

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Jair Soares de Oliveira Segundo**

RESUMO

Este trabalho busca compreender se a eficiência é um princípio capaz de direcionar as atividades da Administração Pública; se se comporta falar em graus de eficiência; e, se o Judiciário pode intervir de forma a assegurar a efetividade desse princípio, e em que medida. Constatou-se que a eficiência é sim um norte hermenêutico na concretização dos direitos fundamentais, visto possibilitar aferir, em maior medida, a presença da proporcionalidade na ação administrativa, de modo que pode ser utilizada sob a ótica de graus de eficiência, os quais – respeitados certos limites – podem ser objeto de análise de legitimidade e legalidade pelo Judiciário.

Palavras-chave: Princípio da eficiência. Direitos Fundamentais. Concretização. Constituição de 1988.

1 INTRODUÇÃO

A criação judicial do direito é tema que, ao menos superficialmente, parece contrastar com a idéia de tripartição do Poder no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Ao Poder Judiciário caberia julgar as demandas judiciais e não, propriamente, produzir o direito, vez que esta seria a função afetada ao Poder Legislativo.

Ocorre, no entanto, que o tema deste trabalho versa sobre criação do direito, e este, enquanto tal, não se encontra compreendido tão somente nas leis em sentido formal – que é a produção de normas gerais pelo Poder Legislativo. O direito é mais amplo, mais abrangente.

Essa criação do direito pelo Poder Judiciário, longe de sofrer influxos de problema de legitimidade, incorpora-se hoje ao seio da sociedade com uma força tão natural que

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Aluno de extensão no Projeto CineLegis da UFRN. Membro de Grupo de Pesquisa sobre o STF da UFRN. Editor da Revista FIDES.

podemos afirmar que grande parte das relações sociais passaram a ser regidas a partir da interpretação judicial de nossos tribunais. Perceba-se o caso das relações de consumo, onde há ampla proteção ao consumidor devido sua hipossuficiência. Bem assim, há decisões nas mais diversas áreas, como é o caso da área da saúde onde o judiciário pode determinar ao Poder Público a concessão de remédios para pessoas necessitadas, ou ainda da área de educação na qual o juiz pode determinar a matrícula de crianças em escolas e creches.

Neste cenário, a concretização dos direitos fundamentais apresenta-se como um processo de interpretação sistemática do ordenamento jurídico com vistas a dar concreção aos direitos, a fazê-lo nascer no plano da realidade social, no cotidiano das pessoas. Constitui a interpretação condição essencial de efetividade dessa concreção, o que remete ao fato de que uma adequada teoria da interpretação – dada a íntima relação com o processo de concretização dos direitos fundamentais – é essencial à concretização da justiça diante do caso concreto.

A correta interpretação dos direitos fundamentais é assim um farol a iluminar os caminhos do bom convívio entre as pessoas, orientando a linha do bem estar na sociedade. Da adequada leitura da Constituição nascem as normas que devem nortear as relações sociais. O sentimento da Constituição é, portanto, não mais nem além, o sentimento da sociedade à qual pertence.

Desta forma, neste trabalho será apresentado breve estudo sobre a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, sob o prisma da hermenêutica constitucional, o que é condição premente da estruturação do direito e da justiça na linha da realidade concreta, destacando-se efeitos e principais conseqüências dessa criação judicial do direito, onde se utiliza da eficiência como baliza na aferição da proporcionalidade das ações administrativas, e procura-se tecer comentários – sem a pretensão de completude – sobre tal balizamento, e, notadamente, sob a ótica de graus de eficiência a nortear as situações concretas.

2 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se fala em *concretização dos direitos fundamentais*¹, utiliza-se de categorias de palavras que, mesmo na área do Direito, podem apresentar múltiplos significados. Diante

¹ Muito embora não constitua objeto deste trabalho discutir acerca de uma teoria dos direitos fundamentais, imprescindível a menção aos conceitos que permeiam a doutrina. Sem o intuito de adentrar na discussão da

disto, nada mais sensato que atentar, ao início, para a observação de André Ramos Tavares (2006, p. 58 e ss) sobre o fato de que o termo *concretização*, especialmente na doutrina alemã, vem sendo utilizado para indicar o sentido de atualização, de ampliação na compreensão dos textos normativos². Adverte ainda que no Brasil tal termo é por vezes empregado sem precisão técnica, ou seja, sem se estabelecer o teor significativo do alcance da expressão, onde esta seria utilizada como sinônimo de *aplicação* ou *interpretação*.

Para o presente estudo, no intuito de delinear tal significado, tomaremos por base a lição de Paulo Bonavides (2007, p. 482), que indica três elementos sobre os quais gravita o método concretista: “a *norma* que se vai concretizar, a ‘*compreensão prévia*’ do intérprete e o *problema concreto a resolver*”.

Mais ainda, em complemento a essa idéia, temos a conceituação que André Ramos Tavares destaca dos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho. Para o mestre lusitano (CANOTILHO, 2003, p. 1201), *concretizar a constituição* implica num *processo de densificação*³ de normas constitucionais (princípios e regras), e mais:

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta “concretização normativa” é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o lado “técnico” do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção de uma norma jurídica.

Desta forma, com Paulo Bonavides (2007, p. 482), temos que concretização:

terminologia *direitos fundamentais*, mas com o objetivo de prover, ao menos, um delineamento do que se entende por essa expressão, teremos por base a distinção exposta por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 36), em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais”, onde escreve propor-se a traçar distinção “entre as expressões ‘*direitos do homem*’ (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), ‘*direitos humanos*’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘*direitos fundamentais*’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)” (itálico nosso). No mesmo sentido, Leonardo Martins (2008, p. 54) assevera que “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

² De acordo com Paulo Bonavides (2007, p. 483), “Não resta dúvida que interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la”. E essa atualização está ligada a problemas concretos da realidade social. Tal é a conclusão de Konrad Hesse (citado por BONAVIDES, 2007, p. 482), ao justificar o método dos concretistas: “Não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos”.

³ Para José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1201) *densificar uma norma* significa preencher, completar e precisar seu espaço de normatividade no intuito de propiciar solução a casos concretos.

É uma espécie de metodologia positivista, de teor empírico e casuístico, que aplica as categorias constitucionais à solução direta de problemas, sempre atenta a uma realidade concreta, impossível de conter-se em formalismos meramente abstratos ou explicar-se pela fundamentação lógica e clássica dos silogismos jurídicos.

Estabelecidas tais premissas, cabe inicialmente tecer alguns comentários sobre a interpretação das normas de direitos fundamentais, e, ainda, prover breve esclarecimento sobre a legitimidade democrática desse processo de concretização, enquanto meio de construção judicial do direito.

2.1 Interpretação dos direitos fundamentais

Nos diz Morton Luiz Faria de Medeiros (2000, p. 185), na introdução de seu artigo *A clareza da lei e a necessidade de o juiz interpretá-la*, que tão natural e espontâneo “parece ser o uso da interpretação que, não raro, dela não nos apercebemos, ou dela não apreendemos todos os caracteres, à semelhança do homem, que extrai do ar, mesmo sem o enxergar ou sentir, a base provisional de sua vida”.

No texto, o doutrinador (MEDEIROS, 2000, p. 189) demonstra a preocupação quanto ao fato de ser comum às decisões judiciais o apego à parêmia *in claris cessat interpretatio* (significa que a lei clara inadmite interpretação), mais ainda por ser o Poder Judiciário legítimo e principal mandatário do comando normativo que diz que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Nesta medida, tornou-se usual “a transferência da culpa por uma decisão injusta do Juiz para a lei, a que – alega [o juiz] – tem o dever incondicionado de respeitar ‘literalmente’, em nome de uma imparcialidade ou neutralidade absolutamente nocivas ao Direito” (MEDEIROS, 2000, p. 189). O que é claro para alguns intérpretes pode não o ser para outros (MEDEIROS, 2000, p. 192). Não basta, portanto, aplicar a lei: é preciso interpretá-la⁴.

Ao descortino dessas linhas iniciais, resta claro o valor da interpretação das normas – mesmo que à aparência sejam claras. E isto, torna-se tanto mais evidente, e imprescindível,

⁴ Diz o constitucionalista espanhol Perez Royo (citado por BONAVIDES, 2007, p. 579): “não há direito que não exija ser interpretado”.

quando se trata de normas de direitos fundamentais. Nesta seara, é preciso que tenhamos firme, inicialmente, a lição de Eros Roberto Grau (2006, p. 166):

[...] assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo.

Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição.

No mesmo sentido, afirma Vladimir da Rocha França (2007, p. 12), sobre o princípio da eficiência, que deve ser interpretado juntamente com os demais princípios – em especial o da moralidade e o da proporcionalidade – para poder orientar a aferição da juridicidade, e isto não pode fazer sozinho, uma vez que seria insuficiente para o juiz fundamentar, por exemplo, a invalidação de um ato administrativo apenas com base na violação da eficiência.

Conquanto a interpretação seja fundamental na concretização dos direitos fundamentais, não há que confundir esta com aquela, vez que a interpretação constitui apenas uma de suas etapas.

Em que pese os benefícios da concreção (atualizar o ordenamento; dar vida aos direitos etc), é preciso observar, conforme Paulo Bonavides (2007, p. 483), que “a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem*, posto que aparenta ainda aí à sombra da lei, é perniciososa, assim à garantia com à certeza das instituições”.

2.2 Construção judicial do direito

Lord Radcliffe (citado por CAPPELLETTI, 1993, p. 25) deixa claro: “Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?”.

O juiz cria o direito – que é mais amplo – e não a lei.

Afora certa medida de criatividade imanente a toda interpretação – não só a jurídica –, dadas as circunstâncias de tempo e lugar, há, ainda, a que deflui “da capacidade do intelecto e do estado da alma do intérprete” (CAPPELLETTI, 1993, p. 21). Isto sem contar

que é função do intérprete colmatar lacunas, precisar nuances e aclarar ambigüidades (CAPPELLETTI, 1993, p. 22).

Em realidade, o problema passa ao largo de saber se há ou não criação judicial do direito, mas sim em definir seu “*grau* de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade” (CAPPELLETTI, 1993, p. 25). Aqui, tomamos para a análise a *legitimidade* dessa criação judicial do direito.

Com o surgimento, no estado contemporâneo, de um Poder Judiciário forte – o que se nomina *terceiro gigante* – a atuar na guarda e controle do novo leviatã, indica, por si só, o risco de cometimento de abusos, mas, entretanto, seria inviável um sistema de freios e contrapesos equilibrado onde ausente um Judiciário forte (CAPPELLETTI, 1993, p. 49 e 53).

À vista de tal pressuposto, Mauro Cappelletti (1993, p. 94 a 107) lista os argumentos que entende justificadores da *legitimidade democrática* da criatividade judicial: a) a dissipação da utopia de que os poderes políticos (Executivo e Legislativo) representam unicamente os anseios da coletividade; b) ao contrário do Legislativo, o Judiciário fundamenta suas decisões judiciais, e as torna públicas, e busca, com isso, a legitimação destas; c) o acesso à justiça como modo de garantir a proteção de grupos marginais no meio democrático; d) decisões por Órgãos (relativamente) imparciais, que são acionados a pedido das partes e utilizam a lei como base fundamental das decisões; e, e) a proteção aos direitos e liberdades fundamentais é essencial à sobrevivência da democracia. Com isto, arremata o doutrinador (CAPPELLETTI, 1993, p. 107) ao afirmar: “Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade”.

Se, de um lado, a criatividade (e, por conseguinte, a concretização) é expressão da legitimidade democrática do Judiciário na construção do direito; de outro, devemos ter em mente a advertência de Paulo Bonavides (2007, p. 523) – ao tratar da interpretação conforme a Constituição –, que diz ser preciso atentar para que os limites entre *interpretação* e *criação do direito* “são fugazes, inseguros, movediços, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da interpretação declaratória para a interpretação constitutiva, e por via desta – o que é mais grave – para a interpretação *contra legem*”.

3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988⁵

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, inseriu o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988. Essa alteração, em que pese ser considerada desnecessária por parte dos doutrinadores⁶, fez com que o princípio da eficiência – antes apenas implícito⁷ – passasse a fazer parte do rol de princípios que regem a atividade da Administração Pública, ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade⁸.

Perceba-se, contudo, que a Constituição de 1988 já tratava da eficiência no inciso II do artigo 74, dispositivo o qual Vladimir da Rocha França (2007, p. 9) dessume ser controle interno da eficiência por cada dos Poderes, quando no exercício da função administrativa. Vejamos:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II – comprovar a legalidade e avaliar 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;

Aspecto interessante dessa emenda foi a previsão de que a lei regulará a participação dos usuários na administração pública direta e indireta, conforme diz o § 3º do artigo 37 da Constituição.

⁵ Em relação ao fato da positivação do princípio da eficiência no texto constitucional, nos diz Vladimir da Rocha França (2007, p. 3): “Quando um princípio jurídico é encontrado por disposição expressa no texto legal, constitui norma plenamente exigível e concretizável, vinculando imediatamente o agente público e o cidadão. No caso dos princípios jurídicos implícitos no ordenamento jurídico, é preciso a sua apreensão doutrinária e jurisprudencial, somente encontrando concretização viável quando indicado e imposto pela decisão judicial”.

⁶ Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo, em suas obras de mesmo nome e publicadas pela mesma editora, ou seja, Curso de Direito Administrativo, Malheiros.

⁷ Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 223 a 225) demonstra que a eficiência preexistia no ordenamento pátrio antes do advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, tanto na construção doutrinária (Cf., por todos, Hely Lopes Meirelles quando este fala do dever de presteza, perfeição e rendimento funcional dos agentes públicos), quanto na legislação infraconstitucional (Cf. *caput* e §1º do artigo 6º da Lei 8.987/1995 [Código de Defesa do Consumidor]; incisos II, III e V do artigo 94 do Decreto-Lei 200/1967), e, ainda, no próprio texto original da Constituição de 1988, em seu artigo 74, inciso II, conforme se vê no texto deste trabalho.

⁸ Veja o *caput* do artigo 37: “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 [...]”.

§3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Como observa Vladimir da Rocha França (2007, p. 8 e 9), há forte ligação entre o direito subjetivo de participação do administrado e o princípio da eficiência, constituindo forte instrumento de concretização desse princípio, e pondera: quem melhor que o destinatário do serviço para aferir sua eficiência?⁹

E o que dizer da idéia de que, em verdade, esse destinatário é um consumidor de serviços públicos fornecidos pelo Poder Público? No artigo “O princípio constitucional da eficiência na defesa dos consumidores de serviços públicos”, Fábio Bezerra dos Santos e Marina Josino da Silva Souza entendem pela possibilidade da aplicação dessa ótica de relação consumerista para garantir aos consumidores de serviços públicos os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, especialmente o do art. 6º, inc. X, onde diz ser direito do consumidor: “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 212 a 218), com base em estudo de direito comparado, afirma não ser estranho aos demais ordenamentos a influência do princípio da eficiência na atividade administrativa. E isto justifica-se à medida que a eficiência “é, estreme de dúvida, um padrão de conduta que resulta particularmente indispensável ao nosso tempo e que, por isso, não pode ser postergada pela Administração” (NOBRE JÚNIOR, 2005, p. 223).

Mas em que reside o conteúdo da eficiência? Precisar o significado desse princípio é tarefa um tanto complexa, haja vista as várias nuances que emanam de sua pré-concepção no mundo contemporâneo.

No entanto, podemos nos utilizar do ensinamento de Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 220) que o compreende como sendo “o dever administrativo de melhor atender à consecução dos fins, de interesse público, a que está vinculada a Administração, laborando,

⁹ Apesar de essa questão suscitar o liame de intervenção do Judiciário, o que será tratado mais a frente, no momento cabe apenas afirmar que o autor citado entende ser o controle judicial da eficiência apenas parcial (FRANÇA, 2007, p. 9).

para tanto, com o menor custo”. Cabe registrar, à propósito, que, em que pese demandar “melhor atender à consecução dos fins, de interesse público”, na interpretação do princípio da eficiência deve-se ter claro que este princípio é distinto do da finalidade. O princípio da eficiência indica a busca efetiva – e lícita – da finalidade legal, enquanto que o da finalidade aponta que o ato da administrativo deve ter finalidade pública (FRANÇA, 2007, p. 7).

4 A CONCRETIZAÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 943), “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”.

À parte dessa lição basilar, é necessário o registro que esse doutrinador, de acordo com Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 221) e Vladimir da Rocha França (2007, p. 5), entendeu por reduzir bastante a densidade do princípio da eficiência – seu peso normativo –, sobrelevando a fluidez do princípio e considerando-o desnecessário, visto parecer simples adorno ao texto do artigo 37 da Constituição.

Ocorre que o princípio da eficiência serve de base na avaliação da extensão e dimensionamento do princípio da proporcionalidade aplicado ao caso concreto. Se na proporcionalidade, com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 111), há um juízo de ponderação entre meios e fins no objetivo de averiguar se o meio utilizado é proporcional ao fim almejado, na eficiência ocorre um concomitante juízo de valor, no sentido de afirmar que o alcance desse interesse público se dê de forma mais célere (com agilidade possível), econômica (com utilização racional dos meios), simples (priorizando a acessibilidade ampla), informal (sem entraves burocráticos), segura (com garantia razoável), dinâmica (adequada à modernidade) e efetiva (efetividade dessumida *à priori*). E isto dá idéia da dimensão da importância do princípio da eficiência.

Ademais, na concretização de direitos fundamentais, com pano de fundo no princípio da proporcionalidade, é de todo perceptível a valor do princípio da eficiência como parâmetro

de aferição da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*¹⁰, de forma a resguardar a legalidade da ação administrativa.

Em que medida, então, a concretização desses direitos depende da eficiência?

Algumas das mais comuns contribuições da eficiência está no aproveitamento de atos com irregularidades sanáveis ou, mesmo que não sanáveis as irregularidades, sejam verificadas “barreiras ao dever de invalidar” (NOBRE JÚNIOR, 2005, p. 227), o que seria exemplo o “decorso do tempo”.

Outra aplicação da eficiência acontece quando o princípio da proporcionalidade demanda que a restrição a direitos dos administrados ocorra com base na utilização de meios eficientes, afastando medidas inadequadas – ao caso concreto – ou desnecessárias – ao interesse público –, devendo tal restrição atingir, tão somente, o mínimo de liberdade – ou propriedade – imprescindível ao alcance do bem estar para a coletividade.

Nesta orientação, tem-se ainda a quebra de estabilidade do servidor público efetivo. No caso da previsão de que o servidor poderá perder o cargo por motivo de desempenho insuficiente¹¹, deve o juiz atentar para a demonstração inequívoca pela Administração de que a quebra da estabilidade ocorreu com observância do devido processo legal, o que inclui garantias de contraditório e ampla defesa, bem como garantias prévias consubstanciadas na definição antecipada de critérios objetivos e claros para aferição da eficiência esperada (FRANÇA, 2007, p. 9), e de avaliação periódica¹² em quantidade e qualidade suficiente a comprovar sua razoabilidade.

Outro aspecto é o combate à mora administrativa¹³ por parte do Judiciário, o que indica forte opção pela efetividade do princípio da eficiência (NOBRE JÚNIOR, 2005, p. 231).

Estes são apenas alguns exemplos práticos onde a constatação de ineficiência é fator decisivo para a efetivação de uma decisão pautada na proporcionalidade.

¹⁰ Pautado nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 111) esclarece: “a adequação ‘impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes’; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na idéia de que ‘o cidadão tem direito à menor desvantagem possível’ e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é ‘entendido como princípio da justa medida’”.

¹¹ §1º do artigo 41 da Constituição de 1988: “O servidor público estável só perderá o cargo: [...] III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.

¹² Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 229) observa que essa avaliação periódica de desempenho para fins de manutenção da estabilidade no cargo ressurte-se, ainda, de integração legislativa.

¹³ Cf.: O Recurso Especial nº 531.349-RS, sobre a manutenção da atividade de rádio comunitária enquanto esta aguarda o licenciamento cujo pedido conta mais de três anos.

Passaremos agora a verificar se é possível também falar em graus de eficiência, ou, noutras palavras, se esse processo de construção da norma – concretização – comporta uma gradação de eficiência na conformação de sua efetividade em interação com a proporcionalidade e a situação fática.

4.1 Graus de eficiência

Ao falar sobre a responsabilidade administrativa com base no princípio constitucional da eficiência, Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 295 e ss) nos apresenta a noção de *graus de eficiência*. Nesta orientação, a eficiência passa a ser analisada de acordo com os graus esperado e possível de eficiência segundo o caso concreto, e serve de parâmetro na determinação “do nível de exigência a ser feito ao administrador em relação ao grau de zelo e alcance de fins de sua conduta” (MENDONÇA, 2008, p. 296), além de determinar a extensão de sua responsabilidade.

A propósito desse nível de exigência, tal doutrinador vê na proporcionalidade o princípio adequado para trabalhar com essa relação entre adequação e necessidade, entre meio apropriado e a medida de seu uso, o que guarda relação estreita com a visualização da observância do princípio da eficiência (MENDONÇA, 2008, p. 297).

Para a exposição de seu pensamento, Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 298 e ss) nos fala em três momentos de concepção da norma.

Em primeiro lugar; vemos a existência da norma válida, independentemente da produção de efeitos concretos. Depois, há a norma válida (ou não) que é observada por seus destinatários. E, por fim, há a norma que existe, é observada e que logra cumprir seus fins. [itálico no original]

Aos três momentos faz corresponder, respectivamente, as noções de *eficácia*, *efetividade* e *eficiência* ou, noutros termos, eficiência em sentido fraco, moderado e forte. Todavia, deve-se registrar que nem sempre é esperado ou exigido da Administração a *eficiência em grau máximo*, e sim a que é razoável segundo a interação entre o *estado da técnica* e a *possibilidade de realização*¹⁴, ou seja, haveria, por exemplo, a exigência de grau

¹⁴ Tal critério faz exsurgir a discussão entre *reserva do possível* e *mínimo existencial*, dada as limitações econômicas do Estado contemporâneo, sem contar a problemática da incursão do Poder Judiciário nesta seara no intuito de efetivar os direitos fundamentais. Para um aprofundamento nesta temática, sugerimos a leitura da obra

máximo de eficiência ao tapar um buraco na rodovia, mas não em relação à eliminação do analfabetismo (MENDONÇA, 2008, p. 298).

Com isso, de modo rápido, pode-se relacionar a eficiência em grau máximo com a constatação, no caso concreto, de ambos os requisitos (estado da técnica e possibilidade de realização); em grau moderado, com a presença de um ou outro; e, em grau fraco, na ausência de ambos.

No entanto, registre-se que o grau moderado exige um atuar da Administração pautado com maior força no princípio da moralidade, transmutando o princípio da eficiência em *princípio da seriedade*, vez que impende sejam confirmados os princípios da *boa vontade administrativa* e da *negação joanina*¹⁵ (MENDONÇA, 2008, p. 300-301); e que o grau fraco, em que pese falta de estado da técnica e condições de realização, aponta para a exigibilidade de “um planejamento competente e sério para o alcance desse desiderato [os dois critérios], na medida em que isso seja dedutível dos programas político-públicos” (MENDONÇA, 2008, p. 301).

Noutro aspecto, na determinação do nível da responsabilidade do Estado, deve ser levada em conta a ação do lesado em seu próprio desfavor, na concorrência deste para o ato que o lesionou. Neste ponto, é especial a transcrição das palavras de Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 305):

É quando deve ser indagado, em sede final para caracterizar a responsabilidade do Estado, se o lesado cumpriu para com seus deveres de boa-fé objetiva. Ou seja, se agiu consoante o que se esperaria, mesmo quando, num primeiro momento, a conduta pudesse beneficiá-lo.

Desse modo, indagar-se-á se havia meios disponíveis e eficientes de que o lesado pudesse lançar mão para impedir o prejuízo. E, se existentes, se eles foram utilizados em justa medida.

Se tais meios existirem e não forem utilizados, adentra-se em nova fase de questionamentos: saber se o agente agiu de boa-fé, agora em seu sentido subjetivo, o que faz retornar às indagações da culpa, desta feita, do lesado.

“Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’”, organizada por Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, publicada pela Livraria do Advogado, em 2008.

¹⁵ Fabiano André de Souza Mendonça (2008, p. 301) diz com *princípio da negação joanina* a alusão ao dito popular de que a Administração Pública *não é a casa da Mãe Joana!*

Essa teorização dos graus de eficiência responde, em larga medida, a questões do cotidiano onde se faz necessária a análise dos fatos. Perceba-se o exemplo tomado do doutrinador (MENDONÇA, 2008, p. 305).

Se houve um assalto, este era previsível? Quais as razões para não ter havido amparo policial? Em que grau a segurança deveria ser eficiente? A ocorrência foi comunicada a tempo à autoridade policial? [e acrescentamos: a vítima detinha conhecimento do nível de criminalidade da região? E se tivesse conhecimento, teria motivo suficiente para estar naquele local àquela hora colocando em risco sua segurança?]

Edilson Pereira Nobre Júnior (2005, p. 235) também chega à conclusão que há o dever de reparar embasado na ausência de eficiência estatal, e isto, tendo por parâmetro um *nível médio de qualidade* que o particular deve esperar da atividade administrativa.

O que deve ser afastado é a usurpação pelo Judiciário da competência administrativa no controle do grau de eficiência da atividade. Diante disto, pode-se afirmar que “O poder judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência” (FRANÇA, 2007, p. 12), mas, de outra forma, é correto utilizar a noção de grau de eficiência, aliada a outros princípios, para delinear o liame de juridicidade.

4.2 O papel do Poder Judiciário

Para passar um breve olhar sobre a margem interventiva de que dispõe o Poder Judiciário concernente a esse tema, vamos principiar esse tópico com uma história.

Imagine-se que uma pessoa venha a sofrer um acidente de trânsito em rodovia federal, ocasionado por um buraco não sinalizado na pista, e necessite de um boletim de acidente. O policial comparece ao local, faz o levantamento do acidente e, ao concluir o trabalho, informa ao cidadão acidentado que, no prazo de cinco dias, será concluído o boletim de acidente e este será disponibilizado na página da internet do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, inclusive que o documento possui certificação automática. Tudo concluído, o policial retorna ao posto de polícia e inicia a digitar no sistema as informações colhidas.

No entanto, em que pese o atual nível de avanço tecnológico, a instituição policial não dispõe de aparelho GPS (*Global Positioning System*), que utiliza um sistema de posicionamento global, e serve para indicar pontos precisos do globo terrestre através de

coordenadas de latitude e longitude. O aparelho poderia otimizar seu serviço pegando todos os pontos e coordenadas necessários (relativos aos veículos, marcas de frenagem etc), e o local do acidente seria carregado no computador juntamente com um mapa da localidade previamente cadastrado. Isto tornaria altamente eficiente seu serviço, além de propiciar grande precisão do desenho, o que facilitaria inclusive ulteriores reconstituições do acidente, se necessário. Mas o cenário atual é de uma polícia que não dispõe desta tecnologia, cabendo ao policial fazer apenas um esboço do desenho do local, o que se chama *croqui*.

Essa pequena história dá uma boa dimensão de o quanto o princípio da eficiência pode se manifestar no cotidiano das pessoas. O fato de o boletim poder ser acessado através da internet é um exemplo de eficiência na Administração Pública. Alguém que sofreu um acidente em Salvador pode continuar sua viagem a Natal, e aqui imprimir o boletim. De outro lado, o fato de a polícia ainda não dispor de tecnologia GPS para atribuir maior eficiência aos seus serviços constitui fator de ineficiência – ou de ausência de melhor eficiência – na prestação do serviço.

O cerne do controle da eficiência pelo Judiciário está em saber até que ponto este pode intervir, o que implica na delimitação da esfera de avaliação judicial da discricionariedade administrativa.

Vladimir da Rocha França (2007, p. 10) diz que o juiz, para fins de análise de invalidação dos atos, deve, necessariamente, se ater apenas aos aspectos de legalidade, isonomia e compatibilidade ética, não lhe cabendo perscrutar quanto a eficiência de tais e quais medidas tomadas pela Administração, mesmo se diante da situação concreta haja mais de uma opção adequada aos fatos, à técnica e ao ordenamento jurídico, o que implica deve o administrador optar pela mais eficiente – até por motivo do dever de boa administração. Demonstra o doutrinador, nesta medida, que o campo de apreciação judicial está adstrito à análise de juridicidade, de sua conformação ao Direito. De outra forma, estaria o juiz substituindo o administrador no delineamento do que seja de interesse público em relação à eficiência.

Com base nestas lições, e remetendo ao caso do levantamento do acidente tratado acima, seria inadmissível, por exemplo, uma determinação judicial para a aquisição de aparelhos GPS pela polícia sob o argumento de dar concreção ao princípio da eficiência. A análise dessa necessidade/viabilidade cabe apenas e tão somente à instituição policial, não ao Judiciário.

Bem assim, também seria vedado ao Judiciário manifestar-se pela desativação do sistema que disponibiliza boletins de acidente na internet, com base no princípio da eficiência,

caso a autenticação automática estivesse inativa. Mas, de outra forma, poderia prover medida liminar determinando a suspensão temporária do serviço de boletins caso comprovada a presença de erros na autenticação automática capaz de gerar danos ao usuário do serviço (FRANÇA, 2007, p. 11).

O princípio da eficiência, quando interpretado não isoladamente, mas em conjunto com outros princípios jurídicos, pode auxiliar na avaliação da juridicidade das medidas tomadas pela Administração (FRANÇA, 2007, p. 12). Daí o princípio da eficiência possuir elevada importância no controle da proporcionalidade dos atos da Administração, tendo em vista possibilitar aferir critérios de necessidade, adequação e razoabilidade da ação administrativa (FRANÇA, 2007, p. 7). Uma aplicação disto, ainda utilizando-se do exemplo dos GPS's, seria o fato de o Judiciário poder anular uma compra maciça desses aparelhos caso restasse comprovado que tal aquisição ocorreu em quantidade desproporcional em relação número de policiais, onerando desnecessariamente os cofres públicos.

Registre-se ainda, com Vladimir da Rocha França (2007, p. 12), que, caso a medida administrativa ainda não tenha sido implementada, é vedado ao Judiciário na hipótese em que o administrador “atendeu aos padrões de legalidade, impessoalidade, proporcionalidade, isonomia, moralidade e publicidade, determinar se a medida vai ser eficiente ou não”, mas, no entanto, é possível a responsabilização ulterior do Estado pelos danos causados em virtude de sua ação administrativa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, verificou-se que o princípio da eficiência – introduzido no artigo 37 da Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998 – constitui parâmetro para a aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera da função administrativa, propiciando aferir a adequação, a necessidade e a razoabilidade [ou proporcionalidade em sentido estrito] dos atos da administração.

Esta função do princípio da eficiência é de todo essencial no processo de concretização dos direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico, uma vez que serve de norte hermenêutico na adequada interpretação de fatos e normas, possibilitando maior chance de acerto nas decisões judiciais que objetivem a concreção dos direitos fundamentais, que busquem a efetividade do texto constitucional.

A construção judicial do direito – concretização – é, sob esse aspecto, medida de revitalização da Constituição, de conformação de seu conteúdo substantivo aos anseios da sociedade contemporânea. No entanto, a utilização errônea dessa via de aplicação/construção do direito pode gerar danos graves ao sistema constitucional e ao estado de direito como um todo.

Impende, assim, zelar para que o Judiciário brasileiro possa cada vez mais participar ativamente do processo democrático, promovendo e concretizando os direitos fundamentais, e mais: possa crescer na medida suficiente para ocupar seu devido lugar, ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo, e tenha condições substanciais de eliminar a concentração de poder tão danosa ao equilíbrio dos sistemas jurídico, político e social.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. [5ª reimpressão; 2008].

CAPPELLETTI, Mauro. Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. [reimpressão; 1999].

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, jun./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-10-junho-2007-vladimir%20fran%c7a.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. [2ª tiragem].

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. A clareza da lei e a necessidade de o Juiz interpretá-la. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 146, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_146/r146-13.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008. [2ª tiragem].

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Ensaio sobre a determinação da responsabilidade administrativa pelo princípio da eficiência: graus de eficiência, omissão e concorrência do lesado. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, jul./set. 2005.

SANTOS, Fábio Bezerra dos; SOUZA, Marina Josino da Silva. O princípio constitucional da eficiência na defesa do consumidor de serviços públicos. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 5, n. 1, dez. 2009. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_teste/article/view/149>. Acesso em: 30 jan. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006. [Coleção professor Gilmar Mendes; v. 1].

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF EFFICIENCY AND IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This work seeks to understand if efficiency is a principle capable of guide the activities of the Public Administration; if it's possible to talk

about efficiency degrees; if the judiciary may interfere in a way to ensure the effectiveness of this principle, and to what extent. It was observed that the efficiency is rather an hermeneutic guideline in the concretion of fundamental rights, 'cause it makes possible to measure, in a greater extent, the presence of proportionality in the administrative measures, in a way it can be used from the viewpoint of degrees of efficiency, which – respected certain limits – can be the object of analysis of legitimacy and legality by the Judiciary.

Keywords: Principle of efficiency. Fundamental Rights. Implementation. Constitution of 1988.