.4 Eficiência, ação racional e racionalidade limitada

Os conceitos apresentados permitem a percepção de que, por mais diversas que sejam as definições de eficiência, todas convergem para a idéia de melhor utilização de recursos e insumos, ou seja, otimização de meios tendo-se em vista o alcance de

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 23.

⁴⁴ BONAVIDES, 1998, p. 266.

determinado fim. Eficiência pressupõe, portanto, produtividade, racionalização, economicidade e celeridade.

Essa idéia nuclear de eficiência remete diretamente ao conceito de ação racional, o principal postulado das Ciências Econômicas. A ação racional consiste na melhor adequação entre meios e fins, de modo a maximizar os ganhos e minimizar os custos. A lógica subjacente ao conceito é que o indivíduo busca a melhor forma possível para alcançar seus objetivos ou interesses, tendo em vista os recursos que controla ou consegue mobilizar. Para ser racional, o agente escolhe a melhor combinação de custos ⁴⁶.

Em síntese, a racionalidade assume um caráter instrumental, significando a melhor articulação meios/fins, implicando a seleção, dentre as alternativas de ação ao alcance do agente, da forma de atuação que traduza a melhor combinação de recursos com vistas aos propósitos perseguidos.

A racionalidade envolve necessariamente autonomia, liberdade de escolha, pois é essencial que o agente disponha de poder decisório para que possa tomar a melhor decisão. No processo de escolha, três fatores exercem papel primordial: recursos, contexto e informações. Os recursos delimitam o campo de ações que o agente pode desenvolver ou das condutas que pode adotar e, por conseguinte, o que pode alcançar. Em relação ao contexto, é importante ter em mente que as ações dos agentes não ocorrem num plano vazio de significado, mas num quadro de referência objetivamente definido, cabendo-lhes reconhecer e incorporar em sua conduta. A ação é, portanto, contextual. O contexto delimita o espectro daquilo que o agente não pode fazer e o que

⁴⁵ GABARDO, 2002, p.94.

⁴⁶ Cf. STIGLITZ, 2003, p. 22.

pode fazer (as oportunidades). Por fim, o papel das informações. Ação racional é ação informada. O processo decisório dos agentes deve ser alimentado por informações relevantes sobre as alternativas e oportunidades abertas à sua ação. Isto depende de condições efetivas de acesso às informações relevantes e de capacidade de processar adequadamente as informações relevantes⁴⁷.

Herbert Simon, em 1978, ganha o prêmio Nobel de Economia por discutir o conceito de racionalidade utilizado pelos economistas. Considera que a teoria está equivocada em supor que os agentes escolhem o melhor curso de ação. Argumenta que a Economia deve se aproximar mais da realidade; propõe, assim, a substituição do critério de otimização pelo critério de suficiência. De acordo com Simon, os atores agem “suficientemente” porque possuem “racionalidade limitada”. Não ficam calculando minuciosamente todas as opções. Os agentes têm capacidade intelectual limitada e, nas decisões mais complexas, realizam um recorte da realidade, simplificando suas vidas, sem deixar de ser racionais.

A racionalidade limitada é decorrente dos próprios limites impostos pelos três fatores determinantes da ação racional. Em relação aos recursos, nem sempre os agentes dispõem de capacidade para mobilizar os meios mais adequados à consecução dos fins. O contexto, ou seja, o cenário em que o agente atua, limita suas possibilidades de escolha, o que significa que nem sempre é possível adotar o melhor curso de ação. Por fim, no que tange às informações, o agente nem sempre tem acesso a todos os dados disponíveis para a tomada de decisão ou pode ocorrer de os custos referentes à obtenção e processamento de informações ser muito alto, o que faz com que não se adote a melhor alternativa.

⁴⁷ Cf. ELSTER, 1994.

Do exposto, considerando-se demonstrada a intrínseca relação entre eficiência, ação racional e racionalidade limitada, apresenta-se o conceito de eficiência que será adotado neste trabalho: “eficiência consiste na melhor adequação entre meios e o fim, considerando-se o contexto em que atua e os recursos e informações de que dispõe o agente”.

Tem-se, portanto, que eficiência não é escolha razoável ou satisfatória, mas, sim, a melhor a que se pode chegar a partir dos fatores discriminados. Ademais, há que se assinalar que, a partir do conceito adotado, jamais se falará em decisão “mais” eficiente e, sim, em decisão eficiente, pois o conceito já contempla a idéia de “melhor” adequação.

3 O AGIR ADMINISTRATIVO: VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Sabe-se que os particulares, em suas relações, podem fazer tudo o que a lei não proíbe. A Administração Pública, no entanto, deve agir com estrita observância à lei, sendo-lhe facultado fazer somente o que é expressamente permitido.

Nos atos vinculados, a lei não abre qualquer espaço de liberdade ao administrador, não deixando margem a julgamentos subjetivos. Ao agente público cabe a verificação da hipótese, que está descrita objetivamente pela norma; a partir de então, a lei dita as regras da ação a ser adotada. A atuação do administrador deve ocorrer, pois, com estrita observância à prescrição legal.

A discricionariedade, a seu turno, decorre do fato de ser impossível prever todas as hipóteses e as respectivas melhores soluções. García de Enterría afirma que o poder

discricionário é um imperativo das “limitações intelectivas humanas”, visto que o legislador não é capaz de predizer todas as situações de incidência da norma⁴⁸.

É a própria lei que deixa à Administração Pública determinadas margens de liberdade para decidir sobre o meio, modo, momento adequado e conveniência da decisão⁴⁹. A legalidade é, portanto, o próprio fundamento da discricionariedade. De acordo com Bandeira de Mello

É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas que, ante o caráter polifacético, multifário dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade pra que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal. Então, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, teria sido redigida vinculadamente.⁵⁰

Por maior que seja a fatia discricionária delegada pela lei, os administrativistas concordam que há, em todo e qualquer ato administrativo, uma vinculação inafastável: a atuação da Administração Pública deve dirigir-se sempre para a satisfação do interesse coletivo. Consideram os estudiosos do Direito Público que a satisfação do bem comum, por constituir a finalidade última da atividade administrativa, deve ser perseguida e atingida sempre⁵¹.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1991, p. 391.

⁴⁹ BATISTA JUNIOR, 2004, p.291.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 35. Repare-se que há uma contradição no argumento de Bandeira de Mello. Nesta edição de 1993, cinco anos antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 49 – a que consagrou a eficiência entre os princípios reitores da Administração Pública – o autor já expressa o posicionamento segundo o qual a discricionariedade viabiliza a tomada da decisão ótima, na medida em que confere liberdade ao administrador para, diante do caso concreto, faça a melhor escolha. Bandeira de Mello está, na verdade, tratando da eficiência, ainda que não tenha ocorrido a elevação do preceito ao *status* de princípio. No entanto, após a promulgação da referida emenda, o publicista desmerece a consagração da eficiência, sob o argumento de se tratar de preceito fluido, de difícil controle; afirma, pois, significar mero adorno na Constituição. (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 109-110).

⁵¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 401; BATISTA JUNIOR, 2004, p. 293; DI PIETRO, 2006, p.220.

Destarte, “são a discricionariedade e a vinculação dois ingredientes de qualquer decisão administrativa, que os têm em proporções variáveis”⁵². Para melhor compreensão do tema, apresenta-se uma breve explanação sobre o tratamento doutrinário conferido ao conceito e elementos do ato administrativo, essencial à compreensão da etapa seguinte. Em seguida, penetra-se na seara da teoria dos atos administrativos vinculados e discricionários.

3.1 Definição de ato administrativo

Ao conceituar ato administrativo, a divergência doutrinária reside, basicamente, na abrangência de maior ou menor quantidade de atos emanados da Administração ou de qualquer outro poder que venha a exercer atividades administrativas. Há uma área de coincidência entre os conceitos⁵³. A idéia nuclear – de manifestação que produz efeito jurídico, oriunda do Estado ou de quem esteja investido de prerrogativas, no exercício da função administrativa, sob a regência do Direito Público – é constatada em todas as conceituações.

Para o objetivo deste trabalho, não interessa discutir os pormenores da divergência doutrinária em relação ao conceito de ato administrativo. Como já se disse, o conflito decorre da seleção de elementos que irão compor a definição, o que implica, em última instância, a inclusão e exclusão de determinados atos. A idéia central, mencionada no parágrafo anterior, atende, pois, aos objetivos desta monografia.

Certa ponderação, no entanto, faz-se necessária. Ao conceituar ato administrativo, os autores tendem a afastar os atos considerados típicos de Direito

⁵² BATISTA JUNIOR, 2004, p. 289.

⁵³ BANDERIRA DE MELLO, 2006, p. 353.

Privado praticados pelo Estado, como compra e venda e locação. Ora, embora se possa considerar que, na prática desses atos, a Administração Pública não se encontra em posição de supremacia na relação com o particular – não gozando, assim, de suas prerrogativas –, deverá, sim, haver observância aos princípios reitores da atividade administrativa. Não poderá a Administração agir “livremente”, o que pode dar margem a práticas perniciosas ao fim maior que deve ser sempre perseguido: o interesse público. Ademais, como bem assinala Gordillo, é o Direito Administrativo que governa as condições de validade desses “atos de Direito Privado” e seu controle é feito à moda dos demais atos administrativos, inclusive com a arguição dos mesmos vícios⁵⁴.

Segundo Bandeira de Mello, os conceitos têm função instrumental, devendo ser úteis aos fins do estudo. Embora se considere que o pacifismo conceitual seja importante ferramenta na construção do conhecimento científico, sabe-se que a ciência do Direito, por suas peculiaridades metodológicas, não parte de construções conceituais unânimes e exatas. Cada doutrinador estabelece as definições a partir das quais serão desenvolvidos seus estudos. Seguindo essa lógica, utilizar-se-á, neste trabalho, sem maiores preciosismos, quatro “componentes” básicos dos conceitos de ato administrativo: a) manifestação que produz efeito jurídico; b) oriunda do Estado ou de quem esteja investido de prerrogativas; c) no exercício da função administrativa; d) sob a regência do Direito Público.

Sublinha-se, contudo, que serão incluídos os atos “tipicamente de Direito Privado”, pelas razões já expostas e por constituir objetivo deste trabalho elencar os fatores que devem ser considerados na avaliação da eficiência nos atos administrativos

⁵⁴ GORDILLO *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 357.

e estabelecer condições necessárias para a realização de tal exame. Não faria sentido algum excluir atos de locação, compra⁵⁵ e venda praticados pela Administração Pública do rol de atos em que a eficiência (ou qualquer outro princípio diretivo da atividade administrativa) deve ser observada.

3.2 Estrutura do ato administrativo

A estrutura do ato administrativo é decomposta para sistematizar e, conseqüentemente, facilitar seu estudo⁵⁶. A doutrina jurídica ainda não chegou a um consenso a respeito dos elementos do ato administrativo. Há discordância em relação à terminologia empregada para se fazer referência aos componentes do ato e também no que tange à identificação e quantidade deles. A divergência, não raro, decorre de discordância terminológica. Às vezes, os autores utilizam o mesmo termo para significar coisas distintas; em outros momentos, fazem uso de vocábulos diferentes e atribuem mesmo sentido.

Bandeira de Mello separa os elementos dos pressupostos do ato administrativo. Considera que há somente dois elementos do ato administrativo: conteúdo e forma. Consoante sua explanação, o ato administrativo é composto por essas duas “realidades intrínsecas”. O conteúdo – denominado objeto por outros doutrinadores – é aquilo que o ato dispõe; é o próprio ato, em sua essência. A forma, a seu ver, é o modo pelo qual o ato aparece, é seu revestimento exterior, que não deve ser confundida com formalização, que se refere à “solenização requerida para o ato”⁵⁷.

⁵⁵ No caso das compras realizadas pela Administração Pública, faz-se mister assinalar que são reguladas pela Lei de Licitações, n. 8.666/93, devendo obedecer a rígido procedimento estabelecido na lei.

⁵⁶ ARAÚJO, 1992, p. 62.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 367.

Bandeira de Mello divide os pressupostos do ato administrativo em pressupostos de existência e de validade. São pressupostos de existência o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Dentre os pressupostos de validade, encontram-se: pressuposto subjetivo (sujeito); pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); pressuposto teleológico (finalidade); pressuposto lógico (causa); e pressupostos formalísticos (formalização).

Objeto, para Bandeira de Mello, é aquilo sobre o que o ato dispõe, é aquilo que está reportado ao ato. O objeto, portanto, não pode ser inexistente, como ocorre, por exemplo, em intimação por edital de funcionário falecido. Nesse caso, o ato será inexistente. Em relação ao segundo pressuposto de existência – pertinência ao exercício da função administrativa – refere-se à imputabilidade do ato ao Estado, no exercício da função administrativa⁵⁸.

O primeiro pressuposto de validade apontado por Bandeira de Mello é o sujeito, que consiste no produtor do ato. O motivo, podendo ser previsto ou não em lei, refere-se à situação fática que autoriza ou exige a prática do ato. O motivo legal é a previsão abstrata da circunstância empírica; o motivo do ato é a própria situação real. Há que se verificar, no caso concreto, a correspondência entre o motivo legal e o motivo do ato. O autor diferencia “móvel” e “motivação” de “motivo”. Móvel é a intenção do agente que praticou o ato. A motivação, por sua vez, diz respeito à exposição de motivos, a fundamentação que enuncia as razões de fato e de direito que ensejaram a prática do ato.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 367-368. Vale salientar que a “pertinência á função administrativa” já está contemplada no próprio conceito de ato administrativo. Não há a necessidade, portanto, de discriminá-la como pressuposto de existência do ato.

Pode ou não haver previsão legal do motivo. Se houver, o agente somente poderá praticar o ato se houver ocorrido a situação descrita pela norma. Se a lei nada descrever acerca dos motivos, o agente terá liberdade para escolher a circunstância que irá ensejar a prática do ato.⁵⁹

A motivação é a fundamentação do ato, é a exposição dos motivos. Pela motivação, o agente apresenta: a descrição legal e os fatos que ensejaram a prática do ato, bem como a ligação entre os fatos ocorridos e o ato praticado.

A causa refere-se, de acordo com Bandeira de Mello, ao vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato. Por fim, a formalização – último pressuposto de validade – é a maneira pela qual o ato deve ser exteriorizado. Via de regra, será escrita, mas pode ser oral ou mesmo por gestos⁶⁰.

Araújo segue as orientações de Bandeira de Mello no que tange aos “aspectos” do ato administrativo. Considera haver dois elementos: forma e conteúdo. Sujeito, motivo (ou causa), finalidade e, em alguns casos, requisitos procedimentais, consistem em pressupostos de formação do ato⁶¹.

O administrativista confere especial tratamento à motivação. Afirma que não se trata apenas da manifestação dos motivos, “mas de todos os elementos que influem na legalidade, oportunidade e finalidade do ato, bem como a correspondência deste com e seu conteúdo”⁶². Tal exposição deve ser capaz de

deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p, 369-370.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 369-384.

⁶¹ ARAÚJO, 1992, p. 64. O autor faz uso da definição de Bandeira de Mello de requisitos procedimentais, definindo-os como os atos jurídicos essenciais à prática do ato, produzidos pela Administração Pública ou pelo particular.

⁶² ARAÚJO, 1992, p.93.

com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal.⁶³

Do exposto, nota-se que, independentemente da terminologia adotada, há grande semelhança em relação aos componentes elencados por cada autor. Optou-se por abordar apenas os “aspectos” do ato administrativo apontados por Bandeira de Mello e Araújo, por se considerar que não há divergências substanciais entre os administrativistas. Além disso, a breve explanação dada é suficiente para atender aos objetivos deste trabalho. O importante, neste momento, é que se tenha em mente a “composição” do ato administrativo.

3.3 Atos administrativos vinculados e discricionários

Os atos administrativos podem ser classificados de várias maneiras, conforme o critério em função do qual sejam agrupados: quanto à estrutura, quanto aos efeitos, quanto aos destinatários, e quanto a outros fatores⁶⁴. Interessa, contudo, a classificação que leva em conta o grau de liberdade da administração na prática do ato, pois se querem verificar as possibilidades de avaliação da eficiência nas situações em que a lei predetermina a conduta a ser adotada e nas circunstâncias em que a Administração Pública possui certa margem de liberdade para agir.

Quando a lei não deixa qualquer espaço de liberdade para o administrador, diz-se que o ato administrativo é vinculado. Não há opções: a lei estabelece que, ocorrendo determinada hipótese, o administrador deverá praticar certo ato. Os juristas espanhóis García de Enterría e Fernández explicam:

⁶³ ARAÚJO, 1992, p. 93.

⁶⁴ BANDIRA DE MELLO, 2006, p. 393-400.

O exercício das potestades reguladas [atos vinculados] reduz a Administração à constatação [...] da hipótese de fato legalmente definida de maneira completa e a aplicar em presença da mesma o que a própria lei determinou também exhaustivamente. Existe aqui um processo aplicativo da lei que não deixa resquício a julgamento subjetivo algum, salvo à constatação ou verificação da hipótese mesma para contrastá-la com o tipo legal. A decisão em que consista o exercício é obrigatória em presença de tal hipótese [...]. Opera aqui a Administração de uma maneira que poderia chamar-se de automática.⁶⁵

Cretella Junior chega a afirmar que, caso haja o preenchimento dos requisitos legais e não ocorra a edição do ato vinculado, haverá lesão a direito líquido e certo do interessado. Para o autor, a lei determina categoricamente ao administrador que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo⁶⁶.

Há vinculação, portanto, quando a norma predetermina o único comportamento que deverá adotar o agente público perante casos concretos descritos pela mesma norma. A descrição legal da situação fática não deixa dúvidas quanto ao seu objetivo reconhecimento: ocorrendo a hipótese X, o ato Y deverá necessariamente ser praticado⁶⁷.

Alerta Bandeira de Mello que

É raro, entretanto, que a norma de Direito estabeleça com este rigor, com esta capilar precisão, qual a situação de fato objetivamente identificável e qual a conduta única, integralmente regulada e obrigatoriamente adotável perante aquela situação de fato.⁶⁸

Existem situações, todavia, em que o legislador abre espaço ao administrador para que realize valoração sobre o meio de atuação adequado, o modo de decisão, o momento adequado, a conveniência ou não de se tomar a decisão, ou mesmo a

⁶⁵ ENTERRÍA, 1991, p.389.

⁶⁶ CRETILLA JÚNIOR, 1992, p.150.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p.9.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p.16.

respeito da sanção cabível dentre as admissíveis pela norma.⁶⁹ Nesses casos, diz-se que o ato administrativo é discricionário.

Há dois fundamentos básicos para a discricionariedade. Em primeiro lugar, é impossível que o legislador preveja todas as situações, de maneira rígida e fechada, que requeiram a edição dos atos. A segunda razão é, em certa medida, decorrente da primeira: considerando-se que será a Administração quem estará diante do caso concreto, terá ela maiores condições de reconhecer, consoante as circunstâncias, a melhor forma de atender à finalidade legal ou à finalidade última do agir administrativo – a consecução do interesse coletivo. Trata-se, pois, de deliberada intenção legal. Por essas razões, inclusive, utilizam-se os chamados conceitos fluidos, imprecisos, indeterminados⁷⁰. Há, por fim, o terceiro fundamento, não defendido pela doutrina majoritária: se o legislador abandonasse a abstração própria das leis e redigisse a norma de maneira mais precisa e específica, estaria invadindo o campo da individualização, que é próprio da função administrativa⁷¹.

Para decidir se deve ou não praticar o ato e de que modo deverá fazê-lo, caberá uma avaliação subjetiva sobre a conveniência e oportunidade de se editar tal ato. Isso consiste no chamado “mérito do ato”. Nesse espaço, ocorrerá a ponderação final do agente. A conveniência diz respeito à adequação da escolha conteúdo do ato à finalidade para a qual é aplicado⁷². A oportunidade, por sua vez, refere-se ao melhor momento para a prática do ato.

⁶⁹ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 291.

⁷⁰ Araújo alerta para o fato de os conceitos jurídicos indeterminados não serem peculiaridade do Direito Público, mas estarem presentes em todos os ramos do Direito. (ARAÚJO, 1992, p. 79)

⁷¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 909.

⁷² BATISTA JUNIOR, 2004, p. 459. Complementa o autor que “a conveniência resulta da apreciação daquilo que é adequado, justo, razoável, eficaz, eficiente, apropriado e moral”. (BATISTA JUNIOR, 2004, p. 459)

Di Pietro considera que a discricionariedade pode localizar-se: em relação ao momento da prática do ato; ao agir ou não agir; à finalidade (em sentido amplo), quando houver conceitos vagos e imprecisos; à forma; ao motivo, quando não for definido na norma ou forem utilizados conceitos indeterminados; ao objeto ou conteúdo, quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim. Enfatiza a autora que somente a própria lei poderá abrir as margens discricionárias⁷³.

Ao tratar do tema “atos administrativos discricionários”, é imprescindível compreender a forma pela qual Bandeira de Mello sistematizou o assunto. Conforme assinala o autor, a doutrina dominante entende que há total impropriedade em dizer “ato administrativo discricionário”. Consoante tal concepção, nenhum ato é totalmente discricionário, pois haverá sempre determinação legal sobre quem é competente para praticar o ato e sua finalidade deverá ser sempre o interesse público. Em relação à competência e ao fim, portanto, haverá sempre vinculação.

Concorda Bandeira de Mello com o entendimento da existência da vinculação em relação à competência. Contudo, no que tange ao fim do ato, ressalta que a apreciação a respeito do que é interesse público é subjetiva. Destarte, o autor considera sua qualificação comporta um juízo discricionário⁷⁴. Para Batista Junior, em sentido oposto, a persecução do bem comum deve ser entendida como a “vinculação maior” do agir administrativo⁷⁵.

A margem discricionária aberta pela norma pode se referir: ao momento da prática do ato; à forma do ato; ao motivo do ato; à finalidade do ato; ao conteúdo do

⁷³ DI PIETRO, 2006, p. 224-226.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 401-402.

⁷⁵ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 293.

ato.⁷⁶ Bandeira de Mello afirma, assim, que em vez de “ato discricionário”, dever-se-ia utilizar a expressão “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”⁷⁷. Ademais, assevera Mello que, à medida que se caminha da primeira (momento do ato) para a última hipótese (conteúdo do ato), a discricionariedade intensifica-se. O mesmo ocorre em relação à quantidade de “elementos em que há espaço para apreciação discricionária”⁷⁸.

O citado administrativista⁷⁹ ensina que a esfera de liberdade administrativa pode decorrer de três elementos. O primeiro deles é a “hipótese da norma”: são as ocasiões em que a lei descreve de forma imprecisa as situações fáticas, ou seja, os pressupostos de fato que autorizam ou exigem a prática de um ato (os “motivos”). Exemplifica com situações em que a norma determina atendimento gratuito aos “pobres” ou admita a elevação de certos cargos a pessoas com “notável saber”. Em ambos os casos, ao agente caberá estabelecer determinados critérios a partir dos quais incluirá e excluirá pessoas da incidência da norma.

Entretanto, considera o autor que, em determinadas situações, não caberá dúvidas quanto ao cabimento da qualificação (“tumulto”, “urgência”, “gravidade”) trazida pela norma. Segundo ele, mesmo os conceitos fluidos possuem um núcleo significativo certo (zona de certeza positiva), uma “auréola marginal” vaga e imprecisa (zona de incerteza) e uma zona de certeza negativa. Na primeira zona, não haverá dúvidas quanto à aplicação do conceito; na segunda, proliferarão incertezas; na terceira, não se

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p, 403.

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 18.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p, 403.

⁷⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 912-916.

duvidará do descabimento da aplicação do conceito. Assim, conforme entendimento de Bandeira de Mello, só se falará em discricionariedade nas situações marginais.

Ressalte-se que não é unânime o entendimento segundo o qual a existência de conceitos fluidos ou indeterminados autorizaria concluir pela existência de margem discricionária. Consoante García de Enterría, a imprecisão do conceito só existe em abstrato. Na situação concreta – na sua concepção e na da moderna doutrina alemã – após o trabalho de interpretação, só uma solução é possível⁸⁰.

De acordo com Bandeira de Mello, a discricionariedade pode também derivar do mandamento da lei. Isso ocorrerá quando a norma facultar um comportamento para o agente, ao invés de exigí-lo, ou lhe conferir o encargo de decidir, dentre duas ou mais alternativas, qual será adotada.

Defende o autor que a discricionariedade pode resultar da finalidade da norma. São as situações em que a lei, ao estabelecer a finalidade do ato, trata de valores. Utiliza, portanto, conceitos vagos, plurissignificativos, indeterminados. Os exemplos são variados: “segurança pública”, “moralidade pública”, “salubridade pública” e, por fim, “interesse público”. Estará aberta, assim, a margem para a avaliação do agente. O que ocorre, nesse caso, é bastante semelhante à discricionariedade decorrente da “hipótese da norma”, pois esta será observada quando houver imprecisão na descrição legal da situação fática.

Bandeira de Mello aponta, por fim, que a discricionariedade também pode derivar da liberdade conferida pela lei ao administrador para eleger a forma ou o momento da prática do ato. Estará a seu cargo a apreciação da oportunidade para expedi-lo e a

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1991, p. 393.

decisão sobre a forma jurídica de revestimento do ato. Ressalta o autor, todavia, que essa liberdade estará sempre limitada pela finalidade legal.

Em síntese, o que Bandeira de Mello faz é discriminar as “fontes da discricionariedade”. A margem de liberdade pode decorrer, então: da descrição imprecisa dos motivos ou da finalidade; do “grau de imperatividade” do mandamento legal (quando a lei faculta um comportamento, ao invés de exigir); da existência de, pelo menos, duas alternativas possíveis; da abertura para eleição da forma ou momento da prática do ato.

É em decorrência desses fatores que há a discricionariedade para a atuação do agente público. Há que se falar, portanto, em elementos discricionários; afinal, conforme exposto, a discricionariedade pode ser resultante da liberdade em relação a apenas um elemento. Nesse sentido, deve-se sublinhar que a discricionariedade não consiste em liberdade plena para o agente. Se assim fosse, falar-se-ia em arbitrariedade. A conduta do administrador não pode contrariar a finalidade do ato, o fim maior do agir administrativo (interesse público) e o ordenamento jurídico. A propósito, um ato somente terá atingido a finalidade legal se estiver em consonância com os princípios reitores da atividade administrativa⁸¹.

Di Pietro entende que, a partir do momento em que a lei deixa certa margem de liberdade de decisão, o administrador poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis. Considera, assim, que qualquer alternativa escolhida pelo agente será válida perante o Direito⁸².

⁸¹ GABARDO, 2002, p, 132.

⁸² DI PIETRO, 1991, p. 40.

Bandeira de Mello, em sentido contrário, compreende que a discricionariedade não pode, sob o argumento de conferir liberdade ao agente, ser pretexto para decisões ineficientes⁸³. Pelo contrário, “a discricionariedade administrativa justifica-se à medida que torna viável obter a solução mais oportuna, conveniente e eficiente, nas margens abertas pela lei”⁸⁴. Bandeira de Mello afirma que a discricionariedade existe exclusivamente para proporcionar, em cada caso, a escolha da melhor providência⁸⁵. Segundo o citado autor, a discricção é “a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo”⁸⁶.

4 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na Administração da coisa pública, jamais haverá coincidência entre o administrador e o dono⁸⁷. A este fenômeno as Ciências Econômicas atribuíram a denominação de “relação de agência”, que consiste num arranjo entre pessoas no qual o bem-estar de um indivíduo depende daquilo que é feito por outro indivíduo. O “agente” representa a pessoa atuante, e, o “principal”, a parte que é afetada pela ação do agente⁸⁸. No contexto da burocracia estatal, pode-se considerar que o “agente” é o administrador público, ao passo que principal seria o Estado, a sociedade, o cidadão. O problema da relação agente-principal surge quando os “agentes” perseguem seus

⁸³ MOREIRA NETO *apud* GABARDO, 2002, p. 133.

⁸⁴ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 290.

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 406.

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 32.

⁸⁷ DALLARI *apud* GABARDO, 2002, p. 129. No mesmo sentido, as lições de Cirne Lima: administração é a “atividade do que não é senhor absoluto”. Mais adiante, ensina o citado autor: “Opõe-se a noção de administração à de proprietário, nisto que, sob administração, o bem não se entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém a finalidade impessoal a que essa vontade deve servir” (CIRNE LIMA *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 65).

⁸⁸ PYNDICK, 2006, p. 541.

próprios interesses e, não, os do “principal”. Daí a necessidade de criação de mecanismos de controle da atividade desses “agentes”⁸⁹.

Como decorrência, portanto, da tripartição e controle recíproco entre as funções de poder, a Administração Pública está sujeita ao controle exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Esse controle é expressão do sistema de “*checks and balances*” (freios e contrapesos), cuja lógica reside na fiscalização recíproca entre os poderes. Ademais, é facultado à própria Administração o controle de seus atos.

O controle consiste em poder-dever dos órgãos a que a lei atribui tal função, especialmente por sua finalidade corretiva; seu exercício não pode ser renunciado e nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu⁹⁰. Di Pietro define-o controle da Administração Pública como

o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico⁹¹.

Há vários critérios que são utilizados pela doutrina para classificar os tipos de controle. Em relação ao *órgão* que o exerce, pode ser administrativo, legislativo e judicial. Quanto ao *aspecto* em que incide, o controle pode ser de legalidade e de mérito. Quanto à *amplitude*, o controle pode ser sobre o ato ou atividade. Em relação ao *momento* em que é exercido, pode ser prévio, concomitante ou posterior ao ato / atividade. Por fim, no que se refere ao modo de se desencadear, é possível que seja de ofício (por iniciativa do próprio agente), por provocação (de pessoas, entidades,

⁸⁹ Cf. PRZEWORSKI, 1998, p.39-73.

⁹⁰ DI PIETRO, 2006, p, 694.

⁹¹ DI PIETRO, 2006, p.694.

organizações) e compulsório (em momento oportuno, atendendo às normas que o disciplinam)⁹².

O critério mais comum para classificação das espécies de controle leva em consideração o agente controlador. Se este agente faz parte da própria Administração, fala-se em controle interno. Sendo exterior à estrutura da Administração, denomina-se controle externo.

4.1 Controle interno

Controle administrativo – ou controle interno – é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública exerce sobre sua própria atuação, considerando aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação⁹³. É realizado sobre os órgãos da Administração Direta e pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta.

A Constituição Federal, em seu artigo 74, dispõe que cada um dos três poderes deverá manter sistema integrado de controle interno para avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas e do orçamento, bem como comprovar a legalidade e avaliar resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária e patrimonial e exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União, e apoiar o controle externo.

O controle sobre os órgãos da Administração Direta é decorrente do poder de autotutela, que permite à Administração Pública rever os seus próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Tal controle pode ser exercido de ofício, pela

⁹² Esses são os critérios apresentados por DI PIETRO, 2006, p. 695 e MEDAUAR, 2000, p. 407.

⁹³ DI PIETRO, 2006, p.695-696.

autoridade que constatar a ilegalidade do seu ato ou de seus subordinados, ou pode ser provocado pelos administrados mediante interposição de recurso administrativo.

Em relação ao controle exercido pela Administração sobre as entidades da Administração Indireta, Bandeira de Mello afirma que consiste em “controle interno exterior”⁹⁴. Di Pietro poderá que tal controle deve observar os limites estabelecidos em lei, para que não ofenda a autonomia dessas pessoas jurídicas⁹⁵.

Medauar apresenta várias facetas do controle interno. Dentre estas, algumas podem ser observadas com maior freqüência. Atua o *autocontrole* quando a revisão é exercida pela própria autoridade que praticou o ato ou adotou a medida. O *controle hierárquico* consiste na verificação que órgãos superiores realizam sobre atos e atividades dos órgãos subordinados, seja por meio de autorizações, instruções, ordens de serviço. O *controle de gestão* incide sobre a atividade total ou parcial do controlado, especialmente no que tange aos resultados. *Inspeção, auditoria e correição* têm a função de elaborar relatórios destinados a oferecer dados e informações às autoridades com poder de decisão. Os *pareceres vinculantes*, emitidos por órgãos jurídicos ou técnicos, exercem, além da função consultiva, controle preventivo. O *controle financeiro e contábil* deve ser exercido, de acordo com o artigo 74 da Constituição Federal, internamente por cada Poder, antes que suas contas sejam remetidas ao Tribunal de Contas⁹⁶.

No que se refere à fiscalização hierárquica, afirma Araújo que decorre da relação de subordinação existente entre órgãos e agentes, cabendo aos superiores ordenar,

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 881. O controle é “interno” porque é realizado pela própria Administração Pública; no entanto, é considerado “exterior” pelo fato de a fiscalização incidir sobre entidades da Administração Indireta.

⁹⁵ A autora afirma tratar-se de controle externo. Cf. DI PIETRO, 2006, p. 696.

coordenar, controlar e exigir as ações dos inferiores. Esse controle, de acordo com o autor, refere-se à legalidade dos atos praticados pelos subordinados, bem como aos seus aspectos discricionários, modificando-os consoante a conveniência da Administração⁹⁷.

Se a Administração deve agir com estrita observância da lei e com vistas à consecução do interesse público, é razoável admitir que possa haver mecanismos internos de controle dos seus atos, que permitem sua revisão, revogação, anulação ou, até mesmo, convalidação.

A possibilidade que é facultada à própria Administração para rever seus atos – seja de ofício ou mediante provocação – visa, muitas vezes, à substituição de uma medida adotada por outra “melhor”, ou seja, eficiente. Nesses casos, a Administração Pública revisará seus atos e poderá reeditá-los, caso constate a conveniência e oportunidade de tal ação. Como assevera Batista Junior

no controle administrativo, independente da existência de vícios, o agente administrativo pode, em decorrência da necessidade de prossecução do melhor interesse público possível, ter de substituir um ato conveniente por outro mais eficiente, originalmente ou em decorrência de variações contextuais sucessivas. Da mesma forma, pode mesmo não revogar o ato, se o resultado for mais danoso para o bem comum⁹⁸.

4.2 Controle externo

4.2.1 Controle parlamentar

⁹⁶ MEDAUAR, 2000, p.414-417.

⁹⁷ ARAÚJO, 1992, p. 136.

⁹⁸ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 583.

De acordo com o artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, são competências exclusivas do Congresso Nacional a fiscalização e controle dos atos do poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta⁹⁹.

Essa modalidade de controle é exercida diretamente pelas Casas Legislativas, em contraposição ao controle desempenhado pelo Tribunal de Contas, órgão que atua em auxílio ao Legislativo, do qual se tratará em seguida.

Di Pietro considera que esse controle parlamentar direto possui natureza política, por abranger tanto aspectos de legalidade quanto de mérito. Para a autora, oito são as hipóteses de controle: 1) apreciação *a priori* ou *a posteriori* os atos do Poder Executivo (arts. 49, incisos I, II, III, IV, XII, XIV, XVI, XII, e 52, incisos III, IV, V e XI); 2 e 3) convocação de Ministros para prestar informações pessoalmente e por escrito (art. 50); 4) apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, que têm poderes de investigação (art. 58, parág, 3º); 5) competência do Senado para processar e julgar, nos crimes de responsabilidade, o Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros de Estado, Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, Ministros do STF, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União (art. 52, parág único e incisos I e II); 6) competência do Senado para fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada, de todos os entes da Federação, impor-lhes limites globais e condições para operações de crédito externo e interno e dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno (art. 52, incisos VI, VII e VIII); 7) sustação de

⁹⁹ Cf. BRASIL, 1988.

atos normativos do Poder Legislativo que venham a exorbitar o poder regulamentar (art. 49, inciso V); 8) controle financeiro, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas¹⁰⁰.

Bandeira de Mello acrescenta, como hipóteses do controle parlamentar direto: 1) sustação de contratos padecentes de ilegalidade, a pedido do Tribunal de Contas; 2) recebimento de petições, queixas e representação dos administrados e convocação de qualquer pessoa ou autoridade para depor (art. 58, par. 2º, IV e V); 3) autorização ou aprovação de atos concretos do Executivo (art. 49, I, XII, XIII, XVI, XVII); 4) suspensão ou destituição (*impeachment*) do Presidente e Ministros¹⁰¹.

O Poder Legislativo possui, como uma de suas funções, a fiscalização da atuação do Poder Executivo. Destarte, estará a cargo daquele controlar não apenas a consonância dos atos com a lei em seu sentido estrito, mas avaliar a conformidade desses atos com o atendimento ao interesse público. Assim, o controle parlamentar dirige-se para questões de legalidade e de mérito, configurando-se com controle político, já que voltado para a fiscalização da observância, pela Administração Pública, do interesse coletivo¹⁰².

Por meio da elaboração do orçamento, o Legislativo influencia diretamente a atuação administrativa, aquiescendo, reforçando, rejeitando ou inibindo, *a priori*, propostas de atuação governamental, por meio da restrição ou ampliação de recursos¹⁰³. Considerando-se que idéia de eficiência contempla a otimização da utilização dos meios, ocorre certo controle da eficiência nesse caso, pois o orçamento desenha os parâmetros de gasto de recursos, consoante prioridades endossadas ou

¹⁰⁰ DI PIETRO, 2006, p. 707-708.

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, 2006, p, 884-887.

¹⁰² BATISTA JUNIOR, 2004, p. 602.

¹⁰³ BATISTA JUNIOR, 2003, p. 604.

vetadas pelo Legislativo. O controle parlamentar *a posteriori*, por sua vez, apesar de verificar precipuamente a legalidade da atuação administrativa, acaba examinando, embora de forma limitada, a eficiência, considerando-se que a lei já fixou, de antemão, como se deve dar a eficiente utilização dos recursos.

4.2.2 Controle pelo Tribunal de Contas

A função dos Tribunais de Contas é atuar em auxílio ao Poder Legislativo¹⁰⁴. Sua atuação é regulamentada do artigo 70 ao 75 da CF/88, que disciplinam a fiscalização contábil, financeira e orçamentária. O artigo 75 estabelece que as normas que dispõem sobre o Tribunal de Contas da União serão aplicadas, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

O artigo 70 dispõe que cabe ao Tribunal de Contas fiscalizar a atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Como bem assinala Di Pietro, é possível apreender, a partir da leitura do artigo, que o controle abrange os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade (custo-benefício) dos atos. Além disso, destaca a autora que está abarcado também o controle de fidelidade funcional dos agentes com responsabilidade sobre bens e valores públicos, e também o controle de cumprimento de metas, expressos em termos monetários e de prestação de serviços. O controle disciplinado no artigo 70 abrange União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração Direta e Indireta¹⁰⁵.

¹⁰⁴ MEDAUAR, 2000, p. 421.

¹⁰⁵ DI PIETRO, 2006, p. 708-709.

O artigo 71 determina que o Tribunal de Contas auxilie o Congresso Nacional no controle externo referente a: apreciação das contas do Presidente da República e administradores; apreciação da legalidade de licitações, contratos, atos de admissão de pessoal, concessões de aposentadorias, reformas e pensões; prestação de informações ao Legislativo sobre as fiscalizações, auditorias e inspeções realizadas; fixação de prazo para que, constatadas irregularidades, sejam tomadas providências pelo órgão controlado; e aplicações de sanções previstas no caso de detecção de ilegalidade¹⁰⁶.

O controle exercido pelo Tribunal de Contas foi ampliado significativamente pela Constituição de 1988. A fiscalização, de acordo com o texto constitucional, deve se dar nas esferas contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, o que significa o exame da legitimidade e economicidade da atuação administrativa¹⁰⁷. Há que se ressaltar, também, que o controle operacional refere-se à avaliação da maneira como procede a Administração Pública no alcance de seus fins, ou seja, dos meios utilizados para a consecução dos objetivos.

A auditoria de desempenho operacional, ainda em fase embrionária no Brasil, está voltada para o exame da ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia. De acordo com o Manual de Auditoria de Natureza Operacional, elaborado em 2000 pelo Tribunal de Contas da União, o foco desta modalidade de auditoria é o processo de gestão em seus múltiplos aspectos – de planejamento, de organização, de procedimentos operacionais e de acompanhamento

¹⁰⁶ Di Pietro considera, portanto, que o artigo 71 da CF/88 compreende funções de fiscalização, consulta, informação, julgamento, sancionatórias, corretivas e de ouvidoria. (DI PIETRO, 2006, p. 709-701).

¹⁰⁷ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 607.

gerencial¹⁰⁸. Conforme leciona Batista Junior, é aberta a possibilidade de exercício, com certa dosagem, do controle da eficiência da atuação administrativa, além do tradicional e ortodoxo controle da legalidade e do julgamento técnico das contas públicas¹⁰⁹.

4.2.3 Controle pelos administrados

A Constituição de 1988 alargou os instrumentos por meio dos quais ocorre o controle da atividade estatal e, por conseguinte, da Administração Pública pelos administrados. O sufrágio universal é o mecanismo de exercício de democracia indireta, visto que é por meio do voto direto e secreto (art. 14 da CF) que são eleitos os representantes nos poderes Legislativo e Executivo.

Para o exercício da democracia indireta, a Constituição prevê o plebiscito, referendo e iniciativa popular de proposição de projetos de lei (art. 14 da CF). Além disso, há as legitimações coletivas e difusas para ingresso em juízo contra atos estatais, por meio das quais os administrados provocam o controle judicial dos atos da Administração. Esses instrumentos serão apresentados no item seguinte.

4.2.4 Controle judicial

O tema do controle judicial da Administração enseja as mais variadas discussões. Tem-se, por um lado, o princípio da separação dos poderes, que veda a invasão na esfera que é própria a cada função. Por outro lado, a Constituição consagra a inafastabilidade da tutela jurisdicional, princípio que determina que nenhuma lesão ou

¹⁰⁸ BRASIL, 2000, p.16.

¹⁰⁹ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 606.

ameaça a direito será impedida de apreciação pelo Judiciário (art. 5º, XXXV da CF/1988).

Em decorrência do sistema de jurisdição única, assiste ao Judiciário decidir, com força definitiva, toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, seja individual ou coletivo. O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, dispõe que o administrado pode fazer uso de vários tipos de ações ordinárias para impugnar atos da Administração. Mas há, também, os remédios constitucionais, que são ações específicas previstas para o controle da Administração Pública, com natureza de garantia dos direitos fundamentais: *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação popular e direito de petição. Com exceção deste último, os demais consistem em meios de provocar o controle judicial dos atos da Administração Pública. É importante ressaltar que a ação civil pública, nas ocasiões em que o ato lesivo é praticado pela Administração, atende a tal finalidade¹¹⁰.

Atualmente, no que tange ao controle da legalidade da atuação administrativa, não restam dúvidas quanto à possibilidade e necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Afinal, não é outra sua função senão assegurar o cumprimento das normas jurídicas, visto que se vive no Estado de Direito, em que todos estão sob o império da lei.

As divergências doutrinárias residem, precipuamente, no que se refere ao controle dos aspectos discricionários do ato administrativo. Este, como se sabe, é composto por duas facetas: legalidade e mérito. Consoante a posição clássica – defendida, inclusive, por Di Pietro – o mérito do ato administrativo discricionário fecha-

¹¹⁰ DI PIETRO, 2006, p.720-721.

se como limite intransponível à apreciação judicial. Destarte, o Judiciário deve limitar-se ao exame da legalidade¹¹¹.

A obra de Seabra Fagundes, intitulada *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, foi a primeira abordar o tema. Nela, o autor expõe seu posicionamento de que é vedado ao Judiciário o controle do mérito dos atos administrativos. Segundo entendimento do publicista, cabe-lhe examiná-los exclusivamente sob a ótica da legalidade. O mérito compreende os aspectos que envolvem interesses, como boa administração, acerto, justiça e utilidade. Considera Seabra Fagundes, portanto, serem tais elementos de apreciação exclusiva do Poder Executivo, pois são dependentes de critérios políticos e meios técnicos próprios da atividade administrativa. Reitera que a análise da legalidade deve limitar-se à verificação da obediência às prescrições legais¹¹².

Essa corrente tradicional considera que ato ferido por vício de mérito pode ser corrigido pelos órgãos de controle interno, mas nunca pelo Judiciário. Firmando tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em 1993, afastou a possibilidade de perquirição judicial sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça da atuação administrativa¹¹³.

Cretella Junior compartilha do posicionamento supramencionado. Para o autor, o ato administrativo discricionário não é susceptível de apreciação judicial. Ressalva, no

¹¹¹ DI PIETRO, 2006, p. 711. Defende a autora que a legalidade constitui limite único à discricionariedade administrativa. (DI PIETRO, 1991, p. 94)

¹¹² FAGUNDES, 2006.

¹¹³ *Diário de Justiça*, Seção 1, 18/10/93, STJ, 1ª T., RMS n. 628-0/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira. *apud* BATISTA JUNIOR, 2004, p. 503.

entanto, que caberá o exame pelo Poder Judiciário nas ocasiões em que o ato for motivado e a justificativa apresentada for ilegal ou constituir abuso de poder¹¹⁴.

No atual contexto – em que se discute a ampliação do papel do Estado, a utilização de instrumentos de participação direta dos cidadãos na gestão pública e uma atuação administrativa mais responsiva e eficiente – o debate sobre as possibilidades de controle judicial da esfera discricionária do ato administrativo tem recebido contribuições menos conservadoras.

Moraes propõe a substituição da idéia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública. Nessa perspectiva, o controle judicial não deverá se restringir ao exame da conformidade dos atos administrativos com as leis. Ao juiz caberá, a seu ver, a apreciação da observância de todos os princípios constitucionais sem, no entanto, adentrar no exame do mérito¹¹⁵.

Para Bandeira de Mello, o Judiciário tem competência para examinar os motivos, finalidade e causa do ato administrativo. Todavia, se aqueles forem descritos com a utilização de conceitos indeterminados, o juiz deverá operar sua qualificação¹¹⁶.

García de Enterría e Fernandez consideram que renunciar o controle da discricionariedade seria o mesmo que consagrar uma carta branca nas mãos do administrador, o que significaria, em última instância, a conversão da discricção em arbítrio¹¹⁷.

¹¹⁴ CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 220.

¹¹⁵ MORAES, 1999, p. 157-163.

¹¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 88-89; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 921-927.

¹¹⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, 1991, p. 392.

Para Batista Junior, mesmo com relação ao mérito do ato administrativo, deve ser efetiva a possibilidade de seu julgamento¹¹⁸. Pondera, no entanto, que o juiz poderá anular o ato administrativo, mas nunca determinar qual o novo ato que deverá ser editado. Se assim agisse, estaria praticando atividade substitutiva da vontade do administrador¹¹⁹.

4.3 A motivação como instrumento de controle

Araújo defende a motivação do ato administrativo como condição *sine qua non* ao seu controle, seja em âmbito interno, pelos outros Poderes ou pelos administrados. A finalidade imediata da motivação consiste em tornar claro o conteúdo do ato e possibilitar aos atingidos por este o amplo conhecimento das razões que ensejaram sua prática. Os objetivos mediatos da motivação são o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa, a interpretação do ato e seu controle¹²⁰.

Portanto, por meio da motivação o agente é levado a ter maior cautela no que diz respeito ao exame da legalidade, oportunidade e conveniência do ato administrativo. O processo de exposição de motivos exige esforço intelectual no sentido de avaliar a adequação da prática do ato às circunstâncias concretas.

Ademais, a motivação aproxima o intérprete das ponderações realizadas pelo administrador no momento da edição do ato, bem como das razões que o conduziram a agir de determinada maneira. O poder público, assim, confere maior transparência às suas condutas, o que viabiliza a procedimentalização do controle.

¹¹⁸ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 506. Acrescenta o jurista que “mesmo no tocante à margem discricionária, a decisão deve se assentar em uma racionalidade própria, susceptível de algum tipo de controle.” (BATISTA JUNIOR, 2004, p. 291)

¹¹⁹ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 506.

Quando se trata de atos totalmente vinculados, a motivação visa à demonstração da conformidade dos atos com a descrição legal. No caso dos atos administrativos em que há elemento (s) discricionário (s), é possível compreender que, considerando-se que a lei conferiu certa liberdade ao agente, não há que se exigir fundamentação da ação adotada. Em sentido oposto, pode-se entender que é exatamente nesses casos que a motivação faz-se necessária, para que seja verificado se o agente limitou-se à margem de liberdade conferida pela lei, se atingiu a finalidade legal e, até mesmo, se fez a melhor opção.

Como assinala Araújo,

se o ato administrativo não tivesse como requisito procedimental a explanação daquilo que o justificasse, a vontade do administrador explicar-se-ia por si própria. Com efeito, o ato representa o querer de alguém (da coletividade, não mais de seus mandatários), mediada por algo (a lei ou os princípios informativos do ordenamento jurídico). É necessário, pois, demonstrar que esse querer é mesmo da coletividade, o que só será possível por meio da motivação.¹²¹

Destarte, defende-se que a motivação é instrumento essencial ao controle dos atos administrativos, independente de se tratar de elementos vinculados ou discricionários.

4.4 O controle da eficiência administrativa

Em relação ao controle administrativo e parlamentar da eficiência da atuação administrativa, viu-se que a própria Constituição prevê, mesmo que de maneira implícita, possibilidades de aferi-la, ainda que precipuamente em relação à esfera da economicidade. Em âmbito administrativo, cabe à própria Administração Pública a

¹²⁰ ARAÚJO, 1992, p. 107.

¹²¹ ARAÚJO, 1992, p. 98.

revisão de seus atos; no controle externo exercido pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas, deve ser verificada a conformidade dos atos praticados pela Administração com a lei e, via de regra, verifica-se, de forma sutil, questões relacionadas ao mérito.

O controle exercido pelos administrados é extremamente frágil. Por meio do voto, os cidadãos têm uma única oportunidade de sinalizar suas preferências, bem como suas aprovações e reprovações em relação aos atos do governo. A assimetria de informações e a incapacidade de que as informações disponíveis sejam processadas para que se faça “a melhor escolha” fazem do sufrágio em débil instrumento de controle sobre as ações dos governantes eleitos. Se a avaliação dos resultados já é altamente complexa, a apreciação dos meios utilizados para atingi-los é tarefa praticamente impossível para a maioria da população.

No tocante aos mecanismos de democracia direta, sabe-se que ainda são subutilizados no contexto brasileiro, visto que se trata de uma democracia em fase embrionária. A este fato conjuga-se a total descrença nas instituições e o baixo grau de capital social, fatores que inibem a participação e fiscalização, pelos administrados, da gestão pública.

No que tange ao controle judicial da atividade administrativa, questões de outra natureza surgem no debate. É possível perceber que não há discussões em relação à possibilidade de o Judiciário apreciar a legalidade do ato. A divergência reside no que se refere ao exame do mérito. Então: de um lado, a legalidade; do outro, o mérito. A discussão localiza-se no controle judicial do mérito do ato administrativo.

Se se considera que o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, todos com força normativa, pode-se inferir que o conceito de legalidade não se

restringe à lei em seu sentido estrito, mas à ordem jurídica como um todo, inclusive os princípios constitucionais. Nessa ótica, admitindo a elevação da eficiência à condição de princípio constitucional e entendendo a legalidade em sua acepção ampla, conclui-se que é facultado ao Judiciário o exame do alcance do princípio da eficiência. Ademais, é possível compreender a eficiência como expressão da legalidade. Partindo desse pressuposto, a conclusão será a mesma: é possível o controle da eficiência pelo Judiciário.

Nota-se que parte da doutrina¹²² conferiu um “plus” à legalidade. O princípio de atuação da Administração de acordo com a descrição legal passa a abarcar, além da lei em sua acepção estrita, também os princípios. Essa apreciação – da consonância com a lei e os princípios – foi denominada controle da juridicidade. Considerando-se, mais uma vez, que a eficiência foi consagrada como princípio constitucional, caberá ao Judiciário, portanto, sua verificação.

Se se parte da definição de eficiência como “melhor adequação dos meios ao fim”, observa-se que o julgamento último acerca do melhor curso de ação a ser adotado será realizado pelo administrador público. A partir de dados da realidade, o agente empreenderá a ponderação de diversas questões (objetivas e subjetivas) e tomará a decisão final. Esse juízo faz parte, pois, do mérito do ato administrativo. Nessa perspectiva, a apreciação da eficiência residiria no exame do mérito do ato administrativo.

Mesmo que se considere que o controle da eficiência está na seara do controle da legalidade, não há como realizar a apreciação sem que se entre no mérito do ato administrativo. Afinal, partindo da compreensão da eficiência como “melhor adequação

dos meios ao fim”, seria impossível examinar seu alcance sem adentrar no mérito do ato administrativo.

As pontuações feitas cumprem o objetivo de demarcar que, independente de se compreender que a eficiência está localizada na esfera da legalidade ou do mérito, a conclusão – de acordo com a derivação lógica do argumento doutrinário – será necessariamente pela possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

Contudo, a questão que deve preceder o debate sobre a possibilidade de controle da eficiência pelo Judiciário refere-se às condições necessárias à apreciação da eficiência, considerando-se os diversos fatores que complexificam sua avaliação no âmbito do setor público. Independente de o Judiciário ter ou não competência para avaliar o atingimento da eficiência, é imprescindível que se questione a respeito das questões substantivas que permeiam a realização de tal exame.

Para que se exija, via controle, o alcance da eficiência, é essencial que o administrador tenha condições de, de antemão, determinar qual a alternativa eficiente. Nesse sentido, a primeira pergunta que deve ser feita é o que deve guiar o agente público na determinação da opção eficiente e, conseqüentemente, que considerações devem ser feitas por quem executar o controle administrativo e judicial sobre seus atos. É ilógico supor que o agente não tenha capacidade de detectar a eficiência no caso concreto, mas o Judiciário esteja apto a fazer tal julgamento. Se assim fosse, não deveria ser exigida do administrador a atuação eficiente, pois apenas o juiz teria acesso a “instrumentos” de constatação de eficiência¹²³.

¹²² Cf. MORAES, 1999.

¹²³ Para Batista Junior, “ (...) embora o Judiciário possa não estar habilitado a dizer qual a solução ideal para o caso, isso não quer dizer que não possa dizer que a melhor solução não foi adotada”. (BATISTA JUNIOR, 2004, p. 511).

Para Batista Junior, mesmo no tocante à margem discricionária, é necessário que a decisão esteja pautada numa racionalidade, susceptível, assim, de algum tipo de controle¹²⁴. É imprescindível que, tanto o agente quanto os órgãos controladores sejam capazes de constatar, segundo parâmetros dessa “racionalidade”, a eficiência de um ato administrativo. Caso contrário – se não for possível essa aferição – não haverá que se falar em eficiência, e, obviamente, em controle da eficiência.

5 A EFICIÊNCIA NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

É certo que deve ser verificada a eficiente atuação da Administração Pública, globalmente considerada. Nesse sentido, é essencial que seja avaliada a consonância da atuação administrativa com as demandas dos cidadãos. Entretanto, tal controle deve ser exercido por meio das eleições¹²⁵, que consistem no principal instrumento do qual estão munidos os eleitores para expressar suas preferências e seu “julgamento” acerca das ações de governo.

As eleições consistem em frágeis mecanismos para avaliação das ações governamentais, considerada a dificuldade de se realizar a ponderação das diversas variáveis existentes para a tomada de decisão. Esse instrumento, contudo, é o que permite a participação de todos no processo decisório, por mais distintas que sejam as considerações que subsidiam cada voto.

¹²⁴ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 292.

¹²⁵ A ciência política considera duas dimensões de controle da atuação dos governos. Uma delas consiste em *accountability* (controle) vertical, cujo principal instrumento são as eleições, entendidas como mecanismos que permitem aos cidadãos o controle das ações governamentais. A outra dimensão é *accountability horizontal*, que consiste no controle recíproco entre três poderes, pelo sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos). Przeworski salienta a debilidade das eleições como mecanismo de controle, pois consistem no “único tiro” de que dispõem os cidadãos para avaliar um amplo rol de ações. (Cf. PRZEWORSKI, 1999).

O alcance da eficiência em atos singulares pode não significar, necessariamente, a “eficiência agregada”. Entretanto, como salienta Batista Junior, “cada decisão singular deve levar em conta a necessidade de atuação eficiente e coordenada de toda a AP [Administração Pública]¹²⁶”.

5.1 “Fins” e “meios” da atuação da Administração Pública

No setor público, as metas perseguidas são etéreas, subjetivas, demasiadamente abstratas, como “saúde”, “segurança pública”, “moralidade”, “justiça”, “equidade”. Tem-se, como fim último a ser alcançado pelo Estado e, conseqüentemente, e pela Administração Pública, a consecução do interesse coletivo. Em decorrência disso, muito já se discutiu acerca do sentido de “interesse público”. Se for o somatório dos interesses individuais, será certo que o interesse das minorias não estará contemplado pelo conceito. Partindo, por outro lado, da concepção durkheimiana, segundo a qual “o todo transcende a soma das partes”, o interesse público estaria desvinculado do interesse de cada uma das partes que compõe o todo, o que também enseja críticas.

Ademais, os meios utilizados para o alcance dos fins são os mais variados. O agente público, no momento da tomada de decisão, deve levar em conta os recursos financeiros, humanos, físicos, temporais, burocráticos, de obtenção de informações, entre outros. Não raro, uma ação pode ser considerada, em todos os aspectos, altamente benéfica. No entanto, avaliados os “custos burocráticos” de implementá-la, pode ser que não seja tão viável, ou não haja tempo hábil para aguardar os

¹²⁶ BATISTA JUNIOR, 2004, p. 445.

procedimentos burocráticos necessários à sua consecução. Parte-se, então, para a “segunda melhor” alternativa, considerando-se o peso de cada custo em questão.

Outro insumo que não pode ser desconsiderado é a informação. Muitas vezes, o agente toma decisão com base nas informações disponíveis no momento. Pode ser que dentro de algum tempo haja maiores dados para subsidiar a escolha. Ocorre, com freqüência, de a medida somente ser eficaz ou ser mais eficaz se tomada naquele momento. Além disso, ainda há a possibilidade de as conseqüências do decurso do tempo serem irremediáveis, já que se trata de interesse coletivo.

É justamente porque as decisões devem ser tomadas que elas, muitas vezes, não podem ser “as melhores”, mas são “boas o bastante”. Os recursos “tempo” e “capacidade mental” envolvidos na tomada de decisão são escassos. Por mais paradoxal que possa soar, ocorre que o agente, para agir de acordo com o princípio da eficiência – melhor adequação entre meios e fins – acaba não podendo agir de forma “eficiente”, visto que pode ter que despende tempo e obter alta quantidade de informação para realizar a melhor escolha.

Ainda em relação aos meios que devem ser considerados nas escolhas dos agentes públicos, há que se sublinhar a ponderação dos diversos interesses em jogo. Sabe-se que, por mais que se persiga, numa dimensão ideal, atuação burocrática exclusivamente técnica, não é isso que ocorre na realidade. A máquina administrativa é permeada por questões políticas e, usualmente, vê-se obrigada a secundarizar o tecnicismo de sua atividade e obedecer a decisões de cunho político. Não raro, ocorrerá de os interesses serem até contraditórios. Destarte, ao agente público caberá, no momento da tomada de decisões, ponderar não apenas os “custos” já assinalados, mas também os interesses que são colocados.

Do exposto, percebe-se que a determinação da “melhor adequação entre meios e fins” é muito mais complexa quando se trata de setor público, em decorrência da abstração e subjetividade das metas e da diversidade de meios/insumos que devem ser ponderados no momento da tomada de decisão. Destarte, a avaliação da eficiência nos atos administrativos não pode desconsiderar esses fatores.

Ao se tratar de “meios” e “fins” da atuação administrativa, mais um ponto deve ser ressaltado: tem-se os “meios primários” (recursos já mencionados) e o “fim mediato” (interesse público). No meio desse espectro, há uma cadeia de “meios” e “fins”. Imagine-se: no topo dos fins, há o interesse coletivo. Logo abaixo, tem-se, por exemplo, como meio, o investimento no funcionalismo público (para que este realize o seu trabalho de forma eficiente). Como “meio” para atingir este “fim” (pois agora terá o status de “fim”), tem-se capacitação e reajuste de salários. Independente da escolha entre esses dois “meios”, outros “meios” (custos em geral: financeiros, burocráticos, físicos, humanos) deverão ser considerados para se atingir um dos dois “fins” (capacitação ou reajuste salarial). Há, portanto, uma cadeia de meios e fins, havendo, num pólo, o interesse público (como fim último) e, no outro, os insumos / custos / recursos, como “meios primários”¹²⁷.

A adequação dos meios aos fins passa, portanto, pelos diversos “elos” da cadeia. Não há, conforme se viu, meios e fim visivelmente definidos. Para que seja

¹²⁷ Outra analogia pode ser utilizada para ilustrar tal fenômeno: imagine-se uma árvore. Seu tronco é o interesse público. Convergem para este tronco vários galhos, e desses galhos saem galhos menores, e assim por diante. Os menores galhos seriam os “meios primários” (recursos em geral). Tanto os galhos maiores (“segurança pública”, “saúde pública”, “dignidade humana”, “equidade”) quanto os menores (“meios primários”) convergem para o mesmo “grande fim”: interesse coletivo. Os “galhos menores” – recursos, insumos e custos em geral – conduzem aos “galhos maiores” e, estes, por sua vez, levam ao tronco da árvore.

avaliada a eficiência, é imprescindível que seja feito um “recorte”, viabilizando, assim, a análise da adequação de determinados meios a consecução de dado fim.

5.2 A finalidade (fim) do ato administrativo

A finalidade do ato administrativo, como se viu, é descrita freqüentemente mediante utilização de conceitos fluidos, indeterminados, polissêmicos. É admissível que assim ocorra, pois seria pouco razoável esperar que o legislador determinasse os “valores” e bens jurídicos tutelados pela norma de maneira específica e estanque. A abstração e generalidade da lei consistem justamente na sua possibilidade de abarcar situações diversas, em diferentes tempos e lugares. Ademais, é possível que a “subjetividade conceitual” tenha decorrido de opção do legislador: por considerar que será o agente que, no caso concreto, estará apto a ponderar as circunstâncias e definir a respeito da aplicação da norma ou por ser impossível que ele (legislador) preveja todas as situações em que caberá a incidência da lei.

No entanto, para fins de avaliação da eficiência, a indeterminação conceitual torna-a praticamente impossível ou, no mínimo, altamente complexa. A eficiência, conforme conceito apresentado, consiste na “melhor adequação entre meios e fim”. O fim, portanto, é dado, predeterminado. Parte-se de um objetivo dado e articulam-se os melhores meios para atingi-lo.

Se se objetiva examinar o alcance da eficiência, deve-se partir de um fim preestabelecido. Poder-se-ia argumentar que, nos atos administrativos, a lei já apresenta a finalidade que deverá ser alcançada com sua prática e, havendo silêncio legal no que tange ao elemento finalidade, considera-se o interesse público, fim último da atuação da Administração Pública. Entretanto, quase tão subjetivos e complexos

quanto o termo “interesse público” são os termos “moralidade pública”, “utilidade pública”, “ordem pública” e tantos outros que são comumente trazidos pela lei como finalidade do ato administrativo.

Há corrente doutrinária, conforme já se levantou, que entende não haver discricionariedade quando a lei utiliza conceitos indeterminados em qualquer dos elementos do ato administrativo. Consoante tal concepção, trata-se de modalidade de vinculação, pois a interpretação realizada pelo agente conduz à única solução ótima. O pressuposto desta teoria é que a finalidade da norma deve guiar a interpretação, levando à melhor alternativa.

A respeito dessa posição, duas ponderações fazem-se necessárias. Em primeiro lugar, o administrador, no processo de interpretação, tem liberdade para fazer uso dos critérios que escolher. Obviamente, após a escolha dos critérios, apenas uma solução será a melhor. No entanto, outro agente poderia escolher outro (s) critério (s) e, com certeza, chegaria a outra solução. Cada solução seria ótima a partir do (s) critério (s) eleito (s). Há, pois, liberdade para a adoção de parâmetros determinantes na decisão.

O segundo ponto que merece destaque diz respeito à indeterminação conceitual da finalidade. Ocorrendo este evento, não se poderá afirmar que tal elemento (finalidade) do ato tornará a conduta do agente vinculada. Afinal, caber-lhe-á, inclusive, a interpretação da finalidade que, em última instância, será o interesse público, conceito igualmente indeterminado.

Feitas tais observações, retoma-se o seguinte ponto: a indeterminação conceitual da finalidade inviabiliza a avaliação da eficiência. Considerando-se que a lei facultou ao agente a interpretação da finalidade – consoante as circunstâncias do caso concreto – caber-lhe-á empreender tal interpretação, transformando-a em fim

objetivamente apreciável. Nesse processo, o objeto / conteúdo e motivo do ato podem contribuir para que seja impressa maior objetividade à finalidade. Suponha-se que determinado ato administrativo determine que seja conferido atendimento hospitalar gratuito aos pobres, com vistas à prestação de serviço de saúde às classes baixas. Neste caso, a finalidade é “prestação de serviço de saúde às classes baixas” e o objeto / conteúdo “atendimento aos pobres”. O agente público deverá, no caso concreto, definir precisamente sua interpretação dessa finalidade, dizendo, por exemplo, que serão considerados pertencentes às classes baixas as pessoas com renda inferior a meio salário mínimo. A finalidade do ato prestado pelo agente seria, portanto, o atendimento às pessoas enquadradas neste critério. Outro exemplo seria o ato administrativo que determinasse a elevação de pessoas com “notável saber” a determinado cargo, com vistas à “profissionalização do serviço público e incentivo à capacitação”. O agente público, para imprimir objetividade à finalidade do ato, poderia dizer que esta consistiria na concessão do cargo às pessoas aprovadas em determinada prova ou indicadas pelo chefe.

Transpondo a proposta para o modelo de “cadeia de meios e fins”, seria como se fosse buscado um meio objetivo para se atingir ao fim conceitualmente indeterminado. Este meio, a partir de então, seria transformado na própria finalidade do ato administrativo. Deste ponto em diante, a atuação do administrador estaria vinculada à “finalidade objetiva”, por ele mesmo estabelecida, já que a norma facultou-lhe a interpretação de acordo com as circunstâncias concretas.

Para fins de avaliação da eficiência, é imprescindível que o fim seja preestabelecido objetivamente. Somente a partir da objetividade deste será possível

examinar se os meios utilizados foram os mais adequados. No entanto, não se pode abrir mão da motivação da interpretação objetiva conferida à finalidade, ponto que será tratado em momento seguinte.

5.3 Os “meios” para se atingir a finalidade (fim) do ato administrativo

Viu-se que os atos administrativos podem ser decompostos em elementos (ou, como prefere Bandeira de Mello, em requisitos e pressupostos). Esses aspectos são, basicamente: sujeito (autor do ato, que possui competência para sua produção); forma (revestimento exterior do ato); objeto (conteúdo do ato); motivo (situação fática ou de direito que exige ou autoriza a prática do ato); finalidade (bem jurídico a ser atingido pela prática do ato).

A doutrina jurídica é unânime na consideração de que o interesse público é a finalidade maior a ser perseguida pela atividade administrativa e, conseqüentemente, pela prática de qualquer ato administrativo. Embora haja finalidades mais específicas determinadas pela lei (“salubridade pública”, “segurança pública”, “moralidade pública”, por exemplo), a finalidade última do ato administrativo deve ser o interesse coletivo.

Desse modo, é possível compreender que os demais “aspectos” do ato administrativo (sujeito, forma, objeto, motivo) são meios para que seja alcançada sua finalidade, esteja ela descrita pela norma em sua acepção ampla – interesse público – ou estrita – “saúde pública”, “moralidade pública”, “dignidade humana” e assim por diante. Os pressupostos, requisitos e elementos existem para que o ato alcance sua finalidade.

Conforme exposto, não existem, via de regra, atos administrativos exclusivamente vinculados ou discricionários. Raras são as ocasiões em que haverá

atos vinculados ou discricionários puros. Há, sim, elementos vinculados e discricionários compondo os atos.

São aspectos vinculados do ato administrativo aqueles descritos taxativamente pela lei. Não há margem de liberdade para o agente público, pois o ordenamento jurídico já determina a conduta que deverá ser adotada. Em relação aos elementos discricionários do ato administrativo, a própria lei faculta ao administrador a possibilidade de eleger o que / como fazer. E é exatamente para que seja atingida a finalidade do ato que a lei, em alguns casos, descreve aspectos de forma vinculada e, outras vezes, confere liberdade ao agente em relação a determinados elementos. Estes consistem, portanto, em meios para que o fim (finalidade) seja alcançado.

Sendo a eficiência definida como “a melhor adequação entre meios e fim”, observa-se que deve haver necessariamente pluralidade de meios, pois o próprio conceito de racionalidade – utilizado no trabalho como base para o conceito de eficiência – pressupõe possibilidade de escolha e autonomia decisória. Devem existir, portanto, pelo menos duas alternativas possíveis. Se não for assim, não há como debater a alcance da eficiência, pois o meio já terá sido predeterminado. Pode-se até questionar se o meio estabelecido pela lei seria o melhor, considerando-se o fim a que se aspirava, mas se estaria discutindo a produção legislativa e não a conduta do agente.

Portanto, o primeiro pressuposto para se avaliar a eficiência, no que diz respeito aos meios, é a existência de, pelo menos, um elemento discricionário no ato administrativo. Havendo este elemento, existirão, por definição, no mínimo duas alternativas possíveis de ação em relação a ele. Assim, fará sentido avaliar se a opção adotada conduziu à eficiência. Sendo o ato totalmente vinculado ou sendo determinado

elemento vinculado, a lei já terá fixado, de antemão, a conduta a ser praticada. No primeiro caso, não há que falar em avaliação da eficiência do ato e, no segundo, não se discutirá o exame da eficiência da conduta adotada pelo agente em relação àquele elemento vinculado (salvo, como já se disse, quando se quiser discutir a norma produzida pelo legislador).

Conforme já se viu, além da indeterminação / imprecisão conceitual da finalidade do ato, há mais cinco “fontes” para a discricionariedade. A primeira é a descrição imprecisa dos motivos, ou seja, dos pressupostos fáticos que autorizam ou exigem a prática do ato. Diante dessas situações, ao agente caberá a decisão sobre os critérios que irá utilizar para a constatação da conformidade ou impertinência da situação concreta com a descrição legal. Se há, por exemplo, previsão de atendimento gratuito aos “pobres”, o agente deverá estabelecer critério (s) para incluir ou excluir pessoas. A mesma conduta deverá ser adotada caso, por exemplo, a lei determine a elevação de certos cargos a pessoas com “notável saber”.

Outra fonte é o “tom”, o grau de imperatividade do mandamento da lei; serão as situações em que a norma facultar um comportamento para o agente, ao invés de exigilo ou lhe conferir a liberdade para decidir entre duas ou mais alternativas. Nessas hipóteses, ao agente caberá a consideração da conveniência de se praticar o ato em determinado momento ou a eleição da alternativa que considerar a melhor.

Haverá discricionariedade, também, quando houver liberdade para que o administrador eleja a forma do ato. Deverá o agente público, decidir, por exemplo, se é viável que o ato seja praticado oralmente – poupando tempo e custos burocráticos – ou por escrito, conferindo-lhe maior segurança.

A discricionariedade poderá decorrer da liberdade para eleger o momento da prática do ato. Nessas ocasiões, o agente decidirá acerca do momento oportuno para a edição do ato. Pode ocorrer, conforme já se pontuou, de a espera por maiores informações – para que se tenha a certeza do momento ideal – implicar a perda da oportunidade de prática do ato, ou mesmo trazer conseqüências irreversíveis, como a total impossibilidade de se praticá-lo. Às vezes, a busca por maior número de informações e a espera para se ter a certeza do “melhor momento”, acaba sendo conduta ineficiente.

Por fim, a última fonte de discricionariedade será o conteúdo do ato. Ocorrerá esta hipótese quando a lei não determinar qual ato deverá ser praticado para que se atinja determinada finalidade. Caberá ao agente, pois, a eleição do próprio conteúdo / objeto do ato.

Em todas essas hipóteses, observe-se que o agente deverá sempre ser guiado pela finalidade do ato administrativo. O estabelecimento de critérios para o enquadramento ou não da situação real de acordo com a descrição legal dos motivos, a decisão sobre agir ou não agir, a escolha da melhor alternativa, a eleição da melhor forma para exteriorização do ato, a decisão do momento mais oportuno e a escolha do conteúdo do ato deverão ter em vista a finalidade descrita pela lei. Caso contrário, conforme já se discutiu, falar-se-á em arbítrio e, não, em discricionariedade.

A avaliação da eficiência consiste na análise da “adequação entre meios e fim”. É essencial, como já se viu, que a finalidade seja descrita de forma objetiva. Em relação aos meios, o primeiro passo é que sejam detectados os elementos discricionários (fontes da discricionariedade) do ato, pois será em relação a eles que haverá margem de liberdade para a atuação do agente.

No que diz respeito à descrição imprecisa dos motivos do ato, o agente deverá descrever a situação fática com a qual se deparou e explicar as razões que o conduziram a enquadrar aquela realidade à hipótese descrita subjetivamente pela norma. Recorrerá, em última instância, ao (s) critério (s) que utilizou para “preencher” a imprecisão legal.

Quando a norma facultar um comportamento, ao invés de exigí-lo, deverá o agente expor as razões que o conduziram à prática ou à inércia. Significa “pintar o cenário”, apresentar o contexto que ensejou ou afastou a prática do ato, pontuando as circunstâncias e condições presentes no momento.

Em relação à liberdade para decidir sobre a forma do ato, deverá, da mesma maneira, pontuar o que ensejou o revestimento escolhido. Pode ter sido a escassez de tempo ou o corte de procedimentos burocráticos, quando optar pela forma oral. Por outro lado, poderá o agente ter escolhido a forma escrita, por se tratar de meio mais seguro.

No tocante à escolha do momento oportuno para a prática, caberá ao agente a apresentação das informações disponíveis que o levaram à edição do ato naquele momento. Às vezes, como já se levantou, o agente atua com as informações de que dispõe por considerar a urgência da prática do ato. Até mesmo a ausência de informações, portanto, poderá ser motivo suficiente para justificar a prática do ato em determinado momento.

Havendo duas ou mais alternativas para que uma delas seja escolhida, caberá ao agente explicitar a ponderação realizada dos diversos “recursos” em questão, para justificar a escolha de uma opção em detrimento de outra (s).

Na seção 4, tratou-se da racionalidade limitada. Na ocasião, foram apresentados os três fatores que limitam a plena racionalidade dos agentes e fazem com que suas escolhas nem sempre possam ser “as melhores”. Esses elementos são: informação, contexto e recurso. O administrador toma a decisão, portanto, de acordo com as informações de que dispõe, o contexto em que está inserido e os recursos sobre os quais tem controle. Assim, em relação aos meios, para que seja avaliada da eficiência, em qualquer que seja a “margem ou competência discricionária”, deve estar descrito o cenário no qual o agente agiu, as informações de que dispunha à época da prática do ato e a ponderação de recursos / custos / insumos que realizou.

5.4 Motivação do ato administrativo e avaliação / controle da eficiência

Esses pressupostos (ou condições necessárias) para avaliação da eficiência (relativos ao fim e aos meios) remetem diretamente à motivação do ato administrativo. Araújo ensina que esta consiste a na exposição dos motivos, da finalidade do ato e da relação de causalidade entre os motivos e o ato, em vista da sua finalidade própria, bem como dos demais fatores que possam ter influído em sua legalidade e oportunidade. É a oportunidade para que o agente apresente: a lei em que se baseou para a prática do ato; os fatos que o conduziram à prática; a relação entre os fatos ocorridos e o ato praticado.¹²⁸

Será por meio da motivação do ato administrativo que serão expostas as razões que levaram o agente a praticar o ato. Em relação aos elementos vinculados do ato, bastará que seja verificada sua adequação com o dispositivo legal. No que tange aos

¹²⁸ ARAÚJO, 1992, p.96.

elementos discricionários, o agente deverá demonstrar que, havendo margem de liberdade deixada pela lei, em quais fatores foi baseada sua decisão.

Conforme já se apontou, no tocante aos “meios”, a discricionariedade pode decorrer da imprecisão conceitual dos motivos do ato, do fato de a norma facultar determinado comportamento para o agente, ao invés de exigí-lo, e da liberdade conferida pela norma para que o agente opte entre alternativas, eleja a forma ou o momento da prática do ato. Consoante discussão já realizada, a justificativa da adoção de qualquer conduta em que haja “liberdade” deve estar pautada na descrição do cenário no qual o agente agiu, das informações de que dispunha à época da prática do ato e da ponderação dos recursos a que tinha acesso. Esses fatores nada mais refletem do que a motivação do ato administrativo, pois consistem na exposição das razões que ensejaram a prática do ato.

Em que pese a objetividade conferida à finalidade pelo próprio agente, há que se convir que os critérios/ parâmetros utilizados para delineá-la de forma objetiva também consistem em meios para atingir a finalidade legal, abstrata e genericamente estabelecida pela norma. O agente deverá, assim, também apresentar as razões que o conduziram a delimitar a finalidade de determinada maneira. Às vezes, não haverá motivos para justificar a adoção de determinados parâmetros; o agente poderá ter recorrido a tais critérios pelo simples fato de ter que imprimir objetividade ao fim a ser alcançado. Ainda assim, será essencial que estabeleça os parâmetros e, ao justificá-los, exponha que o fez apenas para garantir a objetividade da finalidade.

Independente de se considerar a obrigatoriedade ou não da motivação do ato administrativo, bem como a invalidade decorrente da inexistência de motivação, fato é que esta é essencial para fins de controle. É verdade que, ainda que se aspire ao

delineamento objetivo da motivação, há doses de subjetividade. Não poderia ser diferente, pois a ponderação das circunstâncias e custos será efetuada pelo agente público, que será quem estará frente a frente com o caso concreto. Apesar disso, os pressupostos elencados constituem condições que viabilizarão a avaliação da eficiência do ato administrativo, dando-lhe contornos mais passíveis de serem verificados por quem quer que realize sua apreciação.

Além disso, a motivação do ato administrativo constitui exercício para que o próprio agente seja mais cauteloso e diligente na prática do ato. O administrador, antes de praticar o ato, terá a oportunidade de focar suas atenções na análise dos fatores que ensejarão a prática do ato X ou Y, da maneira Z ou W. Ver-se-á, assim, diante de atividade reflexiva e analítica, o que criará a oportunidade de rever seu posicionamento anterior ao processo de motivação.

Resta claro, pois, que a motivação do ato administrativo para fins de avaliação da eficiência na sua prática representa forte instrumento para controle da corrupção. O exercício de fundamentação da alocação dos diversos recursos em jogo tende a obrigar o agente a adotar postura mais cautelosa, inclusive para se resguardar em relação a eventuais questionamentos que surgirem.

Haverá, certamente, quem irá alegar os altos custos burocráticos de se recorrer à motivação do ato para fins de avaliação de eficiência. De acordo com essa lógica, correr-se-ia o risco de se gastar mais tempo com o controle do ato do que com sua prática. Existe, portanto, um dilema: de um lado, o objetivo de se verificar a operacionalização do preceito da eficiência; de outro, a possibilidade de que tal intento acabe implicando ineficiência. Há que se observar, todavia, que se as diretrizes reformistas são desenhadas com vistas a tornar a Administração Pública eficiente e

responsiva, deverá haver instrumentos capazes de aferir a consecução desses objetivos. Não se pode dizer, *a priori*, que os “altos custos” de fiscalização e controle sinalizam sua ineficiência. Sabe-se da imprescindibilidade do controle no âmbito do setor público, pois, além de se tratar da “coisa pública”, os indivíduos não se vêm naturalmente compelidos a trabalhar em prol do interesse coletivo. O instituto da estabilidade, afora as razões legítimas de sua existência¹²⁹, reduz ainda mais os incentivos para que os servidores atuem de acordo com os fins que devem ser perseguidos pela Administração Pública.

Considerando-se, pois, a imperatividade material do princípio da eficiência, defende-se que a motivação do ato administrativo, obedecendo às condições discriminadas, é o ponto de partida para que se possa avaliar a eficiência nesses atos, bem como prevenir e combater práticas de corrupção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficiência administrativa foi consagrada constitucionalmente em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998. Esta alteração no texto da Constituição de 1988 representa a expressão máxima da reforma administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

A inserção de tal preceito no rol dos princípios reitores da Administração Pública teve o condão primordial de lastrear as reformas institucionais voltadas para a eficiência da atuação administrativa. Entretanto, compreendendo-se a força normativa dos princípios jurídicos, realizou-se um percurso analítico com vistas a discutir em que

¹²⁹ A estabilidade do servidor público visa, precipuamente, a evitar perseguições políticas e pessoais e a criar um corpo burocrático consolidado e conhecedor da máquina, independente dos mandatos eleitorais.

medida é possível realizar a verificação do alcance da eficiência nos atos administrativos e se a persecução da eficiência pode implicar maior vulnerabilidade à corrupção.

Em decorrência da “jovialidade” da consagração do princípio e por se tratar de conceito pouco familiar às Ciências Jurídicas, a doutrina limitou-se a exaltar ou desmerecer a elevação da eficiência ao *status* de norma constitucional. Os que defendem o feito alegam o alto significado de se ter expressa a maior diretriz da reforma na ordem jurídica. Os demais autores consideram inútil a constitucionalização do preceito, por sua fluidez e dificuldade de controle.

O objetivo geral do presente trabalho consistiu em apresentar fatores que devem ser considerados para a avaliação da eficiência nos atos administrativos e discriminar condições necessárias a tal julgamento. Obteve-se, portanto, as seguintes conclusões parciais:

1- o “tripé” da reforma gerencial é composto por: eficiência, discricionariedade e controle de resultados. A idéia subjacente a esta lógica é que a eficiência é alcançada por meio da delegação de autonomia decisória ao agente e a verificação deste alcance é realizada pelo controle de resultados (*a posteriori*);

2- o controle de resultados (ou controle *a posteriori*), um dos principais instrumentos da reforma administrativa, não se coaduna com o propósito maior do ideal gerencial, que consiste em imprimir eficiência à gestão pública. Tal instrumento não é capaz de aferir a eficiência da atuação administrativa, por se voltar, por definição, exclusivamente para os resultados, correndo-se sério risco de a busca pela eficiência resultar em maior permeabilidade às práticas de corrupção;

3- a ausência de pacifismo conceitual do termo eficiência deve-se ao fato de o verbete ter suas raízes em áreas diversas - Ciências Econômicas, Sociais e da Administração –, que o utilizam com significados distintos;

4- não raro, o conceito de eficiência confunde-se com eficácia e efetividade. O que há, na verdade, é uma dicotomia entre meios e fins, o que faz com que os termos sejam utilizados ora para fazer referência exclusivamente ao alcance dos resultados, à melhor utilização dos meios, ou a ambos;

5- além de ter sido elevada ao *status* de princípio constitucional, o ordenamento jurídico contempla expressamente a incidência da eficiência administrativa em alguns *locus* da atividade administrativa, tais como procedimentos licitatórios, contratos de gestão, prestação direta de serviços públicos ou por concessão;

6- por se tratar de conceito pouco familiar à Ciência Jurídica, ainda são tímidas as manifestações da doutrina em relação ao princípio. Os autores dividem-se entre os que ressaltam a importância da consagração constitucional, por expressar o maior intento da reforma gerencial, e os que a consideram inútil, alegando o difícil controle da eficiência;

7- no que tange à definição da eficiência, os juristas consideram majoritariamente que se trata de melhor utilização dos meios em relação aos fins que se deseja atingir;

8- a partir da principal definição de eficiência – utilizada tanto pela doutrina jurídica quanto pelas demais áreas – constatou-se a remissão direta ao conceito de ação racional: melhor adequação dos meios em relação aos fins;

9- os agentes possuem, na verdade, racionalidade limitada, pois suas escolhas são condicionadas pelas informações a que têm acesso, os recursos sobre os quais têm controle e o contexto em que atuam. Ademais, optam por não fazer cálculos detalhados

a respeito das opções que têm, o que faz com que realizem a “segunda melhor” escolha, ou aquela que é “boa o bastante”;

10- definiu-se eficiência como a melhor adequação entre meios e fim, considerando-se o contexto em que atua e os recursos e informações de que dispõe o agente;

11- eficiência não é o mesmo que razoabilidade, pois aquela consiste na melhor escolha, considerados os fatores já mencionados;

12- a partir do conceito adotado de eficiência, há total impropriedade terminológica em se dizer “mais eficiente”. Não se deve falar em decisão “mais” eficiente e, sim, em decisão eficiente, pois o conceito já contempla a idéia de “melhor” adequação;

13- embora haja conceitos diversos de ato administrativo, eles contemplam, substancialmente, quatro componentes básicos: a) manifestação que produz efeito jurídico; b) oriunda do Estado ou de quem esteja investido de prerrogativas; c) no exercício da função administrativa; d) sob a regência do Direito Público;

14- não faz sentido que sejam retirados do rol dos atos administrativos aqueles considerados típicos de Direito Privado praticados pelo Estado, como compra e venda e locação, pois deve haver, também nesses atos, observância aos princípios reitores da atividade administrativa, inclusive ao da eficiência;

15- ainda que os autores utilizem denominações diversas para fazer referência aos elementos do ato administrativo, pode-se considerar que há cinco essenciais: sujeito (autor do ato), forma (exteriorização do ato); objeto (conteúdo do ato), motivo (situação de direito ou de fato que permite ou obriga à prática do ato); finalidade (bem jurídico a ser tutelado pelo ato);

16- embora haja várias classificações para o ato administrativo, utilizou-se a que considera o grau de liberdade para que o agente atue: discricionariedade e vinculação;

17- deve-se falar em elementos discricionários e vinculados, pois além de serem raras as situações em que o ato é totalmente vinculado, a discricionariedade pode ser resultante da liberdade em relação a apenas um elemento;

18- as “fontes da discricionariedade” são: a descrição imprecisa dos motivos ou da finalidade; o “tom” do mandamento legal (quando a lei faculta um comportamento, ao invés de exigir); a existência de, pelo menos, duas alternativas possíveis; a abertura para eleição da forma ou momento da prática do ato.

19- há corrente doutrinária que entende não haver discricionariedade quando a lei utiliza conceitos indeterminados. Trata-se, de acordo com tal vertente, de modalidade de vinculação, pois a interpretação realizada pelo agente, tendo como norte a finalidade da norma, conduz à única solução ótima. Em primeiro lugar, cabe ponderar que há liberdade para a adoção de parâmetros determinantes na decisão, visto que a solução será ótima de acordo com os critérios adotados. Além disso, em relação à indeterminação conceitual da finalidade, não se pode afirmar que tal elemento (finalidade) do ato tornará a conduta do agente vinculada, pois caberá ao agente, inclusive, a interpretação da finalidade que, em última instância, será o interesse público, conceito igualmente indeterminado;

20- no contexto de serviço público, ocorre “relação de agência”, em que agente é o administrador público, ao passo que principal é o Estado, a sociedade, o cidadão. Para que os “agentes” persigam os interesses do “principal” (e, não, seus próprios interesses), é necessário que haja controle sobre seus atos;

21- como decorrência da tripartição e controle recíproco entre as funções de poder, a Administração Pública está sujeita ao controle exercido pelos Poderes Legislativo e Judiciário;

22- o controle interno é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública exerce sobre sua própria atuação, considerando aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação, sendo realizado sobre os órgãos da Administração Direta e pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta;

23- o controle externo é exercido pelo poder Legislativo, Tribunal de Contas, pelos administrados e pelo Poder Judiciário;

24- no que se refere ao controle do Poder Executivo, o Poder Legislativo restringe-se basicamente, à apreciação de suas contas, à arguição em caso de suspeitas de crimes contra a Administração Pública e ao julgamento e processo nos crimes de responsabilidade;

25- o controle exercido pelo Tribunal de Contas tende a se limitar aos aspectos de legalidade e economicidade. A previsão constitucional de fiscalização operacional abre margens para a apreciação da eficiência. Tal controle, no entanto, ainda se encontra em fase de maturação;

26- o controle exercido pelos administrados é frágil. Por meio do voto, os cidadãos têm uma única oportunidade de sinalizar suas preferências, bem como suas aprovações e reprovações em relação aos atos do governo. No tocante aos mecanismos de democracia direta, ainda são subutilizados no contexto brasileiro, visto que se trata de uma democracia incipiente;

27- a motivação do ato administrativo é instrumento essencial ao controle do ato administrativo, pois nela o agente expõe a fundamentação de fato e de direito que ensejou a prática do ato;

28- a motivação faz com que o agente tenha maior cautela no que diz respeito ao exame da legalidade, oportunidade e conveniência do ato administrativo. Ademais, a

motivação aproxima o intérprete das ponderações realizadas pelo administrador no momento da edição do ato, bem como das razões que o conduziram a agir de determinada maneira. O poder público, assim, confere maior transparência às suas condutas, o que viabiliza a procedimentalização do controle preventivo da corrupção;

29- o Poder Judiciário tem competência para examinar a legalidade dos atos praticados pelo Executivo, em decorrência do sistema de unicidade de jurisdição;

30- em relação à apreciação do mérito, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional sinaliza para a possibilidade de que o Judiciário a realize. Tem-se, por outro lado, o princípio da separação dos poderes – pode-se entender que o Judiciário invadiria a competência da Administração Pública a quem o legislador conferiu liberdade para, diante do caso concreto, atuar consoante a oportunidade e conveniência;

31- nova corrente doutrinária defende que compete ao Judiciário o exame da juridicidade dos atos administrativos, o que significa a apreciação da consonância do ato com a lei e princípios jurídicos;

32- a eficiência encontra-se na seara do mérito e da legalidade (no seu sentido amplo: juridicidade). A inferência imediata seria, portanto, a possibilidade de o Judiciário realizar seu exame;

33- o debate sobre a possibilidade de julgamento da eficiência pelo Poder Judiciário não pode caminhar sem que se discutam as condições necessárias a tal apreciação, considerando-se os diversos fatores que complexificam sua avaliação no âmbito do setor público. Independente de o Judiciário ter ou não competência para avaliar o alcance da eficiência, é imprescindível que se questione a respeito das questões substantivas que permeiam a realização de tal exame.

A partir do percurso analítico realizado nas seções 2, 3, 4 e 5 do presente trabalho, tem-se os seguintes pontos como subsídio para o estabelecimento de condições necessárias à avaliação da eficiência nos atos administrativos:

- 1- a verificação da eficiência nos atos administrativos é importante para a avaliação da eficiência da atuação global da Administração Pública;
- 2- no setor público, as metas são subjetivas (pois convergem para a “supremacia do interesse público”, conceito carregado de fluidez e polissemia) e os meios variados (recursos financeiros, humanos, físicos, interesses políticos, informação, custos burocráticos e outros);
- 3- não há meios e fim visivelmente definidos, mas uma cadeia deles;
- 4- os agentes possuem racionalidade limitada, o que faz com que possam não conhecer todas as informações a atuar apenas de acordo com aquelas das que dispõem;
- 5- a atuação dos agentes é condicionada ao contexto em que estão inseridos, bem como ao seu poder de mobilizar recursos;
- 6- sujeito, forma, objeto, motivo do ato administrativo são meios para que seja alcançada sua finalidade. Haverá discricionariedade, portanto, em relação a algum (s) desses elementos;
- 7- a observância do próprio preceito da eficiência faz com que os agentes, muitas vezes, tenham que abrir mão da “melhor escolha”, pois o tempo é recurso escasso, além de a espera por maiores informações e pelo momento mais oportuno implicar altos custos ou correr o risco de inviabilizar a prática do ato.

Por fim, a partir da definição de eficiência como “a melhor adequação entre meios e fim”, consideram-se estabelecidas condições necessárias à avaliação da eficiência do ato administrativo. Sinteticamente, tem-se que:

1- o ato não pode ser totalmente vinculado. Deve haver, portanto, pelo menos um elemento discricionário, pois a ação racional pressupõe possibilidade de escolha e autonomia decisória;

2- havendo uma “cadeia de meios e fins”, deve ser realizado um “recorte”, para que se analise a adequação de determinados meios a um dado fim;

3- a finalidade deve ser previamente estabelecida de forma objetiva;

4- sendo os “elementos discricionários” os meios para que se atinja a finalidade do ato administrativo, o agente deverá justificar sua atuação em relação a cada um desses elementos, descrevendo: o contexto (cenário) no qual agiu, as informações de que dispunha à época da prática do ato e a ponderação de recursos / custos / insumos que realizou;

5- a motivação do ato administrativo (tanto em relação à escolha dos “meios” quanto ao estabelecimento da “finalidade”) é condição *sine qua non*. à apreciação da eficiência e ao controle preventivo e repressivo da corrupção, pois por meio dela a o agente realiza a exposição dos motivos, da finalidade do ato e da relação de causalidade entre os motivos e o ato, em vista da sua finalidade própria, bem como dos demais fatores que possam ter influído em sua legalidade, conveniência e oportunidade.

Mesmo que se concluísse pela impossibilidade de avaliação da eficiência nos atos administrativos, não seria defendida a inutilidade da consagração constitucional do preceito. A elevação da eficiência ao *status* de princípio constitucional teria o condão, antes de tudo, de direcionar as reformas institucionais idealizadas com a finalidade de

imprimir eficiência à atuação da Administração Pública. Nessa perspectiva, o princípio da eficiência iluminaria a produção legislativa, viabilizando, inclusive, a produção de atos vinculados em consonância com o preceito.

A visão contemporânea dos princípios jurídicos, no entanto, atribui-lhes nova função, superando a concepção de meros orientadores para a atividade legislativa e interpretativa. A doutrina constitucionalista atual ressalta a natureza normativa dos princípios, vislumbrando sua aplicação direta na realidade.

Destarte, após a análise desenvolvida, conclui-se pela possibilidade de avaliação da eficiência nos atos administrativos, seja em âmbito interno ou pelos órgãos de controle externo. Há, portanto, que se considerar alguns fatores imprescindíveis à implementação da avaliação, bem como observar condições necessárias à apreciação da eficiência nos atos administrativos, os quais foram apresentados neste trabalho.

É falaciosa, portanto, a presunção de que a busca pela eficiência torna os atos mais permeáveis à corrupção. Isso ocorrerá se o controle estiver voltado exclusivamente para os resultados. Como eficiência significa melhor adequação dos meios ao fim, a escolha devida e o posterior exame dos procedimentos adotados são condições para garantir o seu alcance. Por meio da motivação do ato administrativo, sendo o agente compelido a fundamentar as opções realizadas, implantado estará o controle da eficiência e o controle da corrupção, na medida em que o administrador deverá dar publicidade às razões que balizaram a sua conduta. O controle da eficiência, portanto, é medida altamente eficiente para o controle da corrupção.

Uma máquina corrupta é necessariamente uma máquina ineficiente, pois se distancia completamente do princípio da melhor adequação dos meios (recursos) ao fim (interesse público), ou seja, do princípio da eficiência administrativa. Tendo em vista o

interesse coletivo como a finalidade última a ser perseguida e alcançada pela Administração Pública, pretende-se que a discussão ora colocada sirva de ponto de partida e, não, ponto de chegada para o debate sobre as reais possibilidades de se verificar a eficiência nos atos administrativos.

REFERÊNCIAS

- ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1993 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 48, n. 3, set./dez. 1997 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARGÜELLO, Katie. *O ícaro da modernidade: Direito e política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2. ed., 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*.Forense, v. I, 2.ed., 1979 *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <www.senado.gov.br>
- BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Emenda constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.
- BRASIL. Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 jun. 1965.
- BRASIL Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun.1993.
- BRASIL Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 14 fev. 1995.
- BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República/Câmara da Reforma do Estado, 1995.

- BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 jan. 1999.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria de Natureza Operacional*. TCU, Coordenadoria de Fiscalização e Controle: Brasília, 2000. 114p.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da administração pública – de acordo com a Emenda Constitucional n. 19/98. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 149-183 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 4. ed. São Paulo: MacGraw-Hill, 1979.
- CIRNE LIMA, Rui. *Princípios de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1954 *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., 1992.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Do ato administrativo*. Bushatsky, 1997 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- DALLARI, Adilson Abreu. Administração pública no Estado de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 05, 1994 *apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- ELSTER, John. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FIGUIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, t. 3. *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: PEREIRA, Bresser; SPINK, Peter (Coord). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p.75-121.
- LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à reforma administrativa*. São Paulo: RT, 1998.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento administrativo entre eficiência e a garantia dos particulares – algumas considerações. *Boletim da Faculdade*

- de *Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995 apud GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.
 - MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais (1989). Disponível em: <www.almg.gov.br>.
 - MOKATE, Karen. *Eficacia, eficiencia, equidade y sustentabilidad: qué queremos decir?* Series Documentos de Trabajo I-24, Indes/BID Washington, D.C., 2001.
 - MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
 - MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000 apud GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
 - MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 214, out./dez. 1998 apud GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
 - PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Bresser; SPINK, Peter (Coord). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 21-38.
 - PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 apud GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
 - PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimaraes. São Paulo: Pearson Prentice Hall.
 - PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent X principal. In: PEREIRA, Bresser; SPINK, Peter (Coord). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p.39-73.
 - PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos et al. *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: Unesp, 1999.
 - REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
 - ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Lê, 1991.
 - VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. 4. ed. Tradução: Ricardo Inojosa. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
 - SOUZA, Antonio Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994 apud GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
 - STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
 - WEBER, Max. *Economia e sociedade – fundamentos de sociologia compreensiva*. v. 1, 3. ed., Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da Unb, 1994.