

MEDITANDO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE JUSTIÇA, EFICIÊNCIA E GESTÃO PÚBLICA

Jessé Torres Pereira Junior *

Do rico e multifacetado perfil acadêmico de Diogo de Figueiredo Moreira Neto sempre tirei enorme proveito, como seu aluno desde o bacharelado concluído em 1968. Mas a mim impressiona, mais que tudo, a sua capacidade de sistematizar o conhecimento existente, sem prejuízo da ousadia de propor conhecimento novo e compartilhá-lo, nos mais variados e díspares momentos que se alternaram no cenário político, social e jurídico do país, nos últimos cinquenta anos.

Vêm-me à memória, prontamente, entre outras, quatro contribuições que ilustram esse raro talento, na afirmação da efetividade dos princípios, na redefinição da função de polícia administrativa, no plano das concessões de serviços públicos, no desenvolvimento do direito regulatório.

É a essa capacidade singular, e à influência que exerceu sobre o meu amadurecimento intelectual, que estas reflexões pretendem homenagear - homenagem permeada de afeto e reconhecimento -, a partir do ponto de observação que escolhi como carreira pública e compromisso, desvanecido por haver sido lembrado pelos organizadores para participar desta coletânea.

Traduzem as vicissitudes e incertezas de um longo exercício profissional, durante quadra confrontada com extraordinárias mudanças na coordenada tempo-espacia da cultura contemporânea. Desfilam antes fatos e conjecturas do que uma consolidação de conceitos. Buscam exprimir os sentimentos e valores que se formaram em meu espírito, com boa dose de inspiração na obra de Diogo. Refiro-me às relações, cada vez mais intensas, entre um ideário de justiça e a função de controle judicial da gestão pública, no estado democrático de direito.

Por isto que o texto não se desdobra em capítulos, nem almeja simetrias. Discorrerá, de modo um tanto indisciplinado e livre, sobre confrontos que se extraem de uma realidade plena de matizes e contradições, talvez insuscetível mesmo de rigorosa dedução, numa sociedade em que se liquefaz, por todos os recantos do planeta, o que outrora se imaginava sólido, na peculiar linguagem da perspectiva sociológica de Zygmunt Bauman, que há décadas migrou da Polônia para a Inglaterra, onde, octogenário, ainda conduz pesquisas na Universidade de Leeds.

Em 2005, relatório do National Audit Office (Escritório de Auditoria Nacional) inglês estimou em 2 bilhões e 600 milhões de libras o desperdício de recursos por má gestão dos serviços públicos no Reino Unido (Duncan Cartlidge, *Public Private Partnerships in Construction*, pág. 3. Ed. Taylor & Francis, 2006, Londres e Nova York; Cartlidge é consultor e pesquisador que presta serviços ao College of State Management, da Inglaterra, possivelmente equivalente, na estrutura da administração pública brasileira, à Controladoria Geral da União).

* Desembargador, Professor e Coordenador da Pós Graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Uma libra vale, hoje, em torno de 4 reais. Estamos falando, portanto, de um desperdício anual de 10 bilhões de reais, em organização estatal provida dos mais qualificados recursos humanos e materiais, a evidenciar o caráter universal do fenômeno, do qual não escapam os países do chamado primeiro mundo.

O orçamento anual do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro aproxima-se dos três bilhões de reais. Logo, aquele desperdício equivale, no mínimo, a três vezes o orçamento anual do segundo maior tribunal de justiça brasileiro (800 magistrados, 16 mil servidores, cinco mil terceirizados, prédios que somam área construída equiparável a três estádios do Maracanã, dois milhões de processos novos distribuídos a cada ano, dos quais são julgados um milhão e 200 mil, volume que corresponde a 10% de todo o movimento judiciário brasileiro), decorrente de má gestão no Reino Unido, onde se supõe que haja controles técnicos efetivos dos gastos públicos.

Economistas e líderes políticos recomendam, por toda parte, ajuste fiscal permanente e sustentável, severo gerenciamento de riscos. A crise financeira internacional de 2008 deflagrou cortes de gastos públicos e revisão de programas de crescimento, aumento de impostos, supressão de investimentos. Os setores produtivos protestam contra o aumento da carga tributária e as sociedades desencantam-se ante a inibição do desenvolvimento econômico.

Decerto que algo há em comum entre o desperdício de recursos na gestão de serviços públicos no Reino Unido, a crise mundial iniciada em 2008 - ainda não de todo conjurada -, e as contradições e decepções que povoam a gestão pública brasileira. Essa afinidade atenderia pelos nomes de ineficiência e descompromisso, a ponto de a população haver levado às ruas, em meados de 2013, protestos contra políticos, empresários, governantes, serviços públicos em geral? É possível.

No mundo jurídico, desde a década de 1980 reflexões e estudos concluem que se está diante da pós-modernidade na gestão do estado, em suas relações com a sociedade. Quer dizer que estamos na quarta geração de direitos fundamentais proclamados, que começaram a sua sistematização com a declaração universal dos direitos do homem da revolução francesa e a declaração da independência das colônias americanas, no século XVIII, vindo a consagrar, ao longo de 200 anos, sucessiva e cumulativamente, os chamados direitos individuais, sociais, difusos e ambientais, mas cuja fruição os estados nacionais não conseguem garantir a todos, sem exclusão.

Permanecem e acrescentam-se discriminações que produzem confrontos destrutivos e alimentam o quadro de um generalizado sentimento de injustiças. A ponto de as sociedades enfrentarem, hoje, três grandes problemas universais - terrorismo, corrupção endêmica e lesão ao meio ambiente, para os quais não se encontrou ainda resposta eficiente.

A proposta é passar da gestão patrimonialista do estado à gestão de resultados, vale dizer, eficiência. Esta é a pós-modernidade também olhando-se o estado sob perspectiva jurídica. As sociedades desacreditaram dos discursos; querem resultados. Exigem resultados daqueles que incumbem de gerir os recursos públicos.

O resultado inexistente ou insuficiente reforça a cobrança por eficiência das instituições incumbidas das funções de controle. Alarga-se o campo do controle

judicial sobre os atos da administração pública. É que o estado tem gerado, como nunca, normas em série. Tantas e tão invasoras dos direitos individuais e da personalidade que soa sarcástico advertir-se o cidadão de que o desconhecimento não o escusa de cumprir a lei. Os conjuntos normativos se sucedem com tais ímpeto e velocidade que o cidadão se sente, como o personagem de Kafka, réu permanente de possíveis delitos, escondidos nas dobras de leis e regulamentos.

Multiplicam-se as ações propostas e as decisões judiciais que as respondem, com vistas a proteger o homem comum contra supostas violações de normas de que não têm clara consciência e contra violações de direitos perpetradas pelo próprio Estado. Decisões desse teor têm sido proferidas com frequência crescente, no Brasil e no Exterior. Traduzem tendência que se observa no direito europeu, a partir das Constituições promulgadas no pós guerra (França, Alemanha, Itália, Portugal, Espanha) e do desenvolvimento do chamado direito comunitário (princípios e normas supranacionais, acolhidos pelos países que integram a União Europeia).

Nos estados democráticos de direito e sociedades contemporâneas que os adotam, nenhuma ideia-força traduz tão superiormente o significado da Constituição e do constitucionalismo quanto a da limitação do poder. Na síntese de Luiz Prieto Sanchis, “se conciben tanto la Constitución y la justicia constitucional como los derechos fundamentales como artificios jurídicos que cobran todo su sentido al servicio de la limitación del poder y de la garantía de la inmunidad i libertad de las personas” (*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Ed. Madri: Trotta, 2009, p.9).

Os direitos consagrados e as políticas traçadas na Constituição devem ser entendidos e aplicados a partir dessa ideia nuclear – limitar o poder, logo submeter a controles, institucionais e sociais, o seu exercício e a discricionariedade que o acompanha de ordinário.

Todo tema constitucionalizado impõe aos agentes públicos – sejam agentes políticos (os que haurem suas competências da própria Constituição, tais como titulares de cargos eletivos, os magistrados, os membros do ministério público e dos tribunais de contas) ou os agentes administrativos (os que atuam na conformidade de normas infraconstitucionais, tais como os servidores públicos em geral, sob regime estatutário ou de outra natureza) – vinculação à cogerência decorrente de sua presença explicitada no Texto Fundamental.

Práticas inovadoras, em alegada busca da eficiência, coexistem com desvios perpetrados a pretexto de precator os interesses do Estado. Ilusória perspectiva, se ao interesse do Estado não corresponder o interesse público, constitucionalmente definido, certo que interesse e administração estatal e interesse público são categorias distintas, nem sempre coincidentes em seus objetivos e motivações.

Ao que resulta da proposta que Eoin Carolan desenvolve sobre a teoria da separação dos poderes, no Estado democrático administrador do interesse público constitucionalizado, o exercício do poder é um processo permanente, interminável, de colaboração coordenada entre as instituições, cujo núcleo deve ser a governabilidade comprometida com resultados que a sociedade e os cidadãos reconheçam como

benéficos para todos, o que vale dizer que maioria e minoria têm direitos iguais à audiência das instituições estatais e que estas, todas, têm iguais responsabilidades, na seara de suas respectivas competências constitucionais, na identificação e na consecução do que se deva considerar de interesse público (*The New Separation of Powers – A Theory for the Modern State*. Ed. Oxford University Press, 2009).

Perceba-se a sintonia entre a proposta conceitual de Luis Prieto Sanchis (limitação do poder pela Constituição) e a de Eoin Carolan, que a arremata (a teoria da separação dos poderes caminha para a gestão colaborativa entre os poderes), a despeito de o primeiro, professor das Universidades de Castilla-La Mancha e de Toledo, espelhar experiência de sistema jurídico de raiz romano-germânica, calcado sobretudo em normas positivadas por fontes estatais; e o segundo, professor da Universidade de Dublin, pronunciar-se em nome do sistema jurídico de origem anglo-saxônica, que privilegia a norma consuetudinária e a equidade.

Todos os sistemas jurídicos ocidentais, a partir de meados do Século XX, se vêm empenhando por encontrar, em face do desastre de modelos políticos concentradores de poder, com o seu séquito de conflitos, discriminações e exclusões, um desenho de gestão pública que aproxime sociedade e Estado, de modo que este venha a ser instrumento eficiente e eficaz do atendimento aos interesses legítimos daquela, talvez no alvorecer de um novo jusnaturalismo, fundado na dignidade da pessoa humana.

Quando, no início do século, o sistema financeiro internacional deu os primeiros sinais de que uma crise se avizinhava, os Bancos promoveram o Acordo de Basilea, cuja implementação deveria entrar em vigor em 2006. Dizia-se, então, que as “exigências em relação a tempo, preço e prazo tornaram-se cruciais para as instituições conseguirem manter-se no mercado. Nesse contexto, mitigar riscos e perdas é fundamental para a sobrevivência das empresas, tão importante quanto a criação de novos produtos e serviços [...] o Bank for International Settlements (BIS) catalogou, em publicação datada de setembro de 2001, os diversos tipos de riscos inerentes às operações bancárias, classificando-os em sete categorias distintas:

fraudes internas – ações intencionais realizadas para fraudar a instituição mediante a prática de atividades ou transações não autorizadas; registros errados; depósitos sem valor; fraudes em créditos; apropriação indevida de ativos; destruição proposital de ativos; evasão fiscal...

fraudes externas – ações intencionais executadas por terceiros, visando a fraudar a instituição (roubo, falsificação etc.);

práticas incorretas – violação de leis, regulamentos e acordos relacionados à segurança das pessoas, incluindo terceiros; discriminações;

práticas inadequadas em relação a negócios, produtos e serviços – falhas não intencionais ou negligência face às obrigações profissionais perante clientes, por exemplo,

quebras contratuais, vendas agressivas, mau uso de informações confidenciais;

danos em ativos físicos – danos causados por desastre ou outros eventos - terrorismo, vandalismo, terremotos;

falhas ou interrupções de negócios – problemas de sistemas em *hardware*, *software*, telecomunicações, interrupção de energia elétrica;

falhas de execução – falhas de processamento ou de gerenciamento” (CRISANTE NETO, Belardo; CRESTO, Vicente. *Risco operacional: o porquê de se registrarem perdas*. Resenha BM&F, n. 156, p. 47-51, 2007).

Impressiona, a uma, a afinidade entre as essas categorias de riscos, presentes nas atividades das instituições financeiras em geral, e os riscos a que está sujeita a operação das funções administrativas estatais. A duas, que tais riscos, objeto de diagnósticos e recomendações, não hajam produzido medidas que evitassem a crise que afinal explodiu em 2007 e 2008, incluindo a falência de bancos e de outras instituições financeiras e econômicas, negligentes no gerenciamento dos riscos previstos ou estimáveis.

É vero que o Estado não quebra, mas não é menos real que o funcionamento estatal sem compromisso com os resultados de interesse público e o gerenciamento dos riscos inerentes à sua atividade vai semeando o descrédito em relação à capacidade de as instituições públicas responderem com eficácia às expectativas e necessidades das sociedades. As perdas não se medem apenas economicamente, mas politicamente, para demérito e desprestígio do Estado democrático de direito.

“A própria definição do que vem a ser um risco é socialmente construída e influenciada pela cultura da organização. Muitas vezes, a causa do não alcance dos objetivos da organização ou de graves perdas financeiras não reside em nenhum evento específico identificado pela organização como ‘risco’, mas em um grande número de pequenas anomalias, culturalmente aceitas como normais pela organização, que eventualmente se acumulam, resultando na ocorrência do evento indesejável” (Vaugh, Diane. *Organizational rituals or risk and error*. Cambridge University Press, 2004). Além disso, se inapropriadamente aplicados, modelos de gerenciamento de risco podem trazer efeitos adversos, expondo a organização. Em outras palavras, a aplicação de modelos de gerenciamento de riscos traz consigo seus próprios riscos.

“[...] gestores públicos correm o risco de ficar mais preocupados em... se resguardar contra culpa ou riscos à sua reputação. Portanto, se inapropriadamente aplicado, um modelo de gerenciamento de riscos pode exacerbar a tendência de ‘evitamento’ de culpa (*blame-avoidance*), que caracteriza a cultura das organizações públicas em geral [(Hood, Christopher; Rothstein, Henry. *Business risk management, pitfalls and possibilities*. Centre of Analysis of Risk and Regulation – London School of Economics, 2004)](...) e traz três consequências indesejáveis(...) A primeira é o deslocamento da responsabilidade pelos riscos para outras organizações politicamente

mais fracas ou menos preparadas para lidarem com os riscos(...) A segunda refere-se ao uso de argumentação baseada em gerenciamento de riscos como desculpa para inação ou indesejável inflexibilidade, quando aplicada de forma mecânica ou apenas para cumprir obrigações legais. Por último, a abordagem de gerenciamento de riscos pode enfraquecer outros valores importantes para o setor público, como a transparência e a aprendizagem, quando é aplicado primariamente para evitar culpas e responsabilidades civis.”

Constrói-se uma nova pauta de paradigmas de controle da administração pública: a *supremacia da Constituição*, que traça políticas públicas delimitadoras das escolhas e ações administrativas dos governantes; a *efetividade dos princípios*, alçados a normas jurídicas norteadoras do sistema e providas de sanção para o caso de descumprimento; a *motivação obrigatória*, que expõe as razões de fato e de direito que devem justificar e legitimar as decisões dos agentes públicos; o *controle da discricionariedade*, que a lei defere a esses agentes, não para preencher espaços segundo opções personalistas, mas no exercício de alternativas tecnicamente consistentes para a produção de planejados resultados de interesse público; a *processualização da atividade administrativa estatal*, de sorte a que, em todos os poderes e esferas, os autos testemunhem e façam transparecer os fundamentos das decisões; a *consensualidade* como técnica de identificação e adoção dos caminhos que os destinatários da ação governamental reconheçam como legítimos e harmônicos com suas necessidades e prioridades, por isto que também balizadores das decisões administrativas; a *sustentabilidade* das políticas e das medidas de sua execução, de molde a integrar o econômico, o social e o ambiental aptos a promover o desenvolvimento das atuais e futuras gerações; a *responsabilidade* objetiva do Estado e a subjetiva de seus agentes por todo e qualquer ato que implique dano, material ou moral, que a sociedade houver de suportar como consequência de suas ações ou omissões específicas.

A experiência europeia continental é importante para a cultura brasileira porque nossas instituições ali deitam suas raízes e haurem inspiração, fundadas no sistema jurídico romano-germânico.

A agregação da comunidade europeia, fragmentada após duas guerras totais, foi e está sendo possível graças, entre outros fatores, a consenso que entre nós parece distante, qual seja o de que os tribunais judiciais, por definição, jamais devem fazer julgamentos políticos, na acepção com que o discurso partidário lê a palavra.

O julgamento de um juiz ou tribunal é sempre jurídico, no sentido de que resolve o conflito concreto mediante a só aplicação dos princípios e normas que se encontram na Constituição e nas leis, sendo esta a função própria e exclusiva do judiciário, nos Estados democráticos de direito. A razão e o direito estarão sempre do lado que respeita esses princípios e normas, que devem expressar valores, e jamais com os que não os cumpram, irrelevante que entre estes estejam as mais gradas autoridades governamentais, a argumentar com cifras, orçamentos ou frases de efeito, lançadas em relatórios burocráticos.

O juiz ou tribunal não reprova a arbitrariedade da administração por convicção subjetiva, inspirada em censura valorativa abstrata. Se o fizesse estaria, então, sim,

a praticar inaceitável ativismo judicial. Ao contrário, o julgamento judicial tem por norte o cenário jurídico em que atuam os poderes públicos, posto que também estes devem completa e permanente sujeição aos princípios e normas que conformam a ordem jurídica.

O controle judicial é de legalidade formal (como se elaborou a norma) e material (o conteúdo e a finalidade da norma), daí alcançar a discricção do legislador e do administrador público, porque a discricção (escolha entre opções possíveis e legítimas) tem a sua existência e respectivos limites fixados de acordo com aqueles princípios e normas substanciais, fora dos quais não há discricção, mas abuso ou desvio de poder. O legislador não pode editar leis que firam os princípios e normas constitucionais. O administrador não pode aplicar as leis e gerir os recursos públicos contrariamente a esses princípios e normas, ou ignorando-os.

Refinam-se técnicas de interpretação que levam o julgador a identificar quando e em que medida o ato do legislador ou do administrador rompe os princípios e valores da ordem jurídica. Os tribunais não participam da elaboração das leis, nem da concepção e execução de planos e programas de governo. Não partilham de seus acertos e sucessos, nem de seus erros e fracassos. Cabe aos tribunais controlar a atividade legislativa e administrativa sob o ponto de vista jurídico. No exercício do controle judicial, os tribunais não se colocam acima da função própria dos órgãos legislativos e administrativos do Estado. Apenas é de seu dever institucional verificar, quando provocados pelos titulares de direitos alegadamente feridos, se esses órgãos se moveram respeitando os espaços traçados pela ordem jurídica.

A necessidade das decisões governamentais estarem fundadas em motivos objetivos, idôneos e razoáveis, almejando finalidades de interesse público, em face dos princípios e normas constitucionais e legais, não é invenção dos juristas, destinada a acariciar-lhes a auto estima ou a fomentar uma hipotética e vã preeminência em dado sistema político. É via imprescindível para alcançar-se o consenso democrático. Nenhum poder é indiscutível ou insuscetível de discussão na sociedade de nossos dias. Todos valem o que para os demais valem nossas razões, e é bom que seja assim, porque a igualdade que resulta de nossa valoração em função do valor de nossas próprias razões é o fundamento último e a essência mesma da convivência democrática.

A multiplicação incontinenti e desordenada da legislação propõe ao direito coevo pelo menos três graves questões.

A primeira: a desvalorização das leis e dos regulamentos. Para enfrentá-la é preciso valorizar a Constituição, de modo a fazê-la presidir todo o processo interpretativo e aplicativo das normas jurídicas. Somente assim o complexo do direito positivo manterá a sua indispensável integração sistêmica.

A segunda: a superação definitiva do positivismo jurídico estrito, que pretendeu reduzir a ciência do direito à hermenêutica do texto das leis. A mobilidade das leis, cuja premissa é a crença de serem elas capazes de resolver todos os problemas sociais e econômicos, tornou impossível, paradoxalmente, o positivismo como método. Em outras palavras, o legalismo exacerbado sepultou o positivismo. A solução será

restaurar a primazia dos princípios gerais do direito, não para alargar ao infinito o campo das interpretações possíveis, mas, ao contrário, para reconduzi-las ao sistema estabelecido.

Recorde-se Savigny, o primeiro a reconhecer que não são as normas, mas as instituições, as verdadeiras unidades elementares da vida jurídica. O contrato, a propriedade, a sucessão, o casamento são instituições. Não há um elenco taxativo delas, até porque se entrelaçam e se renovam. E são os princípios, que transcendem as normas e expressam uma ordem de valores de justiça material, os que lhe dão sentido e alento na história e na cultura.

A terceira: normas de variada hierarquia, e até sem hierarquia alguma, que se sucedem em mutação permanente e contraditória, ocasionais e incompletas. Somente uma estrutura firme de princípios e valores poderá orientar a ordem jurídica. Não é por acaso que número crescente de normas, por impróprio que possa parecer, está a incluir em seus preceptivos a enumeração dos princípios que orientarão a sua aplicação. É a busca pelos dois valores sobre os quais deve assentar-se sistema digno do nome - justiça e segurança jurídica.

Quando a Constituição e as leis de conteúdo administrativo nominam princípios e referem valores, estão, em verdade, a estabelecer vetores que orientarão a prática judicial e todo o processo de aplicação do direito. *Multitudo legum, unum ius*, como no velho apótema romano. Esse vetusto *ius* material é o que os juristas devemos procurar manter intacto e vitorioso, sobrenadando, talvez penosamente, porém resolutamente, no mar normativo a que nosso tempo parece nos haver atirado.

A sociedade desse tempo perceberá que nem sempre coincidem o interesse público e o interesse da administração. O primeiro é movido pelo acatamento aos direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais; são os inerentes à dignidade da pessoa. O segundo é de natureza gerencial e contingente, o que pode levar a afastar direitos fundamentais por motivos orçamentários ou a pretexto de implementar políticas públicas que supõe acima do bem e do mal, ainda que desonrando direitos incorporados à esfera jurídica individual ou social. O interesse público será sempre legítimo, porque de acordo com os direitos e garantias fundamentais da pessoa. O interesse da administração poderá não ser legítimo, se se opuser àqueles direitos e garantias.

Nos tribunais, em que as decisões são tomadas por órgãos colegiados, a legitimidade do julgamento é a mesma quer se decida à unanimidade ou por apertada maioria. É que a legitimidade (satisfação que se deve dar ao interesse público) não reside na uniformidade, mas no dever de debater a questão até que se consolide a solução jurídica prevalecente, ouvidas as partes e esgotado o exame das provas que apresentaram. Nada mais democrático e conforme ao direito, que não é ciência exata e exige respeito ao devido processo legal.

São lições que nossa Suprema Corte também ensina, não é de hoje. Basta lembrar que, nos anos 70, mesmo à falta de norma fixadora de limite, o STF, pelo voto condutor do Min. Thompson Flores, impediu que o poder tributário estatal elevasse sem medida alíquota do imposto de importação porque isto equivaleria a

arbitrio (RE nº 69.486-SP – *apud* nosso *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*, p. 49. Ed. Fórum, 2ª ed., 2006).

No regime da Constituição de 1988 - assistematizado por emendas em número que ultrapassa a casa das 80, por enquanto -, o STF passou a fazer expresso uso da razoabilidade e da proporcionalidade para temperar leis e excessos administrativos. Como quando analisa a correção de valores depositados em cadernetas de poupança, bloqueados por plano econômico do governo federal, ou ao fixar a correção de valores do FGTS. Ou quando rejeita lei que, colidindo com o texto constitucional, pretenda instituir regras incidentes sobre proventos de aposentadorias aperfeiçoadas segundo a legislação vigente ao tempo de sua concessão. Dentre inúmeras outras demandas, acolhidas ou julgadas improcedentes, contra atos do poder público. E, ainda, para afirmar que o poder público não pode deixar de implementar políticas públicas traçadas na Constituição, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão.

O ato que descumpra princípios e normas que se extraem da Constituição, dos princípios gerais do direito e de suas instituições não concerne a uma questão de justiça subjetiva, a ser distribuída segundo a posologia que agrada ao poder. É um ato submetido, como qualquer outro, ao amplo controle judicial de legalidade e legitimidade, desejado por todas as sociedades democráticas. Seja quem for o lesado, venha de onde vier a lesão.

O princípio da eficiência ingressa no art. 37 da Constituição por força da Emenda nº 19/98, tanto que os seus artigos 70, parágrafo único, e 74, II, instituem um sistema de controle interno em todos os Poderes, com a finalidade de “avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência”, a todos os agentes desse sistema atribuindo, no § 1º, responsabilidade solidária.

O princípio é mencionado, como atributo, na Lei nº 8.987/95, que disciplina o regime de permissão e concessão de serviços públicos. Seu art. 6º, *caput* e § 1º, define a prestação de serviço adequado como aquela que cumpre as condições de “regularidade, continuidade, *eficiência*, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas”.

Insera-se na Lei nº 9.784/99 (regula o processo administrativo no âmbito da APF), cujo art. 2º manda obedecer onze princípios, entre eles o da *eficiência*.

A ciência da administração oferece subsídios ao debate sobre eficiência e eficácia, ao que se deduz da NBR ISO 9000:2000: a eficiência está na relação entre o resultado alcançado e os recursos utilizados (relação custo/benefício); a eficácia, na extensão com a qual as atividades planejadas são realizadas e os resultados planejados são alcançados (consecução das finalidades).

O princípio da eficiência implica, enfim, o dever jurídico, vinculante dos gestores públicos, de agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com o menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público.

Nova leitura há de fazer-se do art. 4º da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) – “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados

a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. Os princípios referidos são os da antiga redação da cabeça do art. 37 da Carta Magna, aos quais a Emenda nº 19/98 veio acrescer o princípio da eficiência, seguindo-se que também o descumprimento deste pode dar causa a atos de improbidade “que atentam contra os princípios da Administração Pública”, nos termos do art. 11 da LIA.

Eficiência por eficiência pode produzir abuso de poder, desvio de finalidade, ilegalidade, tragédias imensas (os fins não justificam os meios). Mas sem a eficiência, todos os demais princípios perdem certo teor de efetividade. De Caio Tácito guardo a síntese que fazia, acompanhando com grande interesse o ingresso do direito público na pós-modernidade, sobre a relação entre eficiência e legalidade. Era um entusiasta da gestão por resultados. Compreendia e aceitava a exigência da eficiência como um novo marco da principiologia do direito público, mas advertia para o erro de imaginar-se que a eficiência traduziria um super princípio, que pudesse dispensar a convivência e a interação com os demais princípios. Com a perspicácia irônica e elegante que caracterizava suas observações, dizia, mais ou menos, o seguinte: o resultado contra ou à margem da legalidade, entendida esta como o conjunto de princípios e normas que conformam uma ordem jurídica humanista, não traduz eficiência; sempre teve e continuará tendo outro e singelo nome: ilegalidade.

A eficiência entrelaça-se com os princípios explícitos da legalidade (no sentido de juridicidade, ordem jurídica que se compõe de princípios e normas), impessoalidade, moralidade, publicidade, igualdade, ampla defesa e contraditório. Tanto quanto com os princípios implícitos da indisponibilidade (gestão conforme a ordem jurídica), motivação e segurança jurídica.

Intervém a eficiência no manejo de todos os institutos básicos do direito administrativo, tais como os dos *serviços públicos* (descentralização e privatização; concessões e permissões; PPP); *polícia administrativa* (licenças e autorizações; caráter preventivo; política urbana; políticas edilícia e ambiental); *atos administrativos* (estrutura morfológica do ato administrativo – competência, forma, objeto, motivo e finalidade; motivação necessária, traço distintivo do estado democrático de direito; no exercício da discricionariedade, as escolhas devem ser justificadas racionalmente, daí advindo a possibilidade de seu controle, interno e externo, inclusive jurisdicional); *contratos administrativos* (especificação do objeto na fase preparatória; fiscalização da execução); *processo administrativo* (direito de petição e direito à resposta; direito a decisão em tempo hábil; prescritibilidade como regra universal; participação da cidadania mediante impugnação de edital, audiências públicas prévias etc.; testemunho legítimo e idôneo da conduta do gestor público); *servidores públicos* (política de gestão de pessoas; estrutura e processo permanentes para reciclar, treinar, estimular os quadros efetivos; matriz de competências); *responsabilidade civil do estado e controle da administração*.

O mundo perdeu, no início de 2006, um de seus mais notáveis cidadãos contemporâneos, Peter Drucker, aos 95 anos (filósofo, gestor, economista, professor, que enfrentou o nazismo de forma pioneira na Europa, quando muitos ainda se

extasiavam com a sua aparência de “eficiência” do nazismo). De sua prodigiosa obra de mais 30 livros publicados, recordo uma síntese de três pontos: (1º) o recurso mais importante de qualquer organização é o homem; (2º) a pertinência dos objetivos e metas de qualquer organização depende de manter-se o foco no cliente; (3º) o erro é uma oportunidade de melhoria.

Esses pontos se aplicam a qualquer organização, pública ou privada. O homem é o recurso organizacional mais importante porque só ele é capaz de promover mudanças. Basta, no serviço público, substituir cliente por usuário e a correlação se manterá perfeita – recorde-se o resultado de pesquisas periódicas de satisfação do usuário e sua utilidade para ações preventivas e corretivas. Só há uma maneira de tratar com o erro – admiti-lo e corriji-lo, inclusive verificando se não tem origem no próprio sistema adotado.

O arremate é de Diogo, em livre transcrição:

A evolução da dogmática dos princípios foi extremamente salutar para o desenvolvimento do Direito Administrativo, ao devolver aos operadores do direito a preocupação com os fins e valores, antes restrita à pura consideração dos legisladores. Em consequência, todos os profissionais do direito, em qualquer grau que operem, assumem hoje responsabilidades que passam o mecanicismo da aplicação silogística, para contribuírem pessoalmente para o objetivo comum da realização da juridicidade plena. Mas, de modo especial, é o juiz, ao decidir sobre as delicadas questões envolvendo as pessoas, de um lado, e o Estado e seu imenso poder, de outro, que deixa de ser apenas a boca da lei, para personalizar a consciência do Direito.

Essa e outras tantas lições devem ser transmitidas com a convicção e a profundidade que persuadem a razão e impregnam o espírito, pelo mesmo tempo que a semente do conhecimento leva para desabrochar e produzir os frutos da sabedoria, ou seja, toda a vida. Mais: devem renovar, a cada dia, a aliança entre a humildade e a perseverança no serviço da Justiça, como dever de ofício e de consciência, individual e social, para o presente e com os olhos postos no futuro, posto que o compromisso do jurista não é apenas com a sua geração (*Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*, p. 56-59. Ed. Fórum, 2008).

Rio de Janeiro, inverno de 2014.