

FERNANDO GUIMARÃES FERREIRA

**O MITO DA EFICIÊNCIA ÔNTICA DAS ORGANIZAÇÕES
NÃO-GOVERNAMENTAIS PARCEIRAS DO PODER PÚBLICO**

**UMA ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA,
EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA MOTIVAÇÃO E DA EFICIÊNCIA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na área de Instituições de Direito do Estado.

Orientador: Professor Doutor Juarez Freitas

Porto Alegre

2006

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F383m Ferreira, Fernando Guimarães

O Mito da eficiência ôntica das organizações não-governamentais parceiras do poder público : uma análise da discricionariedade administrativa, em face dos princípios da motivação e da eficiência / Fernando Guimarães Ferreira. - Porto Alegre, 2006.

289 f.

Diss. (Mestrado em Direito) - Fac. de Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

1. Parcerias Públicas. 2. Organizações Não-Governamentais. 3. Discricionariedade Administrativa. 4. Motivação. 5. Eficiência. 6. Hermenêutica (Direito).

I. Título.

CDD 341.353

Bibliotecária Responsável: Salete Maria Sartori, CRB 10/1363

FERNANDO GUIMARÃES FERREIRA

**O MITO DA EFICIÊNCIA ÔNTICA DAS ORGANIZAÇÕES
NÃO-GOVERNAMENTAIS PARCEIRAS DO PODER PÚBLICO**

**UMA ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA,
EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA MOTIVAÇÃO E DA EFICIÊNCIA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na área de Instituições de Direito do Estado.

Aprovada, em 26 de março de 2007.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Juarez Freitas

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos

Prof. Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira

DEDICATÓRIA

Dedico esta tese à minha amada Ana Maria e aos meus familiares, que tanto apoiaram e incentivaram o meu crescimento pessoal.

Dedico este estudo, igualmente, ao desembargador João Loureiro Ferreira e a meu sempre procurador-geral Régis A. Ferretti (*in memoriam*), pela confiança e pelas oportunidades que me concederam.

Uma Constituição não deve ser interpretada mediante princípios estritos e técnicos, mas liberalmente, tendo-se em vista linhas gerais, de modo que ela possa alcançar os objetivos para os quais foi estabelecida, tornando efetivos os grandes princípios de governo.

J.H. Meirelles Teixeira

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade abordar o equivocado paradigma da eficiência ôntica das organizações não-governamentais, nas suas diferentes formas, para a prestação de serviços públicos, partindo de uma leitura pós-positivista do instituto da discricionariedade administrativa, em face dos princípios da motivação e da eficiência. Estabelece que a eficiência administrativa constitui um *a priori* a qualquer agir administrativo, não limitando sua compreensão como mero *a posteriori*, pertinente ao momento do mero controle da ação estatal. Enquanto elemento apriorístico, a eficiência deve ser previamente demonstrada, visando o atendimento do princípio da motivação. Diante de tais princípios, e de uma hermenêutica pautada por uma compreensão pós-positivista da Constituição, não é possível admitir uma discricionariedade administrativa “pura”, imotivada, sob pena de sua invalidade. Por fim, propugna-se que as parcerias públicas firmadas entre o poder público e as organizações não-governamentais não podem decorrer de mera liberalidade do administrador público, sendo imposto, pela Constituição, uma definição prévia, bem como técnica, das necessidades públicas existentes e das ações mais eficientes para seu atendimento.

Palavras-chave: parcerias públicas - organizações não-governamentais - discricionariedade - princípio da motivação - princípio da eficiência - serviços públicos

ABSTRACT

This work has for purpose to approach the mistaken paradigm of the ontic efficiency of the non-governmental organizations, in their different structures, to the performance of non-exclusively state public services, considering an after positivist reading of the institute of the administrative discretionarity, in face of the principles of the motivation and the efficiency. It establishes that the administrative efficiency constitutes an *a priori* to any administrative act, not limiting its understanding as mere *a posteriori*, pertinent to the mere control of the state action. While aprioristic element, the efficiency must be previously demonstrated, aiming at the attendance of the principle of motivation. Considering these principles and a hermeneutics based on an after positivist understanding of the Constitution, it is not possible to admit an not motivated administrative discricionarity, inless its invalidity. Finally, it asseverates that the existing public partnerships established between the public power and the non-governmental organizations cannot elapse of mere liberality of the public administrator, being determined, by the Constitution, a previous definition, as well as technique, of the existing public conveniences and the actions most efficient for its attendance.

Key words: public partnerships - non-governmental organizations - discricionarity - principle of motivation - principle of efficiency - public services

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 PARCERIAS PÚBLICAS	26
1.1 EVOLUÇÃO DO ESTADO E DAS PARCERIAS PÚBLICAS	28
1.1.1 Contextualização histórica internacional	28
1.1.1.1 Do final do século XIX até a Primeira Guerra.....	29
1.1.1.2 Do período entre-guerras até o final da Segunda Guerra.....	30
1.1.1.3 Do período posterior à Segunda Guerra.....	35
1.1.1.4 Razões do sucesso do modelo francês de gestão delegada.....	39
1.1.2 Contextualização histórica brasileira	41
1.1.2.1 Breve histórico das reformas administrativas no Brasil.....	42
1.1.2.1.1 Perfil administrativo: da Independência ao Estado Novo.....	42
1.1.2.1.2 Reforma da década de 1930.....	44
1.1.2.1.3 Reforma de 1963.....	47
1.1.2.1.4 Reforma de 1967.....	48
1.1.2.1.5 Reforma de 1986.....	49
1.1.2.1.6 A Constituição de 1988.....	50
1.1.2.1.7 Reforma Collor.....	51
1.1.2.1.8 Perfil geral do Plano Diretor.....	51
1.1.2.1.8.1 Considerações finais sobre Plano Diretor.....	58
1.2 AS PARCERIAS PÚBLICAS	63
1.2.1 CONCEITO EM SENTIDO AMPLO	66
1.2.1.1 A definição ampla de parceria.....	69
1.3 O MITO DA EFICIÊNCIA INATA	71
2 UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE O DISCURSO JURÍDICO	79
2.1 PANORAMA POLÍTICO-EDUCACIONAL BRASILEIRO	81
2.2 RAZÃO CÍNICA E SOCIEDADE	84
2.3 O PENSAMENTO DE WARAT	87
2.3.1 O papel da argumentação jurídica.....	88
2.3.1.1 Crítica à argumentação jurídica.....	89
2.3.1.2 Senso comum teórico dos juristas.....	95
2.3.1.3 As falácias não formais.....	98
3 DISCRICIONARIEDADE	100
3.1 VISÃO GERAL	101
3.2 PODER DISCRICIONÁRIO ADMINISTRATIVO	110
3.2.1 Vinculação da administração à lei.....	110
3.2.2 O conceito de poder discricionário.....	111
3.2.3 Limitações ao poder discricionário.....	118
4 A HERMENÊUTICA DO PODER DISCRICIONÁRIO	126
4.1 UMA VISÃO CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO	126

4.2 PRINCÍPIOS E REGRAS: NOÇÕES GERAIS.....	134
4.2.1 A idéia de princípios.....	134
4.2.2 A distinção entre princípios e regras.....	140
4.2.3 Uma visão geral sobre a solução de conflitos entre normas.....	148
4.3 O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA SUPERAÇÃO.....	153
4.3.1 O princípio da proporcionalidade.....	163
4.3.2 O princípio da razoabilidade.....	168
4.3.3 As funções da razoabilidade e da proporcionalidade.....	181
4.3.4 O princípio da realidade.....	184
4.3.5 A interpretação pela administração pública.....	186
4.4 A DISCRICIONARIEDADE PELOS PRINCÍPIOS.....	191
5 O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	196
5.1 A DIFERENÇA ENTRE MOTIVO E MOTIVAÇÃO.....	199
5.2 ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS.....	203
5.3 A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	206
5.4 A FUNDAMENTAÇÃO DA MOTIVAÇÃO.....	209
5.4.1 A motivação na Lei Federal n.º 9.784/99.....	213
5.5 RAZOABILIDADE E MOTIVAÇÃO.....	219
6 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	222
6.1 ANTECEDENTES DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	225
6.2 O PLANO DIRETOR E A EC N.º 19.....	229
6.3 O CONCEITO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	231
6.3.1 Especificidades do princípio da eficiência.....	244
6.3.1.1 Os vetores implícitos.....	244
6.3.1.2 Características.....	247
6.3.1.3 A eficiência como estruturante da administração pública.....	250
6.3.1.4 Razoabilidade e eficiência.....	255
CONCLUSÕES.....	259
REFERÊNCIAS.....	277

INTRODUÇÃO

Os veículos de comunicação brasileiros, em especial a mídia impressa, vêm apresentando, nos últimos meses de 2006, diversas reportagens a respeito das relações estabelecidas entre o poder público e as organizações não-governamentais - as ONGs -, apontando, sobremaneira, a existência de uma verdadeira “caixa-preta” envolvendo o financiamento destas, suscitando, ainda, o fato de diversas dependerem exclusiva ou quase exclusivamente de recursos públicos fornecidos por diferentes esferas de governo. Segundo dados de levantamento realizado, em 2004, pela Fundação Getúlio Vargas, 55% das três mil ONGs contabilizadas dependiam diretamente de auxílios e subvenções públicos. Esse percentual é corroborado pela Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais, segundo a qual, metade dos recursos orçamentários das entidades a ela ligadas são resultado direto de repasses provenientes do poder público. No âmbito mundial não se verifica diferença fundamental: consoante estudo da universidade norte-americana John Hopkins, realizado em 22 países, em média, 40% dos orçamentos das ONGs vêm dos cofres públicos (POLONI, 25 out. 2006, p. 30).

Vê-se, de tal modo, que as organizações não-governamentais, atualmente, não somente no Brasil, mas, no que parece, igualmente em âmbito mundial, têm se tornado mais e mais “governamentais”, na medida em que, na prática, funcionam apenas como formas de “terceirização” para a prestação de serviços públicos. Ou seja, estão, ao longo do tempo, deixando de atuar “ao lado do Estado” para funcionarem “no lugar do Estado”, recebendo, do poder público, remuneração pertinente às tarefas desenvolvidas.

O que se tem observado é que essa “nova relação”, estabelecida entre as ONGs e a Administração Pública, vem sendo alvo de questionamentos e denúncias, especialmente no pertinente às formas de seleção dos parceiros privados e ao controle dos recursos públicos repassados.

Como relatam os repórteres Carlos Etchichury e Carlos Wagner (24 set. 2006, p. 6), em reportagem especial publicada no jornal Zero Hora:

O que seria um sinal de vitalidade democrática foi transformado em um descalabro administrativo por um motivo singelo: a fiscalização das ONGs é precária e não se sabe a real destinação dos recursos públicos repassados pelos municípios, pelo Estado e pela União [...] As verbas dadas pelos órgãos federais às entidades são auditadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que não dispõe de técnicos suficientes.

E acrescentam, mais adiante, os repórteres:

Nos últimos anos, o terceiro setor assumiu funções antes restritas ao poder público, seduziu a mídia ao defender e implementar políticas sociais e colaborou com a descentralização do país. É o aspecto positivo e visível do fenômeno. A faceta obscura é que a fragilidade da fiscalização atrai corruptos.

[...]

Com o escândalo da máfia dos Sanguessugas, um novo tipo de corrupção no Brasil envolvendo ONGs veio à tona: **a privatização parcial do Estado em benefício pessoal ou partidário**. (grifo nosso).

E como é expressamente admitido por integrante do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ouvido na apontada reportagem, de 24 de setembro de 2006 (p. 6), “não se sabe se os resultados auferidos por determinada ONG são satisfatórios. Na verdade, sequer sabemos se os recursos foram mesmo aplicados”, o que impõe, com absoluta urgência, segundo o discurso atual da mídia, a realização de um efetivo controle das contas do terceiro setor beneficiário de financiamento público. O procurador-geral da apontada instituição, por sua vez, em crítica ao atual proceder de diversas administrações municipais, no tocante à gestão do Programa Saúde da Família (PSF) – que optam por transferir a execução direta dos serviços envolvidos a ONGs, com custos maiores e sem o devido acompanhamento das ações verdadeiramente realizadas -, afirma que são “firmados contratos de gestão que não quantificam metas e indicadores de desempenho, impossibilitando avaliação dos resultados alcançados com esse tipo de parceria” (ETCHICHURY; WAGNER, 13 out. 2006, p. 4), revelando a inexistência de fiscalização real e efetiva.

A atual forma de controle estatal - pela administração pública ou pelos tribunais de contas - das atividades desenvolvidas pelas organizações não-governamentais, como apontado nas reportagens de Etchichury e Wagner, se limita ao mero exame formal das notas fiscais apresentadas e dos relatórios produzidos para as prestações de contas anuais, inexistindo qualquer metodologia de auditoria que torne possível a análise da efetividade quanto à aplicação dos recursos públicos, ainda mais diante de uma realidade de pulverização de recursos e limitados recursos humanos disponíveis para as tarefas de controle e fiscalização.

O montante de recursos públicos envolvidos, aliás, é de grande monta. O jornalista Fábio Schaffner (24 set. 2006, p. 7), a partir de dados obtidos no Sistema integrado de Administração Financeira (SIAFI), do governo federal, informa que, de janeiro de 2003 a 20 de setembro de 2006, houve a liberação de seis bilhões e novecentos milhões de reais a entidades privadas sem fins lucrativos, o que demonstra, de forma inquestionável, a seriedade do tema, especialmente na atual conjuntura financeira do Estado, configurando, no período, um desembolso médio mensal de 153 milhões de reais, somente na esfera federal.

Não se pode cair na ingenuidade ou no cinismo de tentar apontar que a atual situação teve surgimento recente, uma vez que suas origens, em realidade - ao menos no que tange a um salto da participação do terceiro setor na prestação de serviços públicos -, remontam a meados da década de 1990.

Além disso, o problema não está unicamente no controle *a posteriori* das atividades executadas, mas, principalmente, na definição, ou seja, na escolha discricionária - realizada pelo administrador público - de abrir mão de prestar diretamente determinado serviço público e optar pela formação de parceria com uma organização não-governamental, realizando, assim, a transferência da execução direta dos serviços públicos envolvidos.

Entendemos que esse abuso quanto à instituição de parcerias com organizações não-governamentais encontra origem em uma equivocada compreensão do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado,

especificamente de sua proposta de instituição de um programa de “publicização” de serviços públicos não-exclusivamente estatais, através da atuação de organizações sociais. Essa proposta, em que pese devidamente regulamentada pela Lei Federal n.º 9.637/98, não produziu frutos, servindo, no entanto, como mencionado, para abrir caminho a um processo perigoso e indiscriminado de transferência de recursos públicos para organizações não-governamentais, sem o devido cuidado quanto ao atendimento dos princípios administrativos aplicáveis.

Em 21 de setembro de 1995, a Câmara da Reforma do Estado - composta por Clóvis Carvalho (Ministro Chefe da Casa Civil, seu presidente), Luiz Carlos Bresser Pereira (Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado), Paulo Paiva (Ministro do Trabalho), Pedro Malan (Ministro da Fazenda), José Serra (Ministro do Planejamento e Orçamento) e o General Benedito Onofre Bezerra Leonel (Ministro Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas) - aprovou documento confeccionado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o qual foi posteriormente acolhido pelo presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O mencionado documento apontava - diante de um cenário nacional de demandas públicas crescentes e recursos financeiros limitados - para uma realidade de gradual deterioração dos serviços públicos, num processo de degeneração iniciado na década de 1970 e agravado, sobremaneira, a partir do final da década de 1980, em razão do perfil conferido ao Estado pela nova Constituição. Por fim, afirmava que o poder público, baseado em uma administração pública burocrática, não apresentava condições de materializar, de forma autônoma e eficiente, as necessidades dos administrados, objetivando a satisfação do bem comum.

Uma das questões mais veementemente sustentadas pelo referido texto foi o Projeto das organizações sociais, tendo como objetivo claro a ampliação do rol das formas de parcerias entre os entes públicos e privados, visando à melhoria da qualidade e efetividade - ou seja, a eficiência - na prestação à

sociedade dos serviços públicos não-exclusivamente estatais, em um processo que foi batizado de “publicização”¹.

Em determinado trecho do Plano Diretor (1996, p. 74), consta:

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal. (grifo nosso).

Interessante observar que uma das metas fundamentais do mencionado Plano Diretor era incrementar os níveis de qualidade e eficiência do aparelho administrativo-burocrático nacional, através da superação do paradigma tradicional da administração pública burocrática pela adoção de um modelo gerencial de administração pública, permitindo, assim, que os serviços públicos passassem a ser prestados de formas mais adequadas às suas finalidades constitucionalmente determinadas. Sinteticamente, com eficiência de resultados e baixo custo resultante. De tal modo, podemos afirmar que a sustentação do Plano Diretor estava em que suas propostas permitiriam serviços públicos eficientes e de qualidade, assim, todas as ações nele propostas deveriam tender a produzir esse desenlace.

É de ser apontado que o processo de “publicização”, como definido na Introdução do Plano Diretor, corresponde à “descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado” (1996). Posteriormente, no subitem 8.1.3, o Plano Diretor - intencionalmente ou não - acaba vinculando a noção de “publicização” à de “organizações sociais”.

Acontece que - e isso é relevante ao presente estudo -, na prática da administração pública, a proposta de “publicização” foi distorcida, na medida em que serviu para justificar a utilização indiscriminada do instrumento da

¹ É extremamente importante ressaltar, neste ponto, que não se irá trabalhar, no presente estudo, sobre o conceito de “serviços públicos não-exclusivamente estatais”, cuja definição ainda suscita severos debates entre os doutrinadores brasileiros.

parceria entre o poder público e as demais formas de organizações não-governamentais.

Agora, no trecho supra transcrito, em especial na passagem em negrito, está claro que a Câmara de Reforma do Estado, ao invés de trabalhar com uma certeza científica ou, ao menos, empírica, para dar fundamento adequado à sua proposta pertinente à “publicização”, admite, expressamente, que trabalha com um pressuposto, uma premissa, a qual estrutura suas conclusões, qual seja a de que a iniciativa privada será sempre mais eficiente que o poder público para a prestação de serviços públicos não-exclusivos. Trata-se essa afirmação de um mito, ou seja, de um esquema mental idealizado, deformado pelo imaginário coletivo, não sendo, no entanto, calcado em demonstração prática. Emerson Gabardo, sobre o tema, faz referência ao “mito da eficiência como prerrogativa liberal” e sua “crença compartilhada” (BOURDIEU, apud GABARDO, 2003, p. 105), apontando que no “caminho aberto pelo neoliberalismo, a idéia-força de eficiência retorna como algoz da mentalidade principiológica” (2003, p. 105).

Independentemente de a “eficiência liberal” sobrepular ou não a “eficiência estatal”, nos parece deveras arriscado para a sociedade o fato de uma decisão de tal magnitude - redução do aparelho do Estado e desestruturação de diversas instâncias públicas destinadas à prestação de serviços públicos - ser fundada em um pressuposto, um *silogismo dialético*, ou seja, uma argumentação construída a partir de enunciados meramente prováveis, possíveis ou contingentes - sem caráter de verdade irrefutável -, aptos, entretanto, a produzir conclusões verossímeis.

Importa ter em mente, que, levando-se em conta a classificação aristotélica (ARISTÓTELES, 1973), os *silogismos dialéticos* se diferenciam dos *silogismos analíticos*, na medida em que estes últimos são estruturados a partir de demonstrações fundadas em proposições evidentes - cuja refutação não é permitida, por se tratarem de proposições universais e necessárias -, produzindo conclusões necessariamente evidentes². Como aponta Clarice Söhngen (2006),

² Ressalta-se que nem se está falando em silogismos erísticos - conhecidos também como silogismos sofísticos -, uma espécie de silogismo dialético, em que as premissas utilizadas, em que pesem verossímeis (plausíveis), são, em realidade, inverídicas ou, no mínimo,

Para Aristóteles, as proposições evidentes são aquelas que por si mesmas garantem a própria certeza, enquanto as proposições prováveis são as que enunciam opiniões aceitas pela maioria, especialmente por aqueles considerados sábios. Não há, portanto, em dissonância com o que foi propagado até então, nenhuma hierarquia entre esses dois modos de raciocinar.

Levando em consideração o já referido trecho - em especial o pressuposto estabelecido da eficiência das organizações sociais, que, na verdade, se referia a todas as espécies de organizações não-governamentais -, não seria necessária a verificação do princípio da eficiência como elemento essencial do processo discricionário, pela autoridade pública, de opção pela “publicização”³, nem mesmo a apresentação da imprescindível motivação da conveniência ou não de efetuar parceria para a prestação de serviço público não-exclusivo do Estado. É tomada, assim, a “eficiência” das organizações sociais, em particular, e das organizações não-governamentais, em geral, como um *a posteriori* - algo a ser verificado apenas no momento das prestações de contas -, quando, em realidade, se trata de um *a priori* a ser devidamente demonstrado (como pressuposto essencial para a adoção dessa alternativa administrativa) na motivação da decisão discricionária de abrir mão da execução direta, pelo poder público, de determinado serviço público. A eficiência - se esclarece - não constitui um elemento ôntico (inato) das organizações não-governamentais, salvo quando se adota como verdadeiro e incontestado o pressuposto adotado pelo Plano Diretor (1996, p. 74). A “publicização” seria, conforme esse raciocínio apresentado no texto redigido por Bresser Pereira, um processo de “eficientização”, tendo sido aplicado não apenas em benefício das ditas organizações sociais, mas das organizações não-governamentais, deturpando-se o já equivocado entendimento do Plano Diretor. Não nos parece possível concordar com tal pensamento, tendo em vista que sua aceitação importa na

aparentemente prováveis, distinguindo-se, portanto, como estabeleceu Aristóteles, dos silogismos dialéticos.

³ Não se pode deixar de comentar que o processo de “publicização” comporta, em realidade, um processo de “despublicização” ou “terceirização”, uma vez que a prestação do serviço deixa de ser efetuada pelo poder público, passando ao controle de um ente de natureza privada.

desconsideração de diversos princípios administrativo-constitucionais, o que não se revela prudente, ainda mais quando envolvidas soma vultosas de, pelo menos, 1 bilhão e 700 milhões de reais, aplicados pelo Governo Federal, por ano, em projetos desenvolvidos por organizações não-governamentais, sem considerar os valores aplicados pelos Estados e pelas municipalidades.

Não nos parece, de tal modo, ser este o entendimento correto. Além do mais, nos causa estranhamento e preocupação que parte de um grande projeto de renovação estatal, patrocinado pelo governo brasileiro, esteja expressamente estruturado em mera premissa, quando o mais adequado - do ponto de vista do efetivo cumprimento dos princípios constitucionais reguladores da atividade da administração pública - seria que a proposta decorresse de uma verificação minudente, apta a produzir a necessária substância e convicção às inovações propostas, demonstrando os benefícios delas decorrentes.

A eficiência, como já dito, não constitui pressuposto ôntico das organizações não-governamentais - ou de qualquer outro ente que firme parceria com o poder público -, visto que estas, enquanto entidades humanas, dirigidas por seres humanos, padecem dos mesmos males da administração pública, decorrentes de inúmeros fatores, dentre eles a qualidade do pessoal disponível e a estrutura material disponível à execução das tarefas previstas. A eficiência é o resultado necessário do processo de instituição de parcerias pelo poder público. Ou seja, a eficiência deve ser levada em conta, como elemento essencial da decisão governamental (discricionária) pela efetivação da parceria - momento pré-parceria - e como critério de controle e avaliação. Verificamos a eficiência nesses dois momentos distintos: como elemento de justificação e como elemento técnico para a prestação de contas.

Além do mais, na medida em que o poder público é o prestador, por excelência, de serviços públicos, a eficiência é o "único motivo para o Poder Público transferir à sociedade civil a execução de serviços não-exclusivos, com a devida proteção legal" (SANTO, 2002, p. 88). De tal modo, não se revela conveniente que esta seja fruto de pressuposição, mas sim de verificação concreta a ser devidamente demonstrada. Por tal motivo, o presente trabalho

não visa responder a questão sobre a natureza eficientista inata – ou não – das organizações não-governamentais, embora não se furte a abordar tal aspecto, embora brevemente. O que nos interessa é trabalhar sobre a obrigatoriedade de a motivação, enquanto elemento fundamental da decisão discricionária pela formação da parceria pública, abordar a verificação real da maior eficiência, em cada caso concreto, das entidades envolvidas. A proposta parece singela, no entanto, ela contraria toda uma prática administrativa arraigada, a qual tem produzido situações que hoje chamam a atenção dos agentes fiscalizadores dos tribunais de contas e dos representantes do Ministério Público.

Como apontado, os administradores públicos brasileiros, assumindo como real o pressuposto (meramente plausível) da eficiência inata das organizações sociais – e seduzidos pelo canto das sereias, para utilizar expressão de Luís Alberto Warat – não se preocupam em fundamentar suas decisões, bem como não se interessam quanto à presença ou não de fatores que permitam o sucesso do empreendimento.

O concreto atendimento do princípio da eficiência, no seu ponto de contato com a efetivação de formas de parcerias do poder público, ocorre em quatro momentos diversos: o momento em que o poder público verifica a existência de uma necessidade a ser atendida pelo Estado; o momento em que é efetivamente demonstrado que, consoante o modelo de parceria escolhido e suas cláusulas de execução, a prestação indireta do serviço público permitirá um melhor resultado na prestação desse serviço público (principalmente no aspecto dos custos envolvidos e da qualidade dos serviços prestados); o momento da execução, em que cada passo das ações de execução dos serviços deve ser minudentemente acompanhado e verificado pelo poder público; e, por fim, o momento pós-parceria – ou, ao menos, a cada exercício econômico-financeiro -, em que ocorrerá, conforme o caso, a prestação de contas à autoridade pública, concernentes aos recursos públicos recebidos, sendo sindicada, por exemplo, a eficácia, a qualidade e a satisfação da sociedade quanto ao trabalho desenvolvido.

Além disso, não se pode deixar de apontar, que todos esse processo vem sendo compreendido em um sentido de “desresponsabilização” do Estado na prestação de serviços públicos, o que é evidentemente equivocado. Da mesma forma, a elevada discricionariedade nos processos de definição e escolha das formas de parcerias e das entidades envolvidas, em realidade, representa um entrave ao princípio da eficiência, na medida em que esse proceder, por si, não assegura a eficiência administrativa, servindo apenas como um dos vários instrumentos disponíveis ao administrador público para o cumprimento desse princípio administrativo, tornado expresso em 1998.

De tal modo, as possibilidades de formação de parcerias entre o poder público e as organizações não-governamentais devem ser entendidas como meros instrumentos e não como garantia de eficiência. A própria decisão administrativa deve demonstrar que essa solução, dentre outras juridicamente admissíveis, constitui aquela que permitirá o melhor resultado à sociedade na prestação de determinado serviço público (maior eficiência). A administração pública deve deixar, num primeiro momento, evidente qual a necessidade pública que não está sendo adequadamente atendida pelo Estado e, num segundo momento, evidenciar quais os critérios que serão expressamente utilizados para alcançar uma conclusão sobre a realização ou não de parcerias públicas. Num terceiro momento, devem estar claros quais os serviços públicos envolvidos, a forma pela qual deve ser prestado (cláusulas de execução) e os critérios de seleção do prestador do servidor (via de regra, o procedimento licitatório). Por fim, num quarto momento, os critérios de avaliação devem ser pré-definidos.

Assim, neste estudo, se pretende trabalhar a possibilidade de instituição de parcerias públicas através de um procedimento efetivamente adequado ao atual perfil da Constituição Federal, em que os princípios constitucionais incidentes sejam efetivamente levados em conta, rompendo-se o paradigma positivista-normativista que tanto tem impedido, no âmbito da administração pública, a ampliação dos princípios administrativo-constitucionais como instrumentos concretos de solução de questões do dia-a-dia. Essa é uma

problemática enfrentada neste estudo, onde se propugna a urgência quanto à superação do referido paradigma, o qual, infelizmente, ainda é adotado com larga maioria entre os agentes da administração pública. Esse modelo é nitidamente refratário à visão proposta pelo pós-positivismo. E, diga-se de passagem, o entendimento que se pretende sustentar aqui não encontra amparo no modelo tradicional, para o qual a legalidade se resume à simples verificação do enquadramento de cada caso concreto a uma moldura legal, abstratamente desenhada pelo ordenamento positivado, não havendo espaço para um exame mais aprofundado.

Acontece que a visão tradicional da dogmática jurídica, fortemente influenciada por um modelo positivista-normativista, devido às suas limitações de análise e compreensão, não fornece o campo necessário ao estabelecimento de idéias que (re)questionem as estruturas de poder. É por tal motivo, que se propõe uma análise a partir dos dois princípios supra mencionados (motivação e eficiência).

Neste ponto, convém a transcrição de ponderações de José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 28-33) a respeito da relevância de uma abordagem principiológica do Direito Administrativo, possível em razão da influência do pós-positivismo:

A abordagem e a investigação principiológica são, deveras, fundamentais na caracterização do direito administrativo, enquanto congregação unitária e sistemática de normas direcionadas para o disciplinamento da função administrativa. O crescente reconhecimento dogmático da essencialidade dos princípios no direito administrativo é fruto de um lento processo de evolução jurídica. Neste contexto, é produto da "revisão do positivismo legalista que prevaleceu no último século e meio da ciência jurídica".

No direito administrativo, a aludida revisão tornou-se necessária em função das transformações operadas na ordem jurídica com a passagem de um modelo de Estado de Direito, de feição liberal, para um modelo de feição social e intervencionista, com caracteres democráticos, fenômeno ocorrido, sobretudo, a partir de meados do século XX, e sentido, no caso brasileiro, após a redemocratização e promulgação da Constituição Federal de 1988. Os princípios são elevados, com explícito reconhecimento constitucional, à condição de vigas mestras do edifício do regime jurídico da Administração Pública, únicos vetores aptos a possibilitar a solução de inumeráveis problemas práticos que coloca o autor da Administração Pública, em seu perfil contemporâneo.

[...]

No panorama atual, a exigência de *legalidade formal* da atividade administrativa teve de ceder lugar ao postulado da *legitimidade* ou *legalidade substancial*, ao *império da Lei e do Direito*, porque seus contornos funcionais exigem a ampliação do controle da juridicidade, qualitativamente diferenciado, para atingir o objetivo de proscrição irrenunciável da arbitrariedade administrativa, sob todas as suas formas, no desempenho das competências, sobretudo quando a discricionariedade está presente na atuação.

[...]

Nesta conjuntura, entra em cena, como fruto da expansão democrática e da ampliação dos fins do Estado e de seu aparelho, o fenômeno da constitucionalização formal das bases do direito administrativo [...], ao adotar os princípios de uma supremacia material para governar todo o funcionamento do proceder administrativo demandado pela concretização dos desideratos constitucionais.

[...]

Nesta época, o direito administrativo assistiu, é verdade, à elaboração crescente de técnicas de controle da atividade administrativa, pautadas, além da sindicabilidade da competência, forma e procedimento, na análise dos fins e da existência e qualificação dos pressupostos na produção de atos administrativos (com vistas a sindicá-la sua *conformidade com a Lei*), mas só assistiu ao recurso aos princípios gerais do Direito (na qualidade de meio de controle da *conformidade com o Direito*) como fonte normativa autônoma e superior, quando iniciada a derrocada do positivismo e a alteração substancial no modo de compreensão do Direito.

José Roberto Pimenta Oliveira, nos trechos transcritos, aponta com clareza solar os rumos pretendidos por este estudo, no qual se pretende a construção de uma visão essencialmente crítica quanto à necessidade de os princípios da motivação e da eficiência ser considerados no exame da correção da discricionariedade administrativa envolvida nos procedimentos de seleção de parcerias públicas.

Foi apontado acima que a metodologia proposta pelo Plano Diretor - de diminuição do tamanho do aparelho do Estado, através do processo de "publicização", com a transferência da prestação de serviços públicos não-exclusivamente estatais às organizações sociais - foi baseada, como ele próprio afirma (o Plano Diretor), em um pressuposto, qual seja o elemento de eficiência imanente dessas entidades. Além disso, como já ressaltado, esse pressuposto foi indevidamente estendido, no dia-a-dia da administração pública, a todas as espécies de parcerias firmadas com organizações não-governamentais, constituindo, assim, a regra da atuação estatal. Tal raciocínio acarreta em

importantes repercussões quanto ao tratamento a ser conferido às parcerias firmadas entre o poder público e organizações não-governamentais, especialmente no concernente ao atendimento dos princípios administrativos expressos do artigo 37 da Constituição de 1988, bem como de outros princípios implícitos que a doutrina já de longa data reconhece como inquestionáveis, tais como a motivação, verdadeiro corolário do princípio da legalidade. Por exemplo, se a eficiência se caracteriza como um elemento ôntico das organizações não-governamentais, a decisão pela prestação indireta dos serviços não precisa justificar que essa medida trará, à sociedade, ganhos de qualidade e eficiência, pois seria uma decorrência necessária.

Na realidade do dia-a-dia da administração pública nacional, tanto no âmbito federal, estadual e municipal, os administradores públicos têm albergado a posição do Plano Diretor⁴, deixando de lado certas condutas imprescindíveis. Em outro exemplo, se a idéia de organização não-governamental se liga necessariamente à noção de eficiência inata, como pressuposto essencial e necessário, o administrador terá uma menor necessidade de estabelecer, previamente, o modo de atendimento dos serviços, uma vez que o parceiro privado, por ser mais eficiente, saberá a melhor forma de atender as necessidades públicas, o que, na realidade, nem sempre se observa. Aliás, o Ministério Público Federal, em especial a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, desde 1998, tem se preocupado com a crescente discricionariedade do poder público no processo de seleção de organizações não-governamentais causando-se a fragilização das responsabilidades do Estado na prestação dos serviços.

Por outro lado, se tal característica – eficiência ôntica - não for admitida como pressuposto essencial, o tratamento administrativo será completamente diverso, de forma que o administrador público deverá, obrigatoriamente, antes

⁴ O Plano Diretor, é verdade, não afirma, peremptoriamente, ser a eficiência uma característica inata das organizações, mas considera tal hipótese enquanto uma premissa. No entanto, essa premissa estruturou, como já afirmado, todo o sistema de publicização. Os administradores públicos locais, naturalmente, tendem a repetir de forma acrítica os modelos apresentados pelo poder público federal, de modo que natural a conataminação dos Estados e municípios por essa visão distorcida que ora rebatemos.

de proferir sua decisão por firmar uma parceria com uma organização não-governamental, determinar a necessidade pública a ser atendida e justificar, dentre as diversas ações administrativas disponíveis, que a parceira escolhida será capaz de alcançar maior qualidade e eficiência. Ou seja, a eficiência não se limita a uma consequência a ser observada unicamente como um *a posteriori*, mas como um *a priori* essencial à legalidade da decisão discricionária adotada.

O que se propõe no presente estudo é analisar a discricionariedade administrativa envolvida nas decisões tendentes à prestação de serviços públicos por organizações não-governamentais, principalmente o papel desempenhado pelos princípios da motivação e da eficiência, abordando a influência destes princípios nos momentos de definição das parcerias públicas.

O princípio da eficiência, tal como referido no Plano Diretor, é possível perceber, tinha seu foco no servidor público, de forma que até hoje, passados oito anos da aprovação da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, ainda associamos a idéia de eficiência diretamente com o controle do desempenho dos funcionários públicos, olvidando outras possibilidades de compreensão, igualmente relevantes. Acontece que o princípio da eficiência - em que pese fosse um princípio implícito, visto que inconcebível pensar em uma ação administrativa não voltada à eficiência -, não possui horizonte tão limitado, suas decorrências são muito mais amplas, tendo repercussões não apenas no âmbito do controle *a posteriori* dos atos administrativos, mas, principalmente, no momento da determinação e escolha das políticas públicas e das correspondentes ações administrativas.

Alerta-se que não se pretende realizar a discussão a respeito da correção ou não das realizações de governos passados, mas, a partir da realidade concreta estabelecida, abordar a forma pela qual os princípios da motivação e da eficiência devem ser real e razoavelmente considerados no processo discricionário que resulta - ou não - na pactuação de parceria entre o poder público e organização não-governamental.

Diante de todo o cenário acima apresentado, podemos declarar que o **problema de pesquisa** a ser respondido no presente estudo diz respeito à

indagação se, hodiernamente, diante de uma leitura pós-positivista dos princípios do direito administrativo, é admissível a pactuação de instrumento de parceria entre o poder público e organizações não governamentais, para a prestação direta - por estas últimas - de serviços públicos à sociedade, sem a presença de prévia e expressa motivação que sustente a maior eficiência operacional dos entes privados envolvidos. Indaga-se se o agir atual dos administradores públicos está efetivamente amparado - como entendem em sua grande maioria - por uma "discricionariedade pura", em vista da premissa da maior eficiência inata das organizações não-governamentais.

A **primeira seção** objetiva apresentar um painel geral do desenvolvimento da idéia de parceria, abordando, no âmbito internacional, a evolução do modelo francês, o qual produziu forte influência em nosso modelo. Será exposto, ainda, um perfil histórico da administração pública nacional e seus momentos marcantes. Será apresentado um conceito, em sentido amplo, de parceria pública, sendo esta a conotação que será adotada por este estudo quando houver referência à expressão "parceria pública". Por fim, será trabalhado, sucintamente, o mito da eficiência inata das organizações sociais.

Posto o questionamento quanto ao mito da eficiência das organizações não-governamentais, urge seja desmontado o modo de pensamento dogmático-positivista no qual ele encontra sustentação, em face de seu perfil monológico, ou seja, avesso à prática de uma percepção crítica do estabelecido. A **segunda seção**, assim, tem como finalidade estabelecer uma visão crítica do atual modelo de percepção da realidade, nitidamente superficial. Uma visão crítica do direito é condição de possibilidade para a construção, pela doutrina, de institutos jurídicos aptos a efetivar as determinações fundamentais contidas na Constituição. Esta seção enfrenta a problemática da insuficiência do vigente modelo dogmático do direito, pautado por um positivismo normativista, impermeável ao estabelecimento de uma racionalidade crítica (capacidade de percepção do real), apta a perceber importantes questões que interagem, subjacentemente, com os fenômenos de uma realidade social em constante mutação (elemento essencial para qualquer postulação crítica). Serão, assim,

referidos os estudos de Sloterdijk e Zizek a respeito do conceito da “razão cínica”, enquanto mistificação tendente à concretização de “pré-leituras” do concreto, impeditivas da correta percepção da realidade social pelos integrantes dessa mesma sociedade. Suscitar-se-á, sinteticamente, a problemática de a sociedade moderna ser pautada por uma “razão cínica”, associada, ideologicamente, a uma identificação imaginária a valores determinados por essa apontada razão cínica, situação que se reflete em todas as esferas da vida em sociedade, incluindo, necessariamente, a atividade dos profissionais do direito, em suas mais diversas esferas. Em seguida, com fundamento no pensamento de Warat, abordar-se-á o tema da ideologização da dogmática jurídica, como forma de alienação, ressaltando a função fundamental de persuasão desempenhada pela argumentação jurídica, na medida em que a vida cotidiana dos profissionais do direito se desenvolve através da utilização contínua da linguagem, tanto na forma escrita como verbal, objetivando demonstrar a necessidade imperiosa de ser realizada uma ruptura desse modelo. Serão apresentadas, ainda, algumas considerações de Warat a respeito da Teoria Pura do Direito de Kelsen, bem como uma apresentação sucinta da teoria crítica do direito proposta por Luiz Fernando Coelho, em que, à semelhança da crítica ideológica de Warat, expõe o caráter real da atual dogmática jurídica, propondo uma jusfilosofia renovada e adequada ao direito da pós-modernidade.

A importância dos temas referidos nesta segunda parte está em seu caráter propedêutico, na medida em que, neste estudo, propomos discutir que o atual agir da administração pública, referente à seleção imotivada das organizações não-governamentais ocorre de forma violadora dos princípios da motivação e da eficiência, uma vez que irrazoável e irreal entender essas entidades como possuidoras de uma natureza eficientista inata. Somente com a quebra do paradigma positivista e com a adoção de uma visão do direito administrativo vinculada aos seus princípios informadores será possível uma leitura imparcial da hipótese de estudo proposta.

A **terceira seção** analisará a discricionariedade administrativa, na medida em que esta constitui o campo a partir do qual será realizada a discussão

quanto ao atendimento, ou não, pelos administradores públicos, dos princípios da motivação e da eficiência, quando decidem por transferir a prestação direta de serviços públicos para outros entes. O conceito adequado de discricionariedade, compatível com uma moderna visão de direito, em que se tenta superar os limites impostos pelo positivismo-normativista, é elemento essencial ao presente estudo. Nesta trajetória, iniciamos com uma visão geral do direito administrativo e o posicionamento ocupado pela discricionariedade administrativa, seu conceito, suas limitações, em especial sua sujeição ao princípio da legalidade, essencial em um Estado Democrático de Direito, dentro de um aspecto de controle da administração pública.

Na **quarta seção** será trabalhada a idéia de interpretação do poder discricionário, a partir de uma visão de superação do positivismo, no sentido da adoção dos princípios como fatores primordiais no processo discricionário, sendo exposto, essencialmente, o posicionamento de Ronald Dworkin. Os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da realidade contribuirão, enquanto postulados normativos aplicativos, para a posterior adequação dos princípios da motivação e da eficiência à discussão proposta.

Na **quinta seção** será realizada uma abordagem das características fundamentais do princípio da motivação, especialmente no tocante à sua diferenciação da noção de motivo. Nesta seção a motivação será apresentada como um dos pilares fundamentais da sindicabilidade dos atos administrativo, na medida em que a existência de uma racionalização expressa dos motivos - de fato e de direito - que conduziram o administrador público a selecionar uma determinada ação estatal, visando o pleno atendimento do interesse público verificado, permite a sua verificação de sua regularidade.

A **sexta seção** irá se debruçar sobre o princípio da eficiência, apresentando seus antecedentes dentro do ordenamento jurídico nacional e o perfil conferido ao mencionado princípio no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Trabalhar-se-á, por fim, alguns aspectos pertinentes ao conceito de eficiência, suas características e modo de influência na estruturação da atuação administrativa.

A **conclusão**, como não poderia deixar de ser, procura alcançar a resposta ao problema de pesquisa apresentado, respondendo se a “discricionariedade pura” – que se verifica na prática da administração pública – não infringe frontalmente o princípio administrativo implícito da motivação, em geral, e, no caso específico da formação de parcerias com organizações não-governamentais, o princípio hoje expresso da eficiência administrativa, visto que o poder público é o titular natural da prerrogativa para a prestação direta de serviços públicos e que somente a comprovação da maior eficiência do particular – na hipótese, organizações não-governamentais – pode autorizar a transferência dessa obrigação. Abordará, assim, uma percepção real e razoável da discricionariedade, demonstrando que a eficiência constitui um *a priori* para a tomada de decisão envolvendo a adoção da sistemática das parcerias públicas, a ser necessariamente motivada, e não apenas alegada.

1 AS PARCERIAS PÚBLICAS

O constitucionalismo ocidental, adotando a concepção de tripartição dos poderes (MONTESQUIEU, 1994, p. 164-165), construiu a noção de que o exercício do poder democrático do Estado se dá através de três funções jurídicas distintas: legislativa, jurisdicional e administrativa. Sinteticamente, a primeira das espécies de poderes, conferida ao Legislativo, corresponde ao que faz “leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas” (MONTESQUIEU, 1994, p. 165), ou seja, tem em conta a *lei* como resultado de sua realização, enquanto “preceituação geral e obrigatória para situações abstratamente consideradas” (SIMAS, 1974, p. 93). A segunda das espécies, por sua vez, concerne ao Executivo das coisas “que dependem do Direito Civil” (MONTESQUIEU, 1994, p. 164) - o “Poder de julgar” -, que “pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 1994, p. 165), dando, assim, “proteção ao direito, evitando a anarquia social que ocorreria se cada um quisesse fazer justiça com as próprias mãos” (SIMAS, 1974, p. 93). Importa-nos, neste momento, abordar a terceira delas, qual seja a função administrativa do

Estado - o “Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes” (MONTESQUIEU, 1994, p. 164) -, exercida, essencialmente, por agentes ou órgãos do Poder Executivo, cuja competência é determinada pela Constituição, embora não possamos olvidar, em momento algum, que todos os Poderes do Estado, bem como seus órgãos autônomos, exercem igualmente, de acordo com suas respectivas competências administrativas e financeiras, constitucionalmente asseguradas, funções de cunho eminentemente administrativo.

Rogério Gesta Leal (2006, p. 166) discutindo o estabelecimento de novos paradigmas norteadores do exercício da função pública, apresenta crítica quanto às exacerbadas personificação e subjetividade das concepções patrimonialistas do poder político, com reflexos nas formas estruturadas de administração pública e de governo:

Em termos operacionais e de competências institucionais, esta Administração Pública, através de seus operadores (tecnoburocráticos e político-partidários), tem-se atribuído funções e finalidades de forma hegemônica: (1) como responsável por medidas e políticas que atendam a expectativas já delineadas por atores sociais capazes de influir e decidir as prioridades a serem perseguidas pela coletividade (notadamente os econômicos); (2) como articuladora da gestão de tensões e conflitos sociais, para mantê-los em níveis e índices de suportabilidade capazes de garantir a reprodução do modelo de (des)organização societal vigente; (3) como promotora de medidas capazes de alavancar as condições objetivas (infra-estrutura de energia, financeira, telecomunicacional, tecnológica, fomento à capacidade de mão-de-obra induzida pelo mercado) de crescimento econômico, a despeito do desenvolvimento social. [...]

Não é, todavia, essa a Administração Pública que consegue atender o alto grau de complexidade das demandas sociais que se avolumam nos dias atuais, eis que, cerrada dentro de suas teias tecnoburocráticas, está muito mais preocupada em desenvolver estratégias de gestão concentrada nos corredores do poder e em projetos privados transmutados em públicos, do que propriamente atender os reclamos oriundos da matriz associativa que deu causa à sua própria existência.

Ainda segundo o autor (2006, p. 167), nossa tradição administrativa deu origem, de um lado,

[...] à conformação de um Estado Administrador pretensamente onisciente e onipresente em face às demandas públicas reais de sua comunidade, de outro, a constituição de uma sociedade civil que vislumbra a Administração Pública como responsável e fornecedora de

serviços, bens e produtos capazes de satisfazer todas as suas necessidades.

O problema constatado nessa postura apontada está na dissociação entre “o processo de definição e execução das políticas públicas” (LEAL, 2006, p. 167) e o universo social pretensamente beneficiado, dando margem a uma redução da eficácia dos serviços prestados, bem como de sua ressonância estatal, uma vez que a administração pública tenderia a operar tão-somente de acordo com marcos normativos estabelecidos por seus próprios critérios, estabelecidos “*como racionalizações a posteriori de decisões previamente induzidas*” (HABERMAS, apud LEAL, 2006, p. 167, grifo do autor).

Voltando ao que ponderamos na introdução ao presente estudo, o tratamento conferido pela administração pública brasileira às entidades com as quais firma diferentes formas de parcerias públicas parte do pressuposto de que tais entes serão sempre mais eficientes do que o próprio Estado na prestação de serviços públicos. Trata-se, como dito, de um mero silogismo dialético, ou seja, cuja conclusão se revela provável, mas não irrefutável. Para que tais assertivas pudessem ser aceitas universalmente, deveriam ser verdades irrefutáveis.

Para adentrarmos nessa discussão, devemos aprofundar um pouco sobre a estruturação das parcerias públicas, enquanto alternativa administrativa. Quanto à evolução da relação estabelecida entre o Estado e a prestação de serviços públicos, iremos fazer um relato mais minudente da experiência francesa, país do onde se origina muitos dos modelos administrativos hoje adotados no Brasil. Passando à experiência brasileira, o foco se dará no perfil da estrutura administrativa nacional e suas sucessivas reformas, as quais jamais pretenderam repensar, efetivamente, o modelo administrativo do Estado nacional.

1.1 EVOLUÇÃO DO ESTADO E DAS PARCERIAS PÚBLICAS

Demonstra-se impossível qualquer tentativa de compreensão de um fenômeno político-social dissociado de seu contexto histórico, de forma que a

presente seção secundária inicia pela apresentação de um panorama geral dos acontecimentos relevantes desde o final do século XIX, ocorridos tanto no âmbito internacional – em especial as transformações verificadas na França – como no nacional.

1.1.1 Contextualização histórica internacional

A noção de parceria pública somente pode ser adequadamente compreendida a partir de sua contextualização em uma perspectiva histórica, em que sejam postos em evidência os fatores históricos preponderantemente envolvidos nas transformações verificadas nas formas de atuação do poder público desde o final do século XIX até os dias de hoje e seus desdobramentos nos modelos de atuação estatal. Aponta-se que a idéia de parceria pública, no início, era restrita a uma conformação de gestão delegada, envolvendo, principalmente, os institutos da concessão e da permissão, sendo que, atualmente, houve uma considerável ampliação nas formas admissíveis de relacionamento.

1.1.1.1 Do final do século XIX até a Primeira Guerra

A presente exposição inicia pela apresentação de um panorama geral dos principais acontecimentos verificados nesse período histórico, especialmente as transformações decorridas na noção francesa de *gestion déléguée*, país de origem do modelo administrativo brasileiro.

Os municípios franceses, até os últimos anos do século XIX, desenvolviam uma lógica mais voltada à realização de obras públicas do que de prestação de serviços públicos, de modo que as primeiras modalidades de concessões ocorreram para a execução de obras públicas, na construção de infraestrutura pública, podendo haver, após a sua conclusão, o estabelecimento de concessão de serviço público visando sua exploração. A França, assim como os demais países europeus que, naquele determinado momento histórico – final do

século XIX - experimentavam um crescente e acelerado processo de industrialização e de urbanização, estabeleceu debate sobre o *socialisme municipal* (RAYMUNDIE, 1995, p. 19), ou seja, quanto ao modo de produção e gestão a ser utilizado para o trato das questões públicas, quais sejam o público ou o privado. Diante de tal debate, em razão do contexto liberal francês, desfavorável a uma maior intervenção estatal, a jurisprudência estabelecida pelo *Conseil d'État* adotou posição protecionista da iniciativa privada, entendendo que a execução direta de obras públicas prejudicava a concorrência e distorcia as leis de mercado em questões que deveriam ser atendidas pelas empresas privadas. Por outro lado, na Inglaterra, na Alemanha e na Itália, a opção por um papel mais atuante do poder público ganhou mais força em relação ao modelo francês.

Os defensores do *socialisme municipal*, contrariamente ao posicionamento do *Conseil d'État*, entendiam que as municipalidades não poderiam estar impedidas de atuar em todas as questões de interesse da coletividade, até mesmo aquelas relacionadas a assuntos econômicos, bem como questionavam - numa discussão que se repete até os dias atuais - se não seria mais aconselhável a hipótese de o poder público criar e gerir diretamente determinado serviço público, por seus próprios meios, do que permitir que uma empresa privada obtivesse lucro com a exploração de um serviço público considerado essencial.

Como conclui Raymundie (1995, p. 20):

La volonté de limiter les recours à la régie s'explique par le désir de protéger le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui en définitive contonnait, dans la philosophie de l'époque, les régies dans les spécialité administrative. Dès lors, la philosophie libérale de la loi d'Allarde interdisait pratiquement toute gestion directe s'un service dont l'objet est similaire à celui d'une entreprise privée (C. Mondou, *Le choix de la destion déléguée*, Th. Marseille 1994, p. 49 et s.).

Di Pietro acrescenta, nesta equação, a influência da própria crise do Estado Liberal e suas “conseqüências funestas no âmbito econômico e social” (2005, p. 26), num cenário em que as grandes empresas prestadoras de serviços públicos se transformaram em monopólios, expulsando as empresas de pequeno porte. Além disso, o surgimento de um proletariado miserável e ignorante -

como reflexo da revolução Industrial Inglesa e de sua expansão mundial – ajudou a minimizar o não-intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo, uma vez que seus princípios, naquela remota época, já não se demonstravam aptos ao atendimento das promessas da modernidade (liberdade, igualdade e fraternidade).

Visível, portanto, nessa primeira fase referida, a forte influência do ideário liberal, defensor de um modelo de Estado minimamente interventor, prestador de uma esfera mínima de serviços, devendo permitir que a iniciativa privada realizasse e explorasse serviços que não correspondiam ao limitado papel a ser desempenhado pelo poder público.

1.1.1.2 Do período entre-guerras até o final da Segunda Guerra

Após a Primeira Guerra, os seus graves reflexos nas economias européias, a desorganização dos serviços públicos, o encarecimento das matérias-primas e as dificuldades de reconstrução, produziram uma modificação nessa dinâmica, especialmente na França, momento em que diversas municipalidades passaram a desempenhar, diretamente, vários serviços públicos, em vista da impossibilidade de os concessionários continuarem a prestá-los adequadamente, especialmente nas áreas de fornecimento de água, energia elétrica, gás e transportes. O *Conseil d'État* francês, nesta feita, aplicando a teoria da imprevisão, entendeu que os concessionários deveriam se adaptar à nova realidade ou se submeter aos termos dos contratos firmados.

Verificou-se assim, após o final da Primeira Guerra, certo fortalecimento do *socialisme municipal*, tendo sido editado, por exemplo, em 28 de dezembro de 1926, decreto estabelecendo, em seu artigo primeiro, que as municipalidades estavam autorizadas a explorar, após prévia autorização pela *autorité de tutelle*, serviço de interesse público de natureza industrial ou comercial (RAYMUNDIE, 1995, p. 20). O *Conseil d'État*, em 1930, através de sua jurisprudência, procurou enquadrar a atuação direta das municipalidades, construindo, assim, diante da ausência de recursos públicos suficientes, como resultado da Crise de 1929, um

espaço próprio para as concessões de serviços públicos – financiadas por capitais privados -, localizado entre a prestação direta de serviços pelo poder público e a execução de serviços reputados como essencialmente privados. Luís Martin Rebollo (apud MOREIRA NETO, 2005, p. 3) percebeu que as modificações ocorridas decorriam de um duplo fenômeno, de caráter político e econômico:

[...] a aparição de atividades empresariais públicas de caráter industrial (que não se poderia dizer que fossem serviço público porque com respeito a elas o Estado se comportava como um particular) e a simultânea aparição de serviços até o momento considerados públicos que estavam geridos, não obstante, por entes privados.

Interessante aportar, neste ponto, a leitura de Moreira Neto ao comentar o conceito francês de serviço público e os fatos verificados naquele país a partir do final da década de 1920. Segundo ele (2005, p. 2, grifo do autor):

Este conceito originário sofreu seu primeiro enfrentamento dos fatos quando admitiu que a gestão de certos serviços pudesse se subtrair regime público e se submeter ao regime privado, tal como se começou a praticar na Europa a partir dos fins da segunda década do século XX, com vistas a tornar mais eficiente e menos burocratizadas as atividades que fossem **predominantemente econômicas**.

Ocorria então o que o sempre lembrado JEAN-LOUIS CORAIL batizou exitosamente de ‘a crise do serviço público’, levando a admitir-se a revisão de algumas das premissas originais para que se pudessem submeter os serviços públicos ao que seria um regime misto – público e privado – com o melhor de cada um deles.

A Crise de 1929, iniciada, em outubro, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, desencadeou, durante a década de 30, um período de grande depressão econômica no mundo capitalista, representando uma ameaça estrutural ao sistema anglo-saxão, então economicamente dominante, criando condições para que potências capitalistas de médio porte (Alemanha, Itália e Japão, por exemplo), fortemente atingidas pela crise, e que não encontravam espaço nesse sistema, optassem não por se contrapor a esse sistema global estabelecido, mas por criarem subsistemas regionais autônomos dentro da ordem vigente (VIZENTINI, 1998).

A Grande Depressão foi caracterizada por um número astronômico de falências e de massas de desempregados, havendo, no entanto, paradoxalmente, uma crise cíclica de superprodução, ou seja, havia uma produção excessiva e uma população carente de produtos. Como solução, os governos adotaram – outro paradoxo – a solução de destruir os excedentes de produção, de forma a aumentar o preço dos produtos e retomar a lucratividade do mercado.

A crise estabelecida atingiu todos os países capitalistas, na intensidade de sua participação no mercado mundial, gerando um protecionismo comercial acentuado, contrapondo as “potências ricas”, detentoras de grandes impérios coloniais, bem como reservas financeiras e materiais (ex: Estados Unidos, Grã-Bretanha e França), e as “potências pobres”, carentes de colônias e recursos naturais, além de relativamente superpovoadas (ex: Alemanha, Itália e Japão). As fracas tradições liberais nestes últimos países, a depressão econômica e a agitação social decorrente serviram de fatores desencadeantes para a ascensão ou radicalização de regimes autoritários.

Some-se, ainda, o fato de as classes trabalhadoras desempregadas ou empobrecidas adotarem uma postura cada vez mais radical nos países capitalistas e a preocupação das forças conservadoras com a expansão dos partidos de esquerda, em decorrência da decepção ocidental ao capitalismo, na medida em que, na URSS, era lançado o primeiro Plano Quinquenal, através do qual se pretendia, com recursos próprios, face à ausência de investimentos privados externos e a marginalização do comércio internacional, uma coletivização da agricultura e uma industrialização acelerada. Com isso a URSS consolidou sua base socialista e ascendeu à condição de potência industrial, em contraposição à crise ocidental, tendo, em meados dos anos 30, praticamente eliminado o desemprego, causando grande admiração nos trabalhadores do Ocidente. Como resultado desse processo, criou-se, na percepção das forças mais conservadoras, “o espectro de uma revolução mundial, que se sobrepunha às disputas entre potências capitalistas” (VIZENTINI, 1998).

Conforme o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1996, p. 15), a Primeira Guerra e a Grande Depressão constituem o marco da crise do

mercado e do Estado Liberal, momento histórico que demandou o surgimento de um novo modelo de Estado, com a atribuição de desempenhar papel ativo na “promoção do desenvolvimento econômico e social”, passando a titular um:

[...] papel estratégico na coordenação da economia capitalista, promovendo poupança forçada, alavancando o desenvolvimento econômico, corrigindo as distorções do mercado e garantindo uma distribuição de renda mais igualitária.

As condições políticas e econômicas verificadas no mundo, no período compreendido entre o início da Primeira Guerra Mundial e o final da Segunda Guerra, conforme Moreira Neto (2005, p. 3), que aborda o caráter dos serviços públicos europeus nesse período, aponta que se verificava à época

[...] uma formidável ampliação das atividades estatais, seguindo a orientação ideológica dominante, voltada a realizar uma **dúplice política governamental**: primeiro, a se solucionar **todos os problemas** por meio do Estado e, segundo, a de reforçar ao máximo a **segurança nacional**, em um período marcado por extrema beligerância entre as nações (grifo do autor).

O segundo objetivo apontado por Moreira Neto (2005, p. 3) – o da segurança nacional – teve uma extraordinária influência sobre o perfil das administrações públicas européias, que quais se pautaram por

[...] uma complexa **ideologia do poder**, que exigia o fortalecimento do Estado para atuar como se fosse um indultor de acréscimos de poder e com um papel de preceptor da nacionalidade, intervindo, por isso, na atividade econômica por meio de empresas estatais, arrecadando que tributos fossem necessários para armar fortes aparatos bélicos e para criar indústrias aptas a sustentá-los, tudo isso, ditando um direito comprometido com a doutrina esposada e, por isso, predominantemente público e concentrador de autoridade. (grifo do autor).

Como resultado, o papel desempenhado pelas empresas privadas na prestação de serviços públicos, numa realidade de definição de setores públicos ditos estratégicos - ainda mais pela possibilidade de seu controle financeiro não estar localizado no país da prestação dos serviços – foi sensivelmente reduzido, na medida em que os governos associados a fortes ideologias do poder não

poderiam permitir que tais espécies de serviços não ficassem afeitas a um restrito controle do Estado. O ingresso do poder público na vida econômica, através do desempenho direto e exclusivo – principalmente – de serviços públicos ou da exploração de recursos naturais essenciais, por meio de empresas de capital público criadas especialmente para essas atividades, substituiu a atuação privada nesses setores.

Retornando a Moreira Neto (2005, p. 3), este resume sinteticamente este momento histórico e os objetivos principais pretendidos:

No curso do processo, o próprio conceito adotado, de **Estado concorrente** na economia, logo se radicalizaria para o conceito de **Estado monopolista**, que haveria de ser o último passo necessário para atender ao tríplice objetivo político assinado pelos países nessa época: primeiro, nacionalizar certas atividades; segundo, elevar indiretamente as contribuições aos erários; e terceiro, assegurar a disponibilidade estatal prioritária de bens e de serviços no caso de conflitos. (grifo do autor).

Nesta segunda fase, ocorreu, em seus primeiros momentos, o início de uma abertura para que o poder público – até mesmo em razão das condições econômicas então existentes – passasse a gerir diretamente alguns daqueles serviços prestados antes exclusivamente por empresas privadas. Houve, assim, uma retração quanto ao ideário liberal de não-intervencionismo estatal, processo que se tornou mais agudo após a Revolução de 1917, a Crise de 1929 e o surgimento do nazismo, na Alemanha, e do fascismo, na Itália.

1.1.1.3 Do período posterior à Segunda Guerra

A devastação social e econômica produzida pela Segunda Guerra – assim como a Primeira –, sobretudo na Europa, deu origem, nas décadas seguintes, a um modelo de Estado de perfil eminentemente intervencionista e protetor – principalmente no período pós-45 –, cuja administração passou a desempenhar, ao longo do tempo, um papel cada vez mais intervencionista nas diferentes esferas da vida econômica, social e cultural.

Interessa mencionar que esse período foi vivenciado de forma específica na França. O perfil do *socialisme municipal* francês, diverso do municipalismo alemão, de caráter mais intervencionista e restritivo, permitiu, durante todo o século XX, o desenvolvimento de fortes grupos privados prestadores de serviços públicos, fortemente inseridos na vida da sociedade francesa, tendo em vista a adoção de políticas empresariais claras, indispensáveis à captação de investimentos por parte dos cidadãos franceses, bem como a sistemática de permitir que as filiais locais adaptassem os serviços prestados às necessidades específicas de cada municipalidade. No período de reconstrução do pós-guerra o papel desempenhado por esses grupos foi relevante.

No final da década de 1950, o governo francês solicitou que a *Caisse des dépôts et consignations* (CDC) – instituição criada em 1816, voltada a intervir no desenvolvimento urbano - empregasse parte de seus recursos em prol do país, resultando, assim, em sociedades de economia mista, constituídas pela CDC ou suas filias (por exemplo, a *Société centrale d'équipement du territoire* - SCET e a *Société centrale immobilière de construction* - SCIC) e as municipalidades.

É preciso esclarecer a então existente rivalidade entre os grupos econômicos prestadores de serviços públicos – de caráter evidentemente privado – e as sociedades decorrentes do envolvimento da CDC, que as proclamava como públicas, produzindo modos diversos de gerência dos serviços públicos (PRÉFONTAINE et al., 2001, p. 22).

Não se pode deixar de mencionar que o Estado passou a um perfil eminentemente protetor, abandonando, no entanto, o modelo extremado de estatização, uma vez que era necessário, como indica Moreira Neto (2005, p. 4, grifo do autor) “**recompôr a afetada autonomia da sociedade**” e “**recuperar a desgastada dignidade da pessoa**”.

O aparelho administrativo do Estado, resultante, tornou-se, paulatinamente, pesado e burocrático, cujos custos de manutenção demandavam um endividamento crescente, razão pela qual os países industrializados, a partir das últimas décadas do século passado, realizaram profundas reformas em suas estruturas públicas, repensando o papel a ser desempenhado pelo Estado,

desvinculando-se, progressivamente, de determinadas atividades, tais como a exploração dos recursos naturais - antes tidos como recursos estratégicos, cujo controle e exploração deveriam sob a responsabilidade exclusiva do Estado - e concentrando-se em outros setores reputados como essenciais, notadamente, saúde, seguridade social, emprego e justiça (BEAUREGARD, 1994 apud PRÉFONTAINE et al., 2001, p. 4).

Duas razões podem ser apontadas como fatores de desencadeamento do processo de modificação do papel do Estado (PRÉFONTAINE et al., 2001, p. 4):

D'une part, surtaxés et leur capacité de payer diminuée, ils ont exercé de multiples pressions afin que l'appareil gouvernemental s'amenuise et que le secteur public gère les biens publics avec une efficience accrue (Guay, 1997). D'autre part, témoins de la transformation de l'économie mondiale due à l'essor considérable des technologies de l'information et de la communication (TIC) et à la globalisation des marchés, ils sont vite devenus des consommateurs avertis et ont exigé de l'État qu'il modernise la prestation des services publics et en améliore la qualité (Éthier, 1994).

De tal modo, o esgotamento da capacidade contributiva dos cidadãos franceses para financiar uma máquina pública endividada e alegadamente não-comprometida com critérios definidos de eficiência - bem como as transformações ocorridas na economia mundial, em decorrência do acelerado avanço das tecnologias de comunicação e informação, no cenário de um processo de crescente globalização dos mercados mundiais - deu origem a que esses cidadãos - mais exigentes e informados -, se vissem como consumidores de serviços públicos, aptos, portanto, a exigir do poder público a modernização dos modos de prestação dos serviços públicos oferecidos, assim como a melhoria de sua qualidade e eficiência. Heeks (1999) citado por Préfontaine e outros (2001, p. 4) trabalha, ainda, com uma terceira razão que, em realidade, se traduz como a causa da primeira das razões referidas, qual seja o crescente nível de endividamento nacional para a manutenção da estrutura da máquina administrativa que, a seu ver, conduziu os países europeus a uma verdadeira reinvenção das formas de governança.

Vários países, a partir do início da década de 80, deram início a diferentes programas de reforma da administração pública. Na França, a exploração de recursos naturais, tais como a gestão da água e da eletricidade e a realização de grandes projetos de infra-estrutura, foi permitida às empresas privadas. No caso dos Estados Unidos e do Canadá, o movimento privatista foi menos acentuado, onde o processo de ruptura do paradigma da exploração direta estatal de determinadas atividades deu-se não pela forma da privatização, mas da subcontratação de empresas privadas ou da delegação quanto à exploração de determinados serviços (DONOHUE, 1989 apud PRÉFONTAINE et al., 2001, p. 5).

A Grã-Bretanha, no aspecto das inovações introduzidas, foi vanguardista, especialmente em razão do vasto programa de privatização de várias atividades até exploradas diretamente, pertinentes, por exemplo, à exploração direta das reservas naturais, do transporte e das comunicações.

No caso específico do governo britânico, a crise do petróleo, de 1973, e a intervenção do Fundo Monetário Internacional, em 1976, impuseram um dramático declínio nos investimentos de infra-estrutura realizados, obrigando os sucessivos governos Conservador e Trabalhista a adotarem uma política de cortes substanciais nos programas governamentais de investimento, durante as duas últimas décadas do século passado, associada a uma política de privatizações sistemáticas das empresas controladas pelo Governo⁵, sob a justificativa da necessidade de redução do tamanho do Estado, obtendo, assim, um ingresso de receitas extraordinárias, que se somaram aos lucros provenientes

⁵ Como decorrência da política de redução de investimentos públicos, por outro lado, em meados da década de 80, o governo britânico foi demandado por diversas entidades representativas de setores econômicos (*Confederation of British Industry*, pela *Federation of Civil Engineering Contractors* e pelo *National Economic Development Council*, hoje extinto), as quais denunciavam o estado de deterioração da infra-estrutura governamental, bem como o impacto potencial que decorreria da continuidade da política de redução dos investimentos necessários à manutenção e à ampliação da rede de bens e serviços públicos. Como solução, foi pleiteada um incremento nos investimentos públicos na área de investimentos em infra-estrutura e o abrandamento das restrições previstas no *External Financial Limits* aplicável às empresas estatais, que limitava a possibilidade dessas empresas estatais buscarem financiamento externo a seus projetos. Em resposta, o Governo Conservador, atendendo essa demanda interna, dobrou o investimento do programa de construção de estradas, passando este a totalizar doze bilhões

da companhia petrolífera estatal do Mar do Norte (*North Sea Oil*), potencializadas em vista da explosão do preço internacional do petróleo, terminando por equilibrar as contas públicas daquele país.

Objetivando realizar o controle do processo inflacionário, bem como atender as condições da política fiscal estabelecida pelo Tratado de Maastricht⁶ como requisito para que o Reino Unido pudesse integrar a União Monetária Européia (“European Monetary Union”), o Governo Conservador de Margareth Thatcher deu início, na década de 80, a um programa de elevada restrição fiscal, com a contenção tanto dos gastos como da dívida pública, tendo como objetivo político fundamental a redução do tamanho do Estado, permitindo a este exercer suas atribuições com maior eficiência. Visava essa nova política superar, expressamente: a) a estagnação econômica inglesa verificada desde os anos 60; b) os crescentes déficits nas contas públicas; e, c) o inchaço da máquina pública.

Uma das primeiras políticas a ser institucionalizada foi o estabelecimento de uma ampla privatização das empresas controladas pelo Governo, a qual foi continuada por seu sucessor John Major⁷ (“Conservative Party”) e mantida pelo Primeiro-Ministro Trabalhista Tony Blair (“Labour Party”), perspectiva essa que foi objeto de duras críticas ao longo do tempo. Essa ênfase inicial foi substituída, posteriormente – em razão do próprio esgotamento das possibilidades concretas do modelo –, por uma nova fase, na qual o setor privado passou a planejar, construir, manter e operar instalações governamentais ou prestar, diretamente, serviços públicos ao próprio Governo ou à população em geral. Contrariamente à sistemática tradicional de capitalização governamental, fundada em financiamentos obtidos pelo poder

de libras esterlinas, além de elaborar um programa suplementar de construção e operação de rodovias pelo setor privado, denominado *corridors of opportunity*.

⁶ Uma das condições previstas pelo Tratado de Maastricht era que os países membros observassem, para os gastos públicos, o limite de 40% dos respectivos Produtos Internos Brutos (PIB), bem como a obrigação quanto à redução dos déficits orçamentários então existentes a tão-somente 3% do PIB.

⁷ O Primeiro-Ministro John Major deu continuidade à política Thatcher de redução do setor público, ampliando sua desregulamentação, introduzindo “princípios de mercado” no atendimento dos serviços públicos - abrindo espaço para uma competição direta entre os setores privado e público para a prestação de serviços públicos -, além de reorganizar, por fim, algumas funções governamentais em agências de regulação.

público ou nos fundos resultantes de tributos recolhidos com a finalidade de financiar projetos de infra-estrutura - Estado como agente ativo do processo -, o Reino Unido propôs procedimento que permitisse, de forma controlada - Estado como agente passivo, mas regulador do processo -, associar a capacidade de investimento de capital do setor privado e suas qualidades de gerenciamento, objetivando, precipuamente, alcançar um salto de qualidade nos serviços prestados e bens fornecidos, além de uma substancial redução dos custos envolvidos. O desiderato subjacente a essas políticas era a instituição de um novo paradigma estatal, em que não mais se pensasse em termos de *administração pública* (“public administration”), mas de *gerência pública* (“public management”).

Ultrapassamos, hodiernamente, a fase quanto à definição da adoção ou não desse modelo de redução do tamanho do Estado e do incremento das modalidades de colaboração. Estamos, hoje, vivenciando a discussão, dentro de um contexto de diversificação de modos prestacionais, daqueles efetivamente compatíveis com a prestação de um serviço público eficaz, eficiente e de qualidade. Além do mais, originalmente, vislumbrava-se o estabelecimento de modos de colaboração tão-somente diante de uma relação entre o Estado e o setor privado, enquanto que atualmente já se discute, em determinadas situações, a relevância quanto à pactuação de acordos, de tal natureza, entre entes públicos.

Essa nova gerência pública possui, como um de seus fundamentos, a conveniência de os governos lançarem mão da capacidade administrativa do setor privado, aplicáveis à concepção, produção e exploração de serviços públicos eficazes e eficientes (PRÉFONTAINE et al., 2001, p. 5). Todas as soluções propostas estão baseadas em três pontos (HEEKS, 1999 apud PRÉFONTAINE et al., 2001, p. 5): a) progressiva desvinculação do Estado quanto à prestação de determinadas categorias de serviços públicos não-estatais; b) incremento das formas de parceria entre o Estado e o setor privado, visando a prestação de serviços públicos; e, c) aplicação massiva dos recursos de

informática e comunicação como fator de melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos colocados à disposição da sociedade.

Importante perceber que, no âmbito mundial, em menor ou maior grau, e em diferentes momentos históricos, os governos nacionais, admitindo uma realidade de crescentes demandas por serviços públicos eficazes, eficientes e de qualidade associada a um endividamento público em expansão, passaram a encarar a solução da diversificação das formas colaborativas para a prestação de serviços públicos, antes pertencentes à esfera exclusiva do poder público, como uma alternativa pertinente à realidade concreta das administrações públicas, não constituindo, no entanto, ressalta-se, uma solução mágica, capaz de solucionar todas as carências existentes.

Atualmente, o debate quanto à prestação dos serviços públicos tem se preocupado com o estabelecimento de novos modelos de colaboração, tal como a modelagem da parceria público-privada, hoje já cotidianamente incorporada aos ordenamentos jurídicos de diversos países.

1.1.1.4 Razões do sucesso do modelo francês de gestão delegada

O sucesso de algumas experiências internacionais de gestão delegada tem sido utilizado para justificar a aplicação, no Brasil, de um perfil abrangente de descentralização administrativa, como se o êxito daquelas decorresse unicamente do próprio modo de gestão utilizado, independentemente de outros fatos igualmente importantes. A realidade administrativa francesa, de onde é originária, em essência, nossa doutrina administrativa, apresenta algumas características peculiares, as quais, hoje, transformação em uma alternativa viável a gestão delegada.

Em que pese a tradição centralista francesa, o Estado nunca exerceu um papel principal, atuante na prestação de serviços públicos, mas sim o papel de gestor de recursos e iniciador dos grandes projetos urbanos.

1.1.2 Contextualização histórica brasileira

Já o modelo histórico brasileiro, em que pese adotar o perfil francês como modelo básico de estruturação da administração pública, difere, profundamente, no que tange ao estabelecimento de parcerias do ente público com agentes privados. Em nosso caso, o poder público, via de regra, sempre foi o ponto gerador e condutor do desenvolvimento econômico, até mesmo pela baixa capacidade de poupança de nossa população, diversamente do observado nos países europeus.

De tal modo, não temos, diversamente do observado na França, uma grande tradição quanto à prestação de serviços públicos por entes privados. Foi exatamente na última década que essa proposta de transferência da execução de determinados serviços públicos - por organizações não-governamentais - ganhou, sendo patrocinada pelo próprio poder público, sob a justificativa de ampliação da eficiência e da qualidade desses serviços.

Interessa-nos, a partir deste ponto, apresentar um resumo sintético da evolução histórica do modelo administrativo brasileiro, desde o momento da Independência de Portugal até a edição da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, à Constituição Federal, emenda essa que acabou passando para a história como a emenda da Reforma Administrativa, a qual, como será abordado a frente, objetivou - retoricamente, aliás - estabelecer as bases de um novo modelo administrativo no país.

1.1.2.1 Breve histórico das reformas administrativas no Brasil

As origens do modelo de reforma administrativa adotado no Brasil não são endógenas, tendo o governo brasileiro apenas seguido uma lógica mundial, apoiada por diversos programas patrocinados por órgãos desenvolvimentistas da Organização das Nações Unidas e pelo Banco Mundial, cujo nascedouro se encontra na realidade político-administrativa dos países desenvolvidos do hemisfério norte do planeta, tendo sido o modelo resultante posteriormente transplantado - sem o devido filtro - ao hemisfério sul.

1.1.2.1.1 Perfil administrativo nacional: da Independência ao Estado Novo

A Independência de Portugal não trouxe, ao sistema político governamental, alteração substancial, uma vez que não ocorreu a superação do paradigma da monarquia absolutista, que resta demonstrado pelo modelo da primeira Constituição do Império, de 1824 – outorgada, por sinal – a qual, seguindo tradição portuguesa, previa, em seu artigo 98, a existência de um poder moderador, exercido direta, privativa e inviolavelmente pelo Imperador, enquanto chefe de toda a organização política, com a atribuição de velar pela manutenção da Independência, e pelo equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.

Como referido, o Poder Moderador era exercido pelo Imperador, com os seguintes poderes estabelecidos pela Constituição do império (artigo 101):

- I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43.
- II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.
- III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.
- IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.
- V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.
- VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.
- VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.
- VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.
- IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

A organização política do Estado brasileiro, nesse dado momento histórico – e que se manteve inalterada durante todo o período do Império, até a proclamação da República -, conforme Adriano de Bortoli (2000, p. 114), “enfrentava suas contradições internas, ora tendendo à mão absolutista, ora aos anseios liberais”, de forma que o poder governamental “era terreno vasto e fértil

para o controle social através das práticas caudilhistas” e os cargos públicos conferiam verdadeiro status de nobreza aos seus detentores, compondo o “patronato”, “instrumento em que a aristocracia burocrática, o estamento superior, se expande e sustenta”.

Como critica Raymundo Faoro (1996, p. 390-391 apud BORTOLI, 2000, p. 115):

Não se trata de uma classe, grupo ou camada que se apropria do Estado, do seu mecanismo burocrático, para o exercício do governo. Uma categoria social, fechada sobre si mesma, manipula lealdades com o cargo público, ela própria, sem outros meios, assentada sobre as posições políticas. Entre a carreira política e a dos empregos há uma conexão íntima e necessária, servindo o Estado como o despenseiro de recursos, para o jogo interno da troca de vantagens. Essa coluna parte do imperador e vai até às eleições paroquiais, articula-s na vitaliciedade e se projeta nas autoridades policiais e judiciárias donas dos votos, no manejo caricato da soberania popular.

A Proclamação da República trouxe uma modificação importante no sistema sócio-político, dando origem a uma dinâmica em que ganharam importância os governadores - cuja sustentação, por sua vez, estava no fenômeno do coronelismo - e que resultou na política do café com leite, em que São Paulo e Minas Gerais se revezavam no exercício do poder central. No final da década de 1920, ocorreu a ruptura desse pacto entre as oligarquias paulistas e mineiras, de forma que Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, em razão da derrota eleitoral de sua chapa, nas eleições de março de 1930, operaram uma revolta que resultou na tomada do poder por Getúlio Vargas. É com Vargas que o perfil da administração pública sofre maior modificação, sendo definitivamente superado o modelo de Estado patrimonialista (Império) e introduzido um modelo de “Estado orientador, alheio às competições, paternalista, sob o controle de um líder e sedimentado numa burocracia superior, estamental e sem obediência a imposições de classe” (BORTOLI, 2000, p. 117).

1.1.2.1.2 Reforma da década de 1930

O modelo de administração pública burocrática, no Brasil, teve início exatamente com Getúlio Vargas, a partir de sua chegada à Presidência da República, num cenário de acelerada industrialização nacional, cujos problemas decorrentes exigiram que o poder público interviesse pesadamente no setor produtivo de bens e serviços.

A partir da reforma empreendida no governo Vargas por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes, a administração pública sofre um processo de racionalização que se traduziu no surgimento das primeiras carreiras burocráticas e na tentativa de adoção do concurso como forma de acesso ao serviço público. A implantação da administração pública burocrática é uma consequência clara da emergência de um capitalismo moderno no país. (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 24-25).

A Constituição de 1934, em seus artigos 168 e 169, estabelecia duas importantes novidades: a estabilidade no serviço público e o ingresso, em cargo público de carreira, mediante aprovação em concurso público. Pode esta ser compreendida como a primeira reforma administrativa brasileira.

Art. 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

Art. 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público. (POLETTI, 2001, p. 173).

O governo, através da Lei n.º 51, de 14 de maio de 1935, determinou a constituição de uma comissão, que passou para a história como a *Comissão Nabuco* - mas que, em realidade, era uma subcomissão de uma Comissão Especial, composta por representantes dos poderes Executivo e Legislativo, sendo presidida, aquela, pelo diplomata Maurício Nabuco -, encarregada de elaborar um estudo visando à reorganização administrativa do Estado e a revisão geral dos vencimentos dos servidores públicos, cujo relatório, apontando

a situação caótica da administração de pessoal, foi apresentado a 25 de setembro daquele mesmo ano. Entre suas propostas estava a reorganização do quadro de pessoal, com a redução de sobreposições de cargos com idênticas atribuições e a criação de órgão próprio para efetuar o provimento dos cargos públicos. Interessa mencionar que o relatório da *Comissão Nabuco* foi submetido, por determinação do Ministro da Fazenda, a uma outra comissão, então presidida pelo Deputado José Bernardino, que se preocupou apenas com o impacto financeiro, nas contas públicas, da aplicação das propostas do relatório original. Diante do impasse resultante dos dois relatórios, foi a matéria encaminhada ao Presidente da República, o qual, por sua vez, constituiu nova comissão – *Comissão do Reajustamento*, como foi chamada – para propor soluções para o problema do reajustamento. O relatório da *Comissão de Reajustamento*, apresentado ao Presidente Vargas, retoma as idéias da *Comissão Nabuco*, resultando na promulgação, em 28 de outubro de 1936, da Lei n.º 284, criando o Conselho Federal do Serviço Público Civil (CFSPC), que pode ser considerado o “marco histórico inicial da reforma da administração de pessoal no Brasil” (BORTOLI, 2000, p. 120).

Deu-se, assim, início a uma efetiva modernização administrativa, reduzindo-se as práticas patrimonialistas, clientelistas e fisiológicas do pretérito modelo de administração pública brasileira.

A Constituição de 1937 (artigo 67, alínea *a*), por sua vez, aprofundou as idéias da *Comissão Nabuco*, tornando concreta sua proposta quanto à criação de um departamento administrativo voltado ao

[...] estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público [...] (PORTO, 2001, p. 86).

Como resultado, o Decreto-Lei n.º 579, de julho de 1938, cria o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) (PLANO DIRETOR..., 1996, P. 25), substituindo o Conselho Federal do Serviço Público Civil (CFSPC).

O DASP, de acordo com Luiz Alberto dos Santos (apud BORTOLI, 2000, p. 120), seguindo modelo do *Service commission* do governo americano, tinha duas finalidades: “melhoria dos padrões éticos” dos servidores públicos e a “garantia de aperfeiçoados padrões de competência técnica”.

O Plano Diretor, a respeito do DASP, e do papel por ele desempenhado, tece crítica contundente.

No que diz respeito à administração dos recursos humanos, o DASP representou a tentativa de formação da burocracia nos moldes weberianos, baseada no princípio do mérito profissional. Entretanto, embora tenham sido valorizados instrumentos importantes à época, tais como o instituto do concurso público e do treinamento, não se chegou a adotar consistentemente uma política de recursos humanos que respondesse às necessidades do Estado. O patrimonialismo (contra o qual a administração pública burocrática se instalara), embora em processo de transformação, mantinha ainda sua própria força no quadro político brasileiro. O coronelismo dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo. (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 25)

Em decorrência das condições políticas daquele determinado período histórico e da falta de apoio do Presidente Vargas à sua implantação concreta, a reforma anunciada não obteve sucesso em coibir realmente a permanência de práticas clientelistas na administração pública.

A Constituição de 1946 não importou em avanço em relação ao estado anterior, sendo relevante apenas os seus artigos 186 e 188 (BALEEIRO e LIMA SOBRINHO, 2001, p. 112), os quais previam a obrigatoriedade de concurso público para a investidura em cargo de carreira – ao menos a primeira investidura – além de critérios para a obtenção da estabilidade. Getúlio Vargas, em seu retorno à Presidência, aprovou, em 1951, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis (Lei Federal n.º 1.711/52), bem como elaborou

[...] anteprojeto de Reforma Geral da Administração Federal, que abordou pela primeira vez o tema da descentralização, da institucionalização do planejamento e da coordenação intragovernamental, e iniciou os estudos destinados à organização de um quadro de carreiras [...]

[...]

Apesar dos esforços demonstrados acima as práticas clientelistas e nepotistas se sobrepuseram à racionalização formal da administração pública e reafirmaram sua utilização como forma de

viabilizar eleições e sustentar politicamente governos. (BORTOLI, 2000, p. 121).

Neste ponto, o Plano Diretor aponta que o modelo de administração implantado a partir de 1930 sofreu, ao longo do tempo, sucessivas reformas, que se caracterizavam, “em alguns casos, pela ênfase na extinção e criação de órgãos, e, em outros, pela constituição de estruturas paralelas visando alterar a rigidez burocrática” (1996, p. 25).

Esta última prática foi corriqueira durante o Governo de Juscelino Kubitchek, servindo de exemplo a *Comissão de Estudos e Projetos Administrativos*, com a atribuição de efetuar estudos tendentes à simplificação dos processos administrativos e as reformas ministeriais, e a *Comissão de Simplificação Burocrática*, visando à elaboração de projetos direcionados para reformas globais e a descentralização de serviços (PLANO DIRETOR, 1996, p. 25-26). Como bem aponta Bortoli (2000, p. 121), a execução do Plano de Metas esbarrou em uma máquina administrativa incapaz de sua implantação, o que levou Juscelino, diante da impossibilidade de reformá-lo, até em função de sua base de sustentação política ser clientelista, a criar os denominados *Grupos Executivos*, “verdadeiras estruturas administrativas paralelas orientadas por uma ação pragmática e promessas de superação das formalidades da administração pública clássica”, ou seja, houve o desrespeito às formalidades administrativas vigentes em prol da garantia da eficácia das políticas públicas propostas pelo governo.

1.1.2.1.3 Reforma de 1963

O Presidente João Goulart, em seu governo, criou o Ministério Extraordinário para Reforma Administrativa, designando o então deputado Ernani do Amaral Peixoto para a sua chefia, objetivando, mais uma vez, dar início a uma reforma estrutural ampla do aparelho do Estado. A Lei Orgânica do Sistema Administrativo Federal foi um dos resultados produzidos, sendo que diversas de suas conclusões acabaram, posteriormente, incorporadas no Decreto-

Lei n.º 200/67, dentre eles: fixação de responsabilidades, descongestionamento das chefias superiores, sistematização, racionalidade, controle, planejamento e orçamento, descentralização e coordenação (SANTOS, 1997, p. 37 apud BORTOLI, 2000, p. 122).

Aponta-se, mais uma vez, que o clientelismo não perdeu sua força, podendo ser apontado, como um dos exemplos mais marcantes, a derrubada de veto presidencial, em 1962, a projeto que incluía, no Plano de Cargos, diversos servidores que não preenchiam os requisitos mínimos exigidos.

1.1.2.1.4 Reforma de 1967

A reforma administrativa de 1967 – estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 200/67 - foi uma nova tentativa de ruptura do paradigma da rigidez burocrática, podendo ser considerado um dos primeiros momentos em que se pretendeu a implantação de uma administração pública gerencial no país.

Mediante o referido decreto-lei, realizou-se a transferência de atividades para autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. [...]

O paradigma gerencial da época, compatível com o monopólio estatal na área produtiva de bens e serviços, orientou a expansão da administração indireta, numa tentativa de "flexibilizar a administração" com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado. (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 26).

Efetivamente, a reforma administrativa de 1967 trouxe, como resultado, uma maior flexibilização da administração pública, por intermédio da adoção de mecanismos próprios de gestão similares aos utilizados pelo setor privado, sendo criadas empresas públicas, autarquias e fundações, com atuação autônoma em relação ao controle da administração direta. Na prática, o que ocorreu foi a ingerência política na contratação de servidores públicos sob o regime jurídico da consolidação das leis do trabalho e o

[...] núcleo burocrático foi, na verdade, enfraquecido indevidamente através de uma estratégia oportunista do regime militar, que não

desenvolveu carreiras de administradores públicos de alto nível, preferindo, ao invés, contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais. (PLANO DIRETOR..., 1996 p. 26).

Ou seja, houve um fortalecimento da administração indireta em detrimento da direta, uma vez que a utilização política da primeira era muito mais facilitada que da segunda.

Em meados da década de 1970, foi implantada, pelo governo federal, a Secretaria da Modernização (SEMOR), cujo objetivo era a implantação de novas técnicas de gestão, especialmente de recursos humanos.

No início da década de 1980, por sua vez, em nova tentativa, foi criado o Ministério da Desburocratização e o Programa Nacional de Desburocratização, cujos objetivos eram “a revitalização e agilização das organizações do Estado, a descentralização da autoridade, a melhoria e simplificação dos processos administrativos e a promoção da eficiência” (PLANO DIRETOR..., 1996 p. 27).

Posteriormente, foi estabelecido o Programa Nacional de Desestatização, que tinha, por meta, “conter os excessos da expansão da administração descentralizada, estimulada pelo Decreto-lei n.º 200/67” (PLANO DIRETOR..., 1996 p. 27).

1.1.2.1.5 Reforma de 1986

Em 1986, durante o governo civil de José Sarney, a Comissão Geral do Plano de Reforma Administrativa apresentou um, plano de reforma que propunha: a racionalização das estruturas administrativas, a formulação de uma política de recursos humanos e a contenção dos gastos públicos (SANTOS, 1997, p. 41-42 apud BORTOLI, 2000, p. 125).

A proposta apresentada, em realidade, traduzia, em certa medida, um retorno à situação anterior ao período militar, através de um fortalecimento da administração direta, especialmente por meio da reunificação dos regimes jurídicos dos servidores públicos no regime estatutário.

É preciso reconhecer que os resultados desta reforma foram reduzidos em razão de dois fatores preponderantes: em primeiro lugar, o momento de

transição política, com o retorno à democracia, e, em segundo, a instituição de uma Assembléia Nacional Constituinte, com poderes para reestruturar, amplamente, o modelo administrativo nacional.

1.1.2.1.6 A Constituição de 1988

O Plano Diretor (1996, p. 27-28) acusa a Constituição de 1988 de promover um verdadeiro retrocesso nos rumos de uma administração pública gerencial.

As ações rumo a uma administração pública gerencial são, entretanto, paralisadas na transição democrática de 1985 que, embora representasse uma grande vitória democrática, teve como um de seus custos mais surpreendentes o loteamento dos cargos públicos da administração indireta e das delegacias dos ministérios nos Estados para os políticos dos partidos vitoriosos. Um novo populismo patrimonialista surgia no país. De outra parte, a alta burocracia passava a ser acusada, principalmente pelas forças conservadoras, de ser a culpada da crise do Estado, na medida em que favorecera seu crescimento excessivo.

A conjunção desses dois fatores leva, na Constituição de 1988, a um retrocesso burocrático sem precedentes. Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta.

Este retrocesso burocrático foi em parte uma reação ao clientelismo que dominou o país naqueles anos. Foi também uma conseqüência de uma atitude defensiva da alta burocracia que, sentindo-se injustamente acusada, decidiu defender-se de forma irracional.

Ainda segundo o Plano Diretor, a Constituinte de 1988 produziu dois resultados preponderantes. O primeiro foi a interrupção do caminho natural a uma administração pública gerencial, sendo reforçados os ideais de uma administração pública burocrática clássica. O segundo, “a ingerência patrimonialista no processo, a instituição de uma série de privilégios, que não se

coadunam com a própria administração pública burocrática”. (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 28).

1.1.2.1.7 Reforma Collor

O governo Collor, inspirado por um autoritarismo desorientado, atacou o que considerava as distorções decorrentes da Constituição de 1988, adotando posturas equivocadas, as quais, no final, apenas agravaram os problemas existentes, especialmente pelo verdadeiro ataque perpetrado contra os servidores públicos, uma vez que o plano inicial do governo era a dispensa de 360.000 servidores públicos, reduzindo o tamanho da administração pública, a qual passaria a funcionar apenas com os bons servidores. O resultado foi apenas a desorganização administrativa – confisco salarial, extinção ou fusão de órgãos, venda açodada de bens públicos, por exemplo -, que contribuiu, em muito, para o aumento no número de casos de corrupção.

O governo Itamar Franco buscou, essencialmente, alcançar a recomposição dos vencimentos dos servidores públicos.

1.1.2.1.8 Perfil geral do Plano Diretor

Fernando Henrique Cardoso, em seu programa de governo⁸ para o primeiro mandato presidencial (WALD, 1996, p. 134), reconheceu a importância das parcerias entre os setores público e privado para a gestão ou o financiamento de projetos de desenvolvimento científico e tecnológico, essenciais, a seu juízo, para a construção de um cenário desenvolvimentista, com reflexos tanto na órbita econômica como social, afirmando que a

[...] crescente parceria com o setor privado na propriedade e gestão de infra-estrutura nacional exigirá a redefinição do papel do Estado como instância reguladora, com poder de evitar monopólios e abusos que tendem a ocorrer em situações de concentração do poder econômico. É

⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. **Mãos à obra, Brasil: proposta de governo**. Brasília: [s.n.], 1994. 300 p.

preciso que o governo tenha realmente a capacidade de regular a prestação dos serviços públicos no interesse do cidadão e dos objetivos estratégicos do país. (CARDOSO, 1994 apud WALD, 1996, p. 134).

Nessa nova dinâmica apresentada, Fernando Henrique propunha a utilização, na administração pública, de recursos privados e modelos de gestão empresarial, tendo como objetivo o incremento na qualidade e na eficiência dos serviços públicos prestados, os quais passariam a ser geridos por entes privados, mantendo, o Estado, o seu papel de controlador e fiscalizador desses serviços cuja gestão era atribuída a terceiros.

Em 21 de setembro de 1995, já durante a presidência de Fernando Henrique, a Câmara da Reforma do Estado⁹ aprovou documento confeccionado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, o denominado Plano Diretor da reforma do aparelho do Estado, o qual apontava - diante de um cenário nacional de demandas públicas crescentes e recursos financeiros limitados - para uma realidade de “gradual deterioração dos serviços públicos”, iniciada na década de 1970 e agravada na de 1980, bem como afirmava que o poder público, baseado em uma administração pública burocrática, não detinha condições plenas para materializar, de forma autônoma e eficiente, as “necessidades dos administrados, tendo em vista o bem comum” (SIMAS, 1974, p. 95). Uma das soluções mais veementemente sustentadas pelo supra referido Plano Diretor foi a ampliação do rol das formas de parcerias entre os entes públicos ou entre estes e privados, visando a melhoria da qualidade e efetividade dos serviços públicos prestados à sociedade - quando não a própria possibilidade de sua prestação em concreto -, passando esta proposta a configurar como item obrigatório da agenda de alternativas para a redefinição do papel do Estado, especialmente a partir da década de 90. Além disso, existiria “uma limitação estrutural do Estado em prestar serviço público” (POLTRONIEIRI, 2005, p. 58), evidenciada pelas equivocadas políticas públicas

⁹ A Câmara da Reforma do Estado tinha como seu presidente Clóvis Carvalho (Ministro Chefe da Casa Civil), sendo composta, ainda, por Luiz Carlos Bresser Pereira (Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado), Paulo Paiva (Ministro do Trabalho), Pedro Malan (Ministro da Fazenda), José Serra (Ministro do Planejamento e Orçamento) e o Gen. Benedito Onofre Bezerra Leonel (Ministro Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas)

implementadas pela administração pública ao longo das últimas décadas, bem como pela gestão ruínosa dos já limitados recursos públicos disponíveis, especialmente pela sua aplicação em empreendimentos de discutível retorno social (POLTRONIEIRI, 2005, p. 58).

Para a Câmara da Reforma do Aparelho do Estado, a crise do Estado poderia ser definida como (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 15):

[...] (1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática.

A reforma pretendida, tida como inadiável, tinha por finalidade resgatar a autonomia financeiro do Estado e sua capacidade de implementar políticas públicas, através de:

[...] (1) [...] ajustamento fiscal duradouro; (2) reformas econômicas orientadas para o mercado, que, acompanhadas de uma política industrial e tecnológica, garantam a concorrência interna e criem as condições para o enfrentamento da competição internacional; (3) a reforma da previdência social; (4) a inovação dos instrumentos de política social, proporcionando maior abrangência e promovendo melhor qualidade para os serviços sociais; e (5) a reforma do aparelho do Estado, com vistas a aumentar sua "governança", ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas. (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 16).

A reforma do aparelho do Estado proposta, diversa de uma idéia de real reforma do Estado, visava tão-somente "tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania" (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 17), realizando-se, não tanto a transferência, para o setor privado, de atividades que poderiam ser perfeitamente controladas pelo mercado, mas, em especial, num processo que foi denominado de "publicização", qual seja:

[...] a descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder do Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica.

Nesse cenário proposto, o Estado brasileiro reduziria o seu papel de executor e de prestador direto de serviços públicos, para se dedicar, em maior grau, às tarefas de regulador e promotor desses mesmos serviços, buscando, ainda, o controle social direto e a participação da sociedade. O Plano Diretor previa, ainda, a necessidade de ser reforçada a governança, ou seja, a capacidade de governo do Estado, através da substituição de um tipo de administração pública burocrática, essencialmente rígida e ineficiente, para uma administração pública gerencial, “flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão” (1996, p. 19), na qual haveria o incremento na capacidade de implementação de políticas públicas, antes limitada pela “rigidez e ineficiência da máquina administrativa”. A administração pública gerencial proposta significaria um avanço em relação à burocrática, não a substituindo em sua totalidade, mas relativizando alguns de seus princípios, permitindo, por exemplo, o desenvolvimento de formas de controle concentradas nos resultados e não mais nos processos de prestação dos serviços públicos. Além disso, seria ela mais permeável à participação de agentes privados e das organizações da sociedade civil. Sua estratégia de atuação seria voltada (PLANO DIRETOR, 1996, p. 22):

[...] (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade; (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados; e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados.

A visão de Estado, aportada ao Plano Diretor, vislumbra um aparelho estatal moderno composto por quatro diferentes setores (1996, p. 52-53):

NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao

Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplo temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes etc.

SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem "economias externas" relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos desse setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessária, no caso de privatização, a regulamentação rígida.

Superar-se-ia, assim, a divisão tradicional, a qual considera haverem três e não quatro atividades administrativas de responsabilidade do Estado, assim relacionadas, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (apud TARSO VIOLIN, 2006, p. 95): “a) serviços administrativos (atividades-meio); b) serviços comerciais e industriais (serviços públicos e atividades econômicas); e c) serviços sociais do Estado (convivem com a iniciativa privada”.

Reconhecendo o “irrealismo da proposta neoliberal do Estado mínimo” (1996, p. 55), o Plano Diretor aponta para a necessidade de a reconstrução do aparelho do Estado conferir-lhe, através da ampliação de sua capacidade de governar (governança), um papel complementar ao desempenhado pelo mercado, coordenando a atuação dos agentes econômicos e buscando a redução das desigualdades sociais, de forma a atingir diversos objetivos, sendo relevantes os pertinentes aos “serviços não-exclusivos” (1996, p. 56-59):

6.1 Objetivos Globais:

[...]

6.2 Objetivos para o Núcleo Estratégico:

[...]

6.3 Objetivos para as Atividades Exclusivas:

[...]

6.4 Objetivos para os Serviços Não-Exclusivos:

- Transferir para o setor público não-estatal esses serviços, através de um programa de "publicização", transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo e assim ter direito a dotação orçamentária;
- Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços;
- Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social;
- Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações;
- Aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.

6.5 Objetivos para a Produção para o Mercado:

[...]

Eram estas, pois, as promessas dessa “nova modernidade”, ao menos no que tange aos serviços não-exclusivos.

Convém mencionar, por fim, no que interessa ao presente estudo, a intenção do Plano Diretor no que diz respeito à transferência da prestação de serviços públicos não-exclusivamente estatais da órbita do setor público para o público não-estatal, espaço próprio de atuação das organizações sociais. Esse Projeto (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 74)

[...] tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal.

Consoante a definição proposta, essas organizações sociais seriam “as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito a dotação orçamentária” (PLANO DIRETOR..., 1996, p. 74). De acordo com o modelo previsto, estas seriam dotadas de autonomia administrativa e financeira, recebendo recursos orçamentários públicos, além de eventuais ingressos decorrentes de serviços prestados e de outras formas, tais como doações e financiamentos. O controle se daria de uma forma direta pela sociedade, na medida em que membros das comunidades atendidas pelos serviços tomariam assento em seus conselhos de administração.

Não resta dúvida de que a dita “publicização”, hoje, não envolve apenas as denominadas “organizações sociais”, mas todas as formas de “organizações não-governamentais”.

Tarso Violin (2006, p. 141 e 151), ao tecer suas “críticas negativas ao ideário neoliberal” do terceiro setor, aponta o seguinte paradoxo:

Os defensores do repasse dos serviços sociais às entidades do “terceiro setor” são contraditórios, ao defenderem que o Estado social está em crise por restrições orçamentárias, mas ao mesmo tempo propondo que o “terceiro setor” seja um substituto do Estado prestador de serviços, quando o mesmo Estado será o seu grande financiador.

Não se dúvida que a lógica da propalada “publicização” desvela tal incoerência, mas o próprio Plano Diretor (1996, p. 74) admite, quando trata das organizações sociais – e a prática da administração pública incluiu as organizações não-governamentais nesta conclusão –, que a sociedade “deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados”. O que se percebe é que, provavelmente, será a sociedade que suportará diretamente a maior parte do ônus financeiro decorrente da prestação de serviços públicos pelas organizações não-governamentais, uma vez que o poder público, para reduzir seu comprometimento orçamentário, sempre alegará o pequeno montante de recursos disponibilizáveis. Em pouco tempo, não se dúvida, o poder público deixará de financiar, diretamente, as organizações não-

governamentais prestadoras de serviços públicos, sendo autorizado que estas realizem a cobrança de valores diretamente dos usuários.

Considerando o apontado cenário de crise (PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO, 1996), o Congresso Nacional aprovou, além de outros diplomas legais hierarquicamente inferiores, emenda constitucional que passou para história como a Emenda da Reforma Administrativa (Emenda Constitucional n.º 19, de 1998), a qual introduziu, de forma expressa, dentre os princípios constitucionais da administração pública, o princípio da eficiência¹⁰, dando o pretendido suporte à introdução do visado modelo de administração pública gerencial.

1.1.2.1.8.1 Considerações finais sobre Plano Diretor

A origem do modelo da última reforma administrativa adotada no Brasil não é endógena, tendo o governo brasileiro apenas seguido uma lógica mundial, apoiada por diversos programas patrocinados por órgãos desenvolvimentistas da Organização das Nações Unidas e pelo Banco Mundial, cujo nascedouro se encontra na realidade político-administrativa dos países desenvolvidos do hemisfério norte do planeta, tendo sido posteriormente transplantada - essa lógica mundial - ao hemisfério sul.

Diante do consenso então estabelecido, nos países desenvolvidos, quanto à necessidade de ser realizada uma forte redução no tamanho do aparelho do Estado, em pouco tempo essa solução política atravessou o hemisfério norte, sendo transposta à nossa realidade nacional, que vivenciava, igualmente, um panorama de esgotamento do modelo de estado até então existente. O movimento global de privatização das empresas públicas, iniciado na Europa,

¹⁰ O princípio da eficiência, a nosso juízo, constitui princípio constitucional implícito da administração pública, pelo simples motivo de que impensável que a ação administrativa, tendo em possuir, como desiderato, o bem comum, não estar associada, intrinsecamente, a uma idéia de plena eficiência. De qualquer forma, a nossa tradição normativo-positivista impôs sua explicitação no texto constitucional, até mesmo em razão de que sua introdução esteve, de início, vinculada à questão da flexibilização da estabilidade funcional dos servidores públicos. A doutrina, passados quase oito anos de sua aprovação, lhe conferiu um conteúdo mais pertinente à nossa realidade nacional.

foi adotado, no decorrer da década de 1980, por diversos países em desenvolvimento, entre eles o Brasil, no seio de um cenário em que os investimentos internacionais eram, tal como ainda hoje, essenciais para uma estratégia de desenvolvimento nacional, pelo motivo de terem sido voltados especialmente para as obras de infra-estrutura pública de transporte, comunicação e energia.

Diversos entes internacionais, notadamente a Organização das Nações Unidas (ONU), o Banco Mundial e a UNIDO (United Nations Industrial Development Organization), lançaram programas, destinados aos países em desenvolvimento, voltados a modelos desenvolvimentistas comprometidos com a estratégia da colaboração administrativa. O Banco Mundial e a ONU, em um outro programa denominado Parcerias para a redução da pobreza na América Latina e Caribe, realizado no ano de 1997, identificou uma relação de cinquenta projetos, todos eles voltados aos seguintes critérios (PRÉFONTAINE, 2001, p. 32):

(1) la réduction de déficits reliés à l'infrastructure des services sociaux (création d'écoles, de centres de santé et amélioration de la qualité des services); (2) la mise en place d'autres infrastructures et services de base (eau, habitation, entretien, etc.); (3) la génération de revenus et d'emplois; (4) le développement de programmes spéciaux destinés aux groupes vulnérables; (5) des domaines nouveaux tels que la protection de l'environnement, l'établissement de politiques de participation et des initiatives visant l'amélioration de l'accès des démunis aux services judiciaires et aux approches alternatives de résolution de conflits; et (6) des actions qui combinent des objectifs antérieurs en mettant l'accent sur des approches destinées au développement local intégral.

Verifica-se, assim, a forte pressão exercida por diversos organismos internacionais no sentido da necessidade quanto à redução do tamanho do Estado, devendo os países em desenvolvimento adotar estratégias próprias de incremento das relações de parceria com o setor privado, as quais, segundo a ONU e o Banco Mundial, permitiriam a redução da pobreza nacional.

Não se pretende, neste ponto específico, apresentar crítica ao Plano Diretor, mas apresentar suas idéias fundamentais no que tange ao programa de

“publicização”, esclarecendo, de tal modo, quais as compreensões e as justificativas adotadas pelo então Governo brasileiro para propor uma série de modificações no funcionamento da máquina pública, influenciando, inclusive, as esferas estaduais e municipais, sujeitas a seus reflexos, principalmente em razão da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998. O mais interessante é que o próprio poder público, ao longo do tempo, deturpou a idéia de “publicização”, lançando mão da opção pela realização de parcerias diretamente com organizações não-governamentais, fugindo, assim, de qualquer controle administrativo.

Maria Clara Di Pierro¹¹ (2001), em estudo onde analisa os reflexos das reformas aprovadas nas políticas públicas de educação de jovens e alunos, apresenta uma visão crítica sobre o consenso então estabelecido sobre o tema, ponderando que o

[...] contexto político brasileiro dos anos 1990, a redefinição do papel do Estado e a degradação da noção de serviço público produziram uma ambiência cultural favorável para a produção do consenso em torno da eficácia e legitimidade das estratégias de parceria entre instituições governamentais e organizações da sociedade civil.

Consoante a Reforma do Estado proposta pelo Presidente Fernando Henrique - cujas linhas principais não foram modificadas pelo atual Presidente da República, tendo este, inclusive, ampliado as formas de descentralização da prestação de serviços público, como, por exemplo, com a proposta, aprovação e sanção do projeto de lei instituindo as parcerias público-privadas -, a atuação do Estado deveria ser revista, visando a introdução de uma nova cultura administrativa, realizando assim a transição de uma *administração pública burocrática* - pouco eficiente e produtiva - para uma *administração pública gerencial*, em que a verdadeira eficiência seria alcançada através de uma ampliação das formas de parceria e cooperação entre o Estado e a sociedade, permitindo, de tal modo, a ampliação da eficiência e da qualidade na prestação de serviços não-exclusivos estatais, admitindo, expressamente, que, em razão

¹¹ Esclarece-se, neste ponto, que inexistente erro de grafia, tendo em vista a presente referência concernir à Profa. Dra. Maria Clara Di Pierrô e não à Profa. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual, aliás, é igualmente mencionada na presente seção.

dessa alteração de paradigma, a sociedade deveria arcar com incremento nos custos relacionados à melhoria desses serviços (PLANO DIRETOR..., 1996)¹². Pode-se afirmar, sem medo de equívoco, que o objetivo finalístico contido no texto do Plano Diretor de Reforma do Estado estava na intenção de conferir a necessária força e cogência ao binômio qualidade-eficiência na administração pública, notadamente através do mecanismo de incrementar as relações de parceria entre o poder público e outros entes, ideário que culminou por fortalecer o estabelecimento de parcerias entre as organizações não-governamentais e a administração pública.

Nessa lógica do Plano Diretor (1996), o Estado deveria desempenhar tão-somente aquelas tarefas essenciais (exclusivamente públicas), próprias de uma zona de indelegabilidade, permitindo que a sociedade, por intermédio de suas diferentes formas, exercesse, “por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos” (GROTTI, 2006, p. 233), aquelas tarefas não-exclusivas, pautando-se esse raciocínio, obviamente, numa construção – dogmatizada – de que somente a iniciativa privada, em colaboração com o poder público, teria condições de prestar, com eficiência e qualidade, tais tarefas.

O conceito de parceria, decorrente do Plano Diretor, conforme Di Pierro (2001) está associado a uma “racionalidade econômica”, cuja sustentação estaria fundada na premissa de que a crise do Estado seria de natureza fiscal (PLANO DIRETOR..., 1996), tendo sua gênese em um apontado esgotamento do modelo intervencionista estatal, especialmente nos aspectos econômicos nacionais, vigente até a década de 1980, num cenário em que a retomada do crescimento econômico somente seria possível a partir de um ajuste fiscal e de uma ampla

¹² Não se pode deixar de mencionar, até por estranhamento, que a implantação de uma administração pública gerencial, na perspectiva de uma redução do tamanho do Estado, tem, como pressuposto necessário, que a sociedade deveria contribuir com uma parcela maior dos recursos necessários à prestação dos serviços públicos, notadamente aqueles não-exclusivos do Estado. Se o problema real estava nos custos envolvidos na prestação dos serviços públicos e sua solução no incremento dos valores demandados da sociedade, não se vislumbra diferença fundamental quanto ao fato de os serviços serem prestados diretamente pelo Estado, no âmbito de uma administração pública burocrática, ou por entidades privadas em cooperação com o Estado, na hipótese de uma administração pública gerencial. Ou seja, em que pese o discurso apontasse para a redução do peso do Estado, sua redução importou em incremento nos custos dos serviços, do ponto de vista dos cidadãos.

reforma do aparato estatal, tornando o Estado pequeno e forte, passando a assumir um novo papel estratégico na promoção do desenvolvimento. O Plano Diretor pregava que o desempenho satisfatório e eficiente das funções do Estado somente seria alcançado se este reduzisse o seu tamanho e seu conseqüente peso para a sociedade, devendo, para tal, ser abandonado o modelo de administração burocrático, até então utilizado, optando-se por outro de cunho eminentemente gerencial, inspirado nas formas administrativa do setor privado. Além disso, em seu receituário, constava a orientação para que o Estado abandona-se a prestação de determinadas atividades, lançando mão de privatizações ou terceirizações – principalmente o estabelecimento de parcerias com estruturas da sociedade civil organizada -, de forma a poder se dedicar, com maior acuidade, aos serviços de educação, ciência, saúde, cultura e assistência social. Assim, caberia ao Estado o papel de financiar as políticas sociais, as quais seriam executadas na forma de um *serviço público não-estatal*, por organizações sociais, num processo que o então ministro da administração Luiz Carlos Bresser Pereira denominava de “publicização”, cujo modelo sugerido não esclarecia quanto às necessárias formas de controle público ou social aplicáveis. A noção de serviço público não-estatal utilizada por Bresser Pereira, nesta vertente de significação, está fundada, pelo que se extrai da leitura do Plano Diretor, em uma percepção unicamente econômica, pela qual o cidadão é concebido e limitado à posição de mero consumidor de serviços públicos e as organizações sociais como prestadoras preferenciais de serviços públicos, deixando de se preocupar com questões outras igualmente relevantes,

[...] abstraindo totalmente as questões ético-políticas implicadas no conceito de esfera pública democrática, tais como os requisitos de transparência e de participação da sociedade civil nos processos de deliberação do objeto de interesse público, na formulação das diretrizes das políticas governamentais, no controle sobre a quantidade e qualidade dos serviços públicos prestados, etc., requisitos estes que conformam as bases da legitimidade da ação estatal (DI PIERRO, 2001).

Sinteticamente, como observado por Di Pierro (2001), o Plano Diretor trouxe ao universo político-administrativo nacional uma noção de parceria

estruturada a partir de duas atuações distintas: o fortalecimento das formas de transferência da titularidade de serviços públicos, especialmente para o setor privado, e das formas de colaboração estabelecidas entre o poder público e a sociedade.

1.2 AS PARCERIAS PÚBLICAS

Já que estamos tratando sobre o tema das parcerias públicas, sentimos a necessidade de enfrentar, conceitualmente, essa noção empregada pelo Plano Diretor, tecendo uma visão própria do que deve ser tal instituto. Abordaremos a noção de parceria pública, aqui, em uma percepção ampla, demonstrando que a idéia de parceria pública é muito mais abrangente. A ressalva serve para alertar, alguns mais desavisados, que o horizonte das parcerias públicas é muito maior do que o apresentado pelo Plano Diretor.

A prestação de serviços públicos à coletividade, compreendido este termo em seu aspecto mais abrangente, constitui uma responsabilidade fundamental da administração pública, no seu papel de proporcionar os meios essenciais para o cumprimento dos objetivos traçados no artigo 3º da Constituição, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sendo estes os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, cumpre à administração pública, finalisticamente, na modelagem e execução dos serviços públicos, realizar a defesa dos interesses públicos àqueles vinculados. Como apontado anteriormente, abandonando a posição de exclusiva prestadora de serviços públicos, a administração pública vem, ao longo do tempo - atendendo a um ideário que postula a redução do tamanho do Estado e sua dedicação apenas aos serviços essenciais -, transferindo à iniciativa privada, à sociedade civil organizada e a outros entes públicos a responsabilidade pela execução direta de

determinados cuja execução poderia ser delegada, face às suas naturezas não-exclusivamente estatais. A fundamentação usualmente utilizada pelos sucessivos governos é a de que o poder público precisava reduzir os custos pertinentes aos serviços públicos, de crescente e progressiva demanda, num cenário em que os recursos orçamentários disponíveis eram escassos. Além do mais, uma maior qualidade e uma maior eficiência na prestação desses serviços seria alcançada pelos novos parceiros do poder público, na medida em que a máquina administrativa estatal, extremamente burocratizada, não estaria apta a desempenhar determinadas funções com a celeridade e eficácia demandadas por um universo social cada vez mais consciente de seus direitos e exigente quanto à resposta do poder público.

A idéia de parceria, ou seja, a noção de uma ação associada de indivíduos ou entidades para alcançar uma realização comum, própria do campo das relações privadas, tem sido adotada, cada vez mais, pela administração pública nacional, em suas mais diversas instâncias, constituindo, como aponta Antonio Muranim, uma nova “moda” que exerce significativa influência sobre a forma como o poder público – independentemente da orientação ideológica do partido político eleito para o seu exercício – vem, nas últimas décadas, prestando serviços de interesse da sociedade, especialmente nas áreas de educação, saúde e assistência social, antes executados com exclusividade pelo Estado, “através de suas esferas municipal, estadual e federal, como políticas de governo ou mesmo como políticas de Estado” (2005, p. 31). É interessante observar que, nessa nova realidade de múltiplas parcerias, entidades dos mais diferentes matizes, principalmente as ONGs – cujo espectro engloba entidades com os mais diversos objetivos – têm se proposto a formarem parcerias com o poder público, visando, sobremaneira, o acesso a recursos financeiros do Estado, de empresas privadas, por meio de incentivos fiscais, ou de organismos internacionais interessados no financiamento de atividades representativas do interesse social.

É preciso reconhecer que a expressão parcerias públicas possui um caráter polissêmico, inexistindo um consenso geral quanto ao seu exato

conteúdo, podendo ser compreendido como um extenso rol de alternativas de condutas passíveis de execução pela administração pública – parcerias com pessoas físicas, com entidades privadas ou com outros entes públicos–, constituindo uma realidade complexa e multilateral, ou como uma realidade limitada e bilateral, abrangendo tão-somente os modos clássicos de gestão estabelecidos entre o poder público e pessoas jurídicas de direito privado.

Muranim (2005, p. 32-33) emprega o termo parceria em um sentido limitado à relação estabelecida entre o poder público e a sociedade civil organizada, admitindo, no entanto, a existência de outras formas de ação associada entre aquele e as empresas privadas ou entre diferentes entes de direito público. Di Pietro (2005, p. 41), para comentar, utiliza o termo parceria em uma extensão que lhe confere um sentido um pouco diverso da expressão gestão associada, própria para as formas de atuação conjunta de entes públicos, de forma que haverias as parcerias e as formas de gestão associada. Parece-nos que o mais adequado, até mesmo em razão da ampliação das formas de associação do governo a outros entes, no processo de governança.

É essencial, em vista dessa confusão terminológica, que a presente seção seja iniciada com a delimitação de um conceito de parceria pública.

Aponta-se, desde já, que uma percepção limitada dessa problemática não se demonstra adequada à moderna realidade da administração pública nacional, levando-se em conta a crescente desestruturação da máquina pública e os próprios limites ao estabelecimento de formas de parcerias, uma vez que, ressalta-se mais uma vez, há uma evidente zona de indelegabilidade de serviços públicos, ou seja, um rol determinado e específico de serviços públicos exclusivamente estatais, cuja natureza e importância não permitem o emprego de forma de execução indireta.

A expressão parceria pública, em um sentido amplo, aberto, envolve realidades jurídicas bastantes diversas, cobrindo, com seu manto, tanto as formas de atuação conjunta entre os setores público e privado, como aquelas suscetíveis de instituição diretamente entre pessoas de direito público, de diferentes ou idênticos patamares governamentais, na medida em que se

reconhece, desde já, a possibilidade quanto ao estabelecimento de parcerias públicas envolvendo dois ou mais poderes de um mesmo ente estatal.

A construção de um conceito amplo interessa ao presente estudo, na medida em que, cada vez mais, os entes públicos têm percebido as vantagens associadas à troca de experiências de informações, especialmente no campo da informática.

1.2.1 CONCEITO EM SENTIDO AMPLO

A rigor, quando falamos em parcerias, estamos nos referindo a três categorias distintas. A primeira categoria se refere às parcerias de direito público, sendo esta subdividida em outras duas, explicitamente, as internacionais - aquelas estabelecidas, visando uma atuação conjunta entre dois ou mais países, para a execução de uma determinada finalidade comum, que pode se constituir na construção e exploração de empreendimento de interesse dos parceiros, de que constitui exemplo a Itaipu Binacional - e as internas, que são estabelecidas entre duas entidades governamentais - entre União, Estados e Municípios e os poderes, individualmente, em vista da autonomia administrativa e financeira conferida de forma individualizada a cada um dos poderes pela Constituição de 1988 -, sendo exemplo os convênios estabelecidos entre diferentes esferas de governo. A segunda categoria, abrangeria as parcerias concretizadas entre pessoas de direito privado, podendo envolver tanto as de capital nacional como de capital estrangeiro, sendo admissíveis diversas formas de constituição. A última categoria seria a das parcerias mistas, sendo constituídas entre o poder público, de um lado, e as empresas privadas ou as entidades da sociedade civil organizada, de outro, visando à prestação descentralizada de serviços públicos.

O contexto de parcerias públicas engloba a primeira e a última categoria, podendo ser entendido como qualquer arranjo estabelecido entre organismos governamentais ou entre estes e um ou mais parceiros, com a intenção de, em colaboração, alcançarem a realização de um objetivo político de ordem pública,

comportando: a repartição de poderes e responsabilidades quanto aos resultados; um investimento conjunto de recursos (tempo, financeiro ou de competências); uma repartição de riscos; com o objetivo de atingir vantagens mútuas (FITZPATRICK).

Foi exatamente na década de 90, até mesmo por influência do ideário reformista nacional, associado ao fenômeno mundial da *globalização*, bem como da aplicação, no setor público, dos programas de qualidade e produtividade, originários da esfera privada, que o termo *parceria*, antes restrito ao mundo das relações privadas, foi incorporado à órbita pública, estando associados aos “diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e o setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores” (MEDAUER, 2003, p. 213 apud GROTTI, 2006, p. 236).

O termo parceria não é recente no direito brasileiro, sendo possível encontrá-lo na regulamentação do instituto da parceria rural (agrícola e pecuária), cuja previsão era expressa no anterior Código Civil Brasileiro de 1916 (artigos 1410 e seguintes). Próprio do direito privado, esse termo, tem passado, nos últimos anos, por uma importante renovação conceitual decorrente da necessidade de o poder público encontrar novas formas de viabilização de serviços públicos de qualidade e da influência das idéias que repensavam o tamanho verdadeiramente necessário da máquina pública. Trata-se de um processo ainda em andamento, na medida em que a reconstrução desse conceito ainda se encontra em acelerada mutação, sendo possível apontar, com tranqüilidade, a enorme importância que este instituto já desempenha no rol das alternativas de atuação administrativa permitidas aos atuais gestores públicos.

O instituto das parcerias, em seu aspecto internacional, acrescenta-se, já vem sendo largamente empregado nas relações estabelecidas entre países, sendo empregado para a consecução de um objetivo comum, como, por exemplo, a Itaipu Binacional, em que Brasil e Paraguai uniram esforços para a construção da Hidrelétrica de Itaipu. As parcerias internacionais, em outro exemplo, são evidenciadas na constituição de unidades econômicas, tais como o Mercosul, a

União Européia e o Nafta. Percebe-se que tais exemplificações demonstram que a finalidade comum pretendida com essas parcerias internacionais, notadamente o Mercosul e o Nafta, encerram uma finalidade comum de cunho eminentemente econômico, enquanto que a União Européia dá um passo à frente, tendo como norte o estabelecimento de uma verdadeira unidade.

O ponto marcante está em que as parcerias internacionais, tendo em vista, em regra, a igualdade de condições entre os participantes, na medida em que envolvidas soberanias nacionais, sempre foram fruto de relações dialógicas, em que as atribuições e responsabilidades dos partícipes eram devidamente estabelecidas, através de instrumento jurídico próprio. Essa noção dialógica, ao longo do tempo, no bojo de um novo modelo de desenvolvimento, foi sendo transportada, da mesma forma, para as relações estabelecidas entre o Estado e a iniciativa privada, sendo substituída “a antiga relação de comando e obediência por consultas prévias mútuas e ensejando manifestações de vontade que passam a ser o fruto do diálogo entre ambas as partes, colocando-as numa verdadeira base contratual” (WALD, 1996, p. 134). Compreende, assim, o desenvolvimento das formas de parceria como uma necessidade imperiosa de uma sociedade cujas demandas não estão sendo plenamente atendidas pelo poder público propondo, para tal, o estabelecimento de um novo regime jurídico para as parcerias, aduzindo, como sua fundamentação, três teses.

A primeira está associada à idéia quanto à necessidade de os juristas e os operadores do direito construírem um direito do desenvolvimento, de caráter não-refratário às inovações, transformando, assim, o direito em fator de desenvolvimento econômico, assegurando que a democracia econômica e a democracia social dele conseqüentes permitam o crescimento de uma efetiva democracia política, tendo como resultado o final da época dos “donos do poder”¹³. A segunda, por sua vez, propõe que a dinâmica desenvolvimentista estatal passe a ser dialógica e consensual, local onde a parceria desempenharia uma função fundamental, substituindo a noção de um Estado presente e intervencionista em quase todos os aspectos da vida em sociedade. A ressalva

¹³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Porto Alegre: Globo, 1958 apud WALD, 1996, p. 136.

feita é que não se estaria propondo um Estado mínimo, mas um Estado eficiente, especialmente nos campos de interesse social - onde, por acaso, a iniciativa privada não possui interesse de participar -, permitindo que o setor privado atue naquelas áreas em que sua maior eficiência é reconhecida, não abrindo mão, o poder público, em qualquer hipótese, do exercício do seu poder-dever de fiscalização. A terceira tese, por fim, aborda, num retorno parcial à primeira tese, a imperiosidade quanto à renovação da dogmática jurídica, produzindo-se, no que refere ao que denomina de direito do desenvolvimento e às parcerias, um substrato teórico-doutrinário que permita a evolução desses campos associados ao Direito Administrativo, com evidente respeito à segurança jurídica. A nova parceria deve, assim, apresentar um contorno jurídico, cujos conceitos e regime jurídico estejam em consonância com os novos valores de um Estado cujos serviços sejam prestados com qualidade e eficiência.

A parceria pública, assim, diversamente da mera noção de gestão delegada, engloba uma conduta estatal de articulação e integração de ações realizadas por diferentes partícipes, objetivando a compatibilização de interesses diversos para, em uma gestão compartilhada, alcançar uma determinada finalidade socialmente relevante.

A construção de qualquer alternativa de parceria pública demanda, obrigatoriamente, a observação de três diferentes situações: verificação dos recursos econômicos, sociais e tecnológicos disponíveis pelos parceiros envolvidos, tanto públicos como privados; a definição concreta do papel a ser desenvolvidos por cada um deles, e o estabelecimento dos princípios que nortearam as atividades cuja execução é pretendida.

1.2.1.1 A definição do conceito

Passemos, agora, à efetiva formulação de um conceito em sentido amplo ao instituto em comento. A colaboração para a prestação de serviços públicos pode ser compreendida como o apoio mútuo e voluntário estabelecido entre dois ou mais entes públicos ou entre entes públicos e o setor privado para,

conjuntamente, alcançar a realização de um objetivo comum, qual seja um serviço, dito público, relevante para a missão do Estado (PRÉFONTAINE et al., 2001, p. 7), devendo este acordo ser formal, com a definição clara e precisa quanto ao objeto da colaboração, as responsabilidades recíprocas, o prazo de duração, os riscos envolvidos e todos os demais fatores que, direta ou indiretamente, tenham relação com o modo de prestação do serviço público e seu controle, pelo poder público e pelos cidadãos. Objetivamente, os modos de colaboração administrativa possuem determinadas as características essenciais: a) a presença de, pelo menos, dois participantes, sendo um deles um ente público que transfere a gestão de um serviço público e o outro o responsável pela execução concreta desse serviço, podendo ser outro ente público – incluindo suas formas descentralizadas – ou privado (segundo e terceiros setores); b) um acordo formal e escrito, de duração determinada; c) um objetivo comum para a realização de uma atividade ou projeto que tem, como desiderato, a prestação de um serviço público; d) estabelecimento de responsabilidades recíprocas, que traduzem, em diferentes proporções, os riscos, os benefícios e os compromissos financeiros direta ou indiretamente envolvidos.

Nas hipóteses em que a colaboração é estabelecida entre entes públicos (público → público), é possível sua classificação em duas categorias distintas: a) a colaboração horizontal, realizada no âmbito de um mesmo patamar governamental (federal, estadual ou municipal); b) a colaboração vertical, na qual os atores pertencem a patamares governamentais diversos.

As colaborações envolvendo entes públicos e privados (público → privado), por sua vez, apresentam uma grande diversidade de formas e características, podendo ser classificadas de diferentes modos, desde o modo de distribuição das responsabilidades assumidas e a intensidade da colaboração constituída até a forma ou estrutura legalmente adotada. De qualquer modo, o que ocorre é que o poder público cede parte de sua competência para gerir a prestação de um determinado serviço público a um ente privado, devendo manter, no entanto, o controle quanto à proteção do interesse público envolvido.

Importante ter em mente que o espaço de colaboração interorganizacional para a prestação de serviços públicos se encontra localizado entre dois pontos claramente percebidos, quais sejam o extremo do monopólio estatal, hipótese em que não existe a atuação de qualquer agente em parceria, e o da privatização, em que o Estado abre mão, completamente, quanto à responsabilidade por um serviço que entende ser, em realidade, não-estatal e que, de acordo com o novo modelo de gestão administrativa gerencial, não deve mais ser assumido pelo poder público, devendo ser prestado pela iniciativa privada. O espaço existente entre esses dois extremos permite o estabelecimento de inúmeras formas de parceria, cada uma apta ao atendimento de interesses públicos específicos.

Podemos assim definir a parceria pública, em sentido amplo, como: *toda e qualquer atuação conjunta, bilateral ou multilateral, formalizada através de instrumento próprio, demandando ou não autorização legislativa específica, estabelecida entre entes públicos ou entre entes públicos e privados, tendo, como objetivo, a consecução, com qualidade e eficiência, de fins de interesse público, através do qual é estabelecido um objetivo comum a ser atingida pelos participantes, pela conjunção de suas capacidades individuais, ou pelo qual o ente público transfere, sob o regime jurídico de direito público, a prestação de serviço público não-estatal, de sua responsabilidade, podendo envolver ou não, contribuições financeiras individuais, ou remuneração ao prestador dos serviços, a ser paga pelo poder público ou pelos usuários do respectivo serviço público, em modelagem legalmente instituída, proporcionalmente ao serviço público efetivamente utilizado ou potencialmente colocado à disposição (grifo nosso).*

1.3 O MITO DA EFICIÊNCIA INATA

Emerson Gabardo (2002, p. 69) aborda o princípio da eficiência como “instrumento de legitimação da desestatização”, aduzindo que a ineficiência do poder público foi utilizada, nos últimos anos, como “sustentáculo retórico da flexibilização do regime administrativo, notadamente através da política de desestatização” (p. 69), a qual visava, fundamentalmente: a “obtenção de fundos

para o financiamento do déficit fiscal e incrementação da participação do capital estrangeiro na ordem econômica nacional” (p. 69). Ou seja, na “retórica do sistema de gerência por resultados, a privatização é requisito de eficiência” (p. 69).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 225, apud GABARDO, 2002, p. 69), faz crítica contundente sobre os objetivos reais da reforma administrativa de 1998:

Essa circunstância, aliada à tradição brasileira de desprezo à legalidade, de nepotismo, de apadrinhamento, somada aos ideais do neo-liberalismo [*sic*], do Estado subsidiário, levaram à procura de mecanismos de fuga ao regime jurídico administrativo. É possível mesmo dizer, sem receio de errar, que a própria privatização não esconde o anseio de fugir ao regime jurídico de direito público. Sob o pretexto da ineficiência da Administração Pública, procuram-se os meios privatísticos de atuação.

Manuel Villoria Mendieta (apud GABARDO, 2002, p. 69-70), em obra em que discute a modernização da administração pública como instrumento a serviço da democracia, lembra a existência de diversos pontos obscuros que normalmente são desprezados quando se discute o processo de privatização como instrumento essencial para conferir eficiência ao Estado.

[...] 1. a atuação pública se produz em muitas ocasiões devido justamente à incapacidade privada para oferecer serviços com qualidade e eficiência; 2. nem sempre que existe privatização, existe concorrência e que, sem esta, não se justifica nunca o monopólio privado frente ao público; 3. existem caminhos para gerar concorrência sem a necessidade de privatizar; 4. a privatização não evita a responsabilidade pública final pelo resultado do serviço; 5. por detrás das privatizações existem custos ocultos para o setor público, derivados, sobretudo, de sua perda de *know-how*; informação, e controle de dados estratégicos; 6. a maior eficiência no setor privado pode ser conquistada a custo de valores como a segurança ou a igualdade; 7. benefícios a curto prazo podem ocasionar prejuízos a longo prazo, sobretudo nos setores de saúde e educação.

Ataliba Pinheiro Espírito Santo, em texto intitulado *As organizações sociais e a reforma administrativa*, publicado na Revista de Direito Administrativo, em 2002, chamou a atenção para a construção imaginária realizada, no sentido de

que haveria uma vinculação direta entre a eficiência – tão exigida nos serviços públicos prestados à sociedade – e a alternativa das “terceirizações”, como se essas alternativas fossem obrigatoriamente agraciadas com essa qualidade. Qualidade essa que, ressalta-se, decorre da capacitação técnica humana e da existência de recursos materiais suficientes, os quais podem ser encontrados tanto na esfera pública como no âmbito do terceiro setor, o que evidencia que a eleição da via a ser adotada depende, obrigatoriamente, da demonstração de qual a que efetivamente possui condições de prestar serviços públicos com maior eficiência, atendendo as carências cada vez mais urgentes de povo brasileiro. O desiderato manifesto do trabalho de Ataliba(2002, p. 77) era o de “rever alguns aspectos relativos às *organizações sociais* e sua ligação com a Reforma Administrativa”, uma vez que entendia que determinadas questões essenciais não haviam sido devidamente examinadas, especialmente quanto às suas repercussões quanto ao funcionamento verdadeiramente eficaz da máquina administrativa. Questionava-se se as organizações não-governamentais “serão capazes de contribuir para que o Estado lidere a tarefa de tornar a sociedade brasileira mais democrática e justa”. (2002, p. 77). Ataliba (2002, p. 76), fazendo referência aos redatores do Plano Diretor (1996, p. 69), quando versam estas sobre a estratégia de transição do modelo de administração pública burocrática para a gerencial, transcreve o seguinte trecho do subitem 7.5 (*A dinâmica de transição*):

[...] é possível imaginar avanços na direção da modernização da gestão pública, a partir de ações específicas de laboratórios, visando ao estabelecimento de duas instituições básicas: as "agências autônomas" entre as atividades exclusivas de Estado e as "organizações sociais" entre os serviços competitivos ou não-exclusivos. (PLANO DIRETOR, 1996, p. 69)

O autor, ao comentar este trecho, aduz o seguinte, transcrevendo, por sua vez, passagem do início do item 6 do Plano Diretor (1996, p. 55):

Outrossim, relativamente a estes últimos, registraram a crença de que com tal desenho a Reforma do Estado iria “tornar também muito mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em

organizações públicas não-estatais de um tipo especial” (*sic*). (SANTO, 2002, p. 76).

Em seguida, esclarece Ataliba que o Plano Diretor, em seu projeto reformador, possui dois pilares de sustentação: as agências executivas e as organizações sociais, ponderando ser

[...] certo que, para a consecução destas últimas, se fazia necessário elaborar e aprovar lei que permitisse a “Publicização” dos “serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal”, consoante o pressuposto que atribuía maior eficiência às organizações sociais para a realização daqueles serviços. (2002, p. 76, grifo do autor).

Essa concepção efficientista das organizações sociais já era concebida por Bresser Pereira mesmo antes da confecção da Exposição de Motivos Interministerial n.º 49, sendo divulgada em diversos de seus trabalhos, referidos por Ataliba na nota de rodapé 9 (2002, p. 76). A preocupação manifestada por Ataliba foi de que esse ideário acabou por ser aceito por “boa parcela dos cientistas sociais e - ainda que de forma não hegemônica - por diversos administrativistas, como o caminho a ser trilhado pela sociedade brasileira para a solução dos graves problemas” nacionais (2002, p. 77).

Visava o Plano Diretor, como ressalta Jessé Torres (1999, p. 2-3), “incorporar a dimensão da eficiência na administração pública”, rompendo com “formatos jurídicos e institucionais rígidos e uniformizadores”, sendo que sua moldura constitutiva, tal como proposta, buscava - consoante o conceito dado de administração pública gerencial - “reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços” prestados (PLANO DIRETOR, 1996, p. 21), buscando “uma relação ótima entre qualidade e custos dos serviços colocados à disposição do público” (PLANO DIRETOR, 1996, p. 54).

Como conclui Ataliba, essa “nova forma de atuação estatal” (2002, p. 81) conferiria eficiência ao poder público por meio da transferência de serviços públicos às organizações sociais. Ou seja, o Plano Diretor entendia a “publicização” como um processo de “eficientização”. É o que afirma Ataliba (2002, p. 81-82):

Por conseguinte, consoante o até aqui exposto, a instituição das *organizações sociais* parece se relacionar prioritariamente ao princípio da eficiência, quer pelo comando constitucional reformado que explicita sua necessária observância na atuação da *administração direta e indireta* - e o Poder Público atuando como uma das partes do contrato de gestão deverá ser eficiente -, quer pelo pressuposto aporte suplementar de recursos não originários dos cofres públicos para financiamento dos serviços não-exclusivos [...].

A Lei n.º 9.637/98 surgiu, conforme determinação do Plano Diretor, antes mesmo de aprovada a Reforma pelo Poder Legislativo, para permitir que, com a instituição das *organizações sociais*, se pavimentasse o caminho que conduziria a Administração Pública ao definitivo domínio, nos serviços não-exclusivos, do princípio da eficiência.¹⁴

Ressalta-se que a eficiência é o “único motivo para o Poder Público transferir à sociedade civil a execução de serviços não-exclusivos, com a devida proteção legal contra possíveis desvios de finalidade” (SANTO, 2002, p. 88).

Em suas conclusões, Ataliba aduz que a atuação das organizações sociais, tal como previsto no modelo da reforma administrativa e pelo Plano Diretor, tenderá a cumprir tão-somente sua finalidade econômica de reduzir os custos para a Administração Pública - aceitamos com ressalva tal assertiva, uma vez que inexistem estudos disponíveis, atualmente, que demonstrem se essa sistemática acarretou ou não em economia aos cofres públicos - causando a infringência de diversos outros dispositivos constitucionais (2002, p. 96-97):

*As organizações sociais foram desenhadas como uma das instituições-chaves da Reforma do Estado. Na qualidade de entidades de serviços públicos intitulados não-exclusivos de Estado pelos reformistas, deveriam existir para suplementar aqueles serviços que o Poder Público tem obrigação de prestar, não como forma de substituição da atividade estatal ou como complementação de orçamentos. **Consoante estes dois últimos objetivos, a existência das organizações sociais pode atender ao princípio da eficiência sob o ponto de vista econômico, mas certamente afronta diversos princípios jurídicos eleitos pela sociedade brasileira como norteadores do seu desenvolvimento social** ao colocar em risco a *res publica*, e risco é opção operacional de mercado. (grifo nosso).*

¹⁴ A título explicativo, a mencionada Lei Federal n.º 9.637/98 teve, como finalidade, dispor sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, criar o Programa Nacional de Publicização e extinguir determinados órgãos e entidades, estabelecendo que suas competências seriam exercidas por organizações sociais.

E quanto à Lei Federal n.º 9.637/98 (2002, p. 97), aduz que

[...] ainda que não venha a ser declarada inconstitucional, se mostrou ilegítima, quer porque o poder discricionário nela ínsito dá propositadamente margens à fraude à lei, quer porque, ao invés da discricionariedade, é o arbítrio público que ela estimula, convindo consignar o fato referente à falta de clareza originária do próprio Plano Diretor, que acabou por tornar pífia a concretização das *organizações sociais*, além de inviabilizar aquela reforma no seu aspecto social.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1996), já examinado, cujos conceitos ainda são utilizados pelos sucessivos governos da República, interessa que se aponte, trabalha com uma premissa – e isso o próprio Plano admite expressamente, ao menos quanto às organizações sociais –, conforme a qual os terceiros sempre prestariam serviços públicos com maior qualidade e eficiência que o Estado atuando diretamente. Diante desse “imperativo categórico”, cabe-nos tentar construir uma teorização que permita a efetiva adequação desse projeto de reestruturação político-administrativo ao texto da Constituição, respeitando-se, principalmente, o cuidado quanto aos limites admissíveis para a formação de parcerias, as quais não poderão jamais abranger matérias e atribuições concernentes à esfera dos serviços públicos exclusivamente estatais, cuja execução é indelegável pelo Estado.

O que se procurou ressaltar, no presente item deste trabalho, foi o fato de o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado haver tratado a questão da eficiência como um elemento próprio da nova sistemática proposta das organizações sociais. Tendo em vista as dificuldades de implementação concreta dessa sistemática das organizações sociais, tal como estabelecido na Lei Federal n.º 9.637/98, houve a aplicação dessa premissa de eficiência inata para as demais formas de organizações não-governamentais, até como forma de fugir ao já escasso controle determinado pelo diploma legal em comento. O próprio Plano Diretor admite, aliás, que trabalha com uma premissa, no entanto, em momento algum propõe qualquer sistemática de verificação e controle da necessária eficiência, o que seria uma decorrência necessária. E como Ataliba Santo afirmou em passagem já transcrita: a eficiência é o “único motivo para o Poder Público

transferir à sociedade civil a execução de serviços não-exclusivos, com a devida proteção legal contra possíveis desvios de finalidade” (SANTO, 2002, p. 88).

Não se quer afirmar aqui – ressalta-se – que toda a sistemática das parcerias firmadas entre o poder público e as organizações não-governamentais seria inconstitucional ou ilegítima, mas que, diante de uma realidade que afasta a aceitação inquestionada de uma eficiência inata destas, deve o administrador público, no processo discricionário de determinação ou não da formação de parcerias, verificar, em primeiro, quanto à real existência de motivos suficientes a fundamentar essa decisão, e, em segundo, deve motivar minudentemente que o parceiro possui condições de executar tais tarefas com maior eficiência – do ponto de vista econômico e, principalmente, técnico (de resultados) – que o Poder Público.

A prática administrativa nacional demonstra que os administradores públicos expandiram a lógica da eficiência inata das organizações sociais para as demais organizações não-governamentais, não realizando o necessário questionamento, em cada caso concreto, se esse elemento essencial estava ou não presente. As distorções e denúncias que atualmente povoam os meios de comunicação, apontando graves desvios na escolha de entidades e no controle dos recursos recebidos, demonstram o quanto o procedimento adotado está equivocado.

O grande problema se dá na resistência à quebra do paradigma da dita eficiência ôntica das organizações não-governamentais. E – ressalta-se mais uma vez – a quebra desse paradigma não importa na impossibilidade de a administração pública continuar a se utilizar dessa sistemática estabelecida pela Reforma Administrativa, mas que o administrador público deverá, sob pena de responsabilidade pessoal, diante de cada caso concreto, verificar as reais necessidades públicas a ser atendidas e fundamentar que determinada entidade detém – por critérios tecnicamente estabelecidos – maior capacidade técnica, humana e operacional, do que o Poder Público, de dar atendimento aos anseios da sociedade.

É necessário que não esqueçamos que a mera superação do paradigma da eficiência inata não representa, para a grande maioria dos administradores públicos atuais, qualquer diferença, tendo em vista que a nossa administração pública é pautada por outro paradigma de influência ainda mais relevante, qual seja, o paradigma do positivismo-normativista. Em outras palavras, há, ainda hoje, enorme resistência em se adotar uma compreensão moderna da ação administrativa, uma vez que, para muitos administradores públicos, a lei vale mais que qualquer princípio constitucional, mesmo expresso.

Pretendemos, aqui, uma leitura do processo de formação de parcerias entre o poder público e as organizações não-governamentais, a partir dos princípios administrativo-constitucionais, não para a finalidade de inviabilizar sua instituição, mas, ao contrário, possibilitar sua implantação em parâmetros constitucionalmente aceitáveis, no que tange aos seus critérios de aceitação.

Retornando a Gabardo (2002, p. 71), este, criticando os malefícios causados por processos privatizadores irresponsáveis – lançando como exemplo a privatização do setor elétrico nacional – aponta que “tornou-se característico dos tempos pós-modernos a presença de estratégias de convencimento”, com a adoção de métodos persuasivos alegadamente científicos, os quais, no entanto, como refere Sydney Nilton de Oliveira (apud GABARDO, 2002, p. 71), “extrapolam o aspecto técnico, convertendo-se em uma estratégia de controle psicossocial dos indivíduos. A meta dessa ideologia é obter um controle político, cognitivo e afetivo do comportamento”. Gabardo, com fundamento em Juremir Machado da Silva, aduz que os argumentos difundidos pela mídia “não necessitam ter respaldo nas práticas, porque funcionam pela sua simples existência retórica”, razão pela qual o “princípio da eficiência transforma-se em mito” (2002, p. 71).

Vivemos hoje a “sociedade do espetáculo”, na qual a realidade não é mais compreendida exclusivamente por nossa racionalidade, mas, principalmente, através dos meios de comunicação de massa, os quais realizam um papel de pré-interpretação do real, produzindo, inconscientemente, dimensões de convencimento que acabam por resultar em um processo

identificatório, em que acolhemos, como nossas, concepções que, usualmente, jamais seriam aceitas.

Fomos convencidos, nos últimos anos, que o Estado brasileiro é incorrigivelmente ineficiente, e que a única forma de “salvar” a nação brasileira é pela diminuição do tamanho do Estado, com a utilização, dentre outros instrumentos, das formas de parcerias do poder público com as organizações não-governamentais. O convencimento inconsciente é que esse processo resultaria em uma melhora na qualidade e eficácia dos serviços públicos, o que não se observou até hoje. A seção seguinte procura estabelecer um pressuposto de consciência crítica, imprescindível para uma leitura imparcial das conclusões do presente estudo.

2 UMA VISÃO CRÍTICA SOBRE O DISCURSO JURÍDICO

Quando se discute a questão do falacioso paradigma da eficiência ôntica das organizações não-governamentais, chegamos a duas possibilidades concretas. Em primeiro lugar, os administradores públicos, conscientemente, reconhecendo a existência da falácia argumentativa referida, optam por adotá-la como verdadeira, como um silogismo apodítico, defendendo, cinicamente, essa mistificação. Em segundo lugar, os administradores públicos aderem, inconscientemente, por um processo identificatório, aos argumentos do Plano Diretor, e passam a acreditar, verdadeiramente, no já mencionado mito da eficiência inata.

Na primeira situação há a manifestação de uma razão cínica, exercida conscientemente, sendo relevantes as lições de Peter Sloterdijk sobre o emprego do conceito de “razão cínica”, em uma coletividade em que as possibilidades críticas são limitadas, pela inexistência de um “hábito” de criticidade. Este tem consciência de que seu agir não é socialmente vinculado.

Na segunda hipótese, diversamente, há, como ensina Slavoj Žižek, uma identificação imaginária, no caso, do administrador público àquela razão cínica por outro utilizada, de forma que o agente do poder público atua em conformidade com razões, condicionantes e motivações em realidade

inexistentes ou distorcidos. Este, por sua vez, não tem consciência de que seu agir não é socialmente vinculado.

As posições de ambos os autores serão sinteticamente esboçadas nesta seção.

Mas como é possível que isso ocorra, na medida em que, via de regra, os administradores públicos, em especial, os exercentes de cargos de maior hierarquia, são profissionais com graduação universitária, muitos com formação jurídica. Mas é exatamente aí que se encontra, freqüentemente, o problema.

Nosso ensino superior, notadamente nos cursos de direito, há uma fortíssima influência de uma visão da ciência do direito pautada por um positivismo-normativista, de cunho acrítico, o qual permite a formação de profissionais incapazes perceberem eventuais vícios argumentativos, não possuindo a necessária aptidão para distinguir silogismos dialéticos de silogismos apodíticos, o que é fundamental, especialmente no campo da gestão pública, em que a complexidade de relações é uma constante.

Essa importante discussão que presentemente preocupa a ciência jurídica diz respeito, assim, ao exame da “dogmática jurídica” e o papel por ela desempenhado, tanto no âmbito do ensino jurídico como no dia-a-dia dos operadores do direito, ou seja, se o modelo dogmático atual - auto-reprodutor acrítico de conhecimentos adquiridos e, portanto, essencialmente monológico - é suficiente para fazer face à nossa moderna realidade social, a qual impõe uma compreensão crítica e necessariamente dialógica dos fenômenos, preocupada, inclusive, com aspectos transdisciplinares do estudo científico, superando, de tal forma, a anterior separação estanque de conhecimentos.

Trata-se de tema de fundamental relevo, uma vez que a realidade do hodierno mundo globalizado impõe, infelizmente, às nações, uma lógica segundo a qual - tal como na teoria das espécies de Charles Darwin -, somente os mais aptos e fortes possuem condições de sobreviver e perpetuar, numa quase reversão da evolução humana a um estágio de pré-modernidade.

O modelo de ensino tradicional e positivista, decorrente, no Brasil, de fatores eminentemente políticos, deu origem a um ambiente cultural acrítico que

possibilitou a formação de sucessivas gerações de profissionais do direito carentes de uma experiência crítica em relação ao conhecimento por eles recebido, bem como incapazes de perceber, em toda sua complexidade, a realidade social que os envolve e suas constantes mutações.

Tal realidade torna improvável, quando não impossível, a produção de soluções jurídicas que sejam efetivamente compatíveis com a principiologia estabelecida pela Constituição Federal, bem como à realidade social em que serão aplicadas.

Somente o conhecimento permite vencer o dogmatismo e tão-somente após a derrota do dogmatismo é que se torna possível que, de forma livre e consciente, possamos pensar..

2.1 PANORAMA POLÍTICO-EDUCACIONAL BRASILEIRO

O perfil do ensino jurídico, no Brasil, como não poderia deixar de ser, é reflexo de nossa estrutura sócio-política, razão pela qual iniciamos o presente item com uma sucinta avaliação conjuntural da política nacional.

Em primeiro lugar, não somos uma nação de autêntica tradição democrática, diferentemente da experiência continental européia ou mesmo norte-americana, nas quais a criação do Estado (entendendo-se como uma entidade autônoma regulada por uma Constituição que limita os poderes do soberano ou do Poder Executivo) decorreu de uma evolução social, enquanto que no Brasil, a idéia de nação foi estabelecida não como uma aspiração genuinamente social, mas em decorrência dos interesses próprios das esferas detentoras do poder, com o objetivo de, num mundo em transformação, conduzir esse processo de forma “segura”.

Mas, afinal, o que é “democracia”? A resposta para a pergunta decorre, preliminarmente, da concepção real de democracia que cada um carrega consigo. Vulgarmente, esta é pensada como o primado da maioria, o qual, em vista de uma vitória legitimamente obtida, obtém o direito de governar de acordo com a sua vontade particular. Essa noção, no entanto, se demonstra insuficiente dentro

de um Estado de Direito efetivamente democrático, visto que a democracia, em realidade, se constitui no primado da maioria, observando-se, no entanto, que essa maioria, no seu agir, jamais deixe de atender e proteger os direitos fundamentais de toda a sociedade, especialmente das minorias não-representadas. Assim, a democracia se vincula a um agir socialmente comprometido, tendente à realização das necessidades e interesses da sociedade em sua totalidade e jamais de forma sectária.

Essa percepção atual de uma sociedade efetivamente democrática decorre de estudos de grandes pensadores como Hannah Arendt, John Rawls e, mais antigamente, Henry Thoreau, além de tantos outros, os quais, através da análise da "desobediência civil", firmaram a noção de que a democracia não pode ser limitada simplesmente à lógica do tudo ou nada, em que o vencedor do pleito eleitoral ganha plena e irrestrita liberdade para estabelecer as diretrizes governamentais, vinculadas tão-somente aos interesses da maioria.

A força da maioria, imposta simplesmente por seu caráter de superação proporcional, sem respeito aos direitos fundamentais das minorias não-representadas, apresenta o viés monológico da "democracia", enquanto que o anteriormente referido "agir socialmente comprometido" revela seu caráter dialógico. A história sócio-política nacional foi, infelizmente, sempre caracterizada por essa tendência monológica, que se refletiu em todas as suas estruturas organizacionais.

Estabelecendo um paralelo com o ensino jurídico, a visão monológica, perigosamente manipulativa em razão de seu caráter de acriticidade, seria preferida e promovida em ambientes políticos refratários a transformações, tais como os decorrentes do Golpe de 64, enquanto que a perspectiva dialógica - crítica e, portanto, criativa - seria, por sua natureza questionadora, refutada por essas estruturas de poder. De todos os quatro fatores relacionados por Adeodato (1999, p. 143-150), certamente, temos de conferir maior importância à decorrência da implantação do regime autoritário pós-64. Todos os cursos voltados às áreas das ciências humanas, especialmente voltadas à formação de um cidadão consciente de sua realidade frente à sociedade, sofreram um

evidente processo de desmantelamento, com o afastamento de professores, modificação de currículos e, que é o que nos interessa neste estudo, diminuição do incentivo à pesquisa científica, potencialmente perigosa ao regime militar golpista, uma vez que o juízo crítico é pressuposto essencial ao cientista social. A universidade brasileira atual é resultado desse período histórico, cujos reflexos ainda não foram superados, visto que o ensino jurídico ainda é pautado por um dogmatismo de cunho excessivamente positivista, não tendo conseguido, ainda, produzir, de forma satisfatória, o substrato intelectual necessário à superação desse paradigma auto-replicante.

O moderno profissional do direito, tendo em vista sua formação como ingênuo repetidor de conhecimentos pasteurizados, está preparado tão-somente para enfrentar situações previamente digeridas, cuja significação e tratamento já foram anteriormente analisados, carecendo de um preparo intelectual necessário ao correto enfrentamento de novas hipóteses decorrentes de um mundo em constante mutação, cujas inter-relações decorrentes não foram previamente formatadas em um “standard” acadêmico. Esse profissional do direito, incapaz de uma reflexão crítica e inovadora em relação ao concreto, ao posto, não estará apto a produzir uma reflexão jurídica que alcance um adequado tratamento a essa nova “relação social”, imposta por uma realidade globalizada. Como resultado, dá-se largo espaço ao “achismo” jurídico e à arbitrariedade judicial.

Como bem aponta João Adeodato (1999, p. 143-150), o ensino jurídico no Brasil vem atravessando momento de modificação estrutural, em vista da salutar discussão de seu papel, numa realidade de ensino que não alcança a produção de uma efetiva aprendizagem jurídica. Essa realidade nacional seria decorrência de, pelo menos, quatro fatores distintos, conforme o pensamento de Adeodato. Em primeiro lugar, a “profissionalização” e a proletarização da profissão, ou seja, o curso de Direito tem sido encarado e tratado pelos estudantes e por muitos centros universitários, como um mero curso técnico, distante de sua verdadeira origem e finalidade. Em segundo lugar, relacionado com o primeiro, está a mercantilização do ensino jurídico, em que se evidencia a exclusiva preocupação com a quantidade de “clientes” e não com a qualidade do ensino

que é transmitido, o que se reflete, posteriormente, no reduzidíssimo índice de aprovação no exame de ingresso à Ordem dos Advogados do Brasil. Em terceiro lugar, aponta-se a omissão do Estado e da sociedade, fator esse que está em lenta e gradual reversão. Por fim, constituindo o maior fator, está o esvaziamento qualitativo do corpo docente jurídico levado a efeito pelo governo militar que se estendeu desde 1964, uma vez que a universidade não podia promover a adoção de um juízo crítica por seus alunos, na medida em que essa capacidade se voltaria certamente contra o regime autoritário estabelecido, ou seja, desmantelou-se a academia enquanto fonte de novas idéias, podendo ela se limitar tão-somente a ministrar conteúdos previamente filtrados, sendo refutada qualquer abordagem que desse azo a uma percepção consistente da realidade, a qual, caso ocorresse, era imediatamente refutada como subversiva e danosa à segurança nacional.

Temos hoje um ensino jurídico acrítico, cujo objetivo é, como já mencionado, a mera transmissão de conhecimentos práticos já devidamente consolidados, originários de uma ciência aplicada, dissociados de qualquer vinculação a uma metodologia verdadeiramente científica, resultando em profissionais incapazes de atuarem segundo um efetivo princípio de justiça, diante de situações não enquadráveis nos “modelos-padrão” reiteradamente ensinados (modelos dogmáticos). Evidencia-se assim a incapacidade destes de lidar com o novo, com o desconhecido, razão pela qual tendem, reiteradamente, a compreender e interpretar o novo, a inovação, de acordo com os paradigmas próprios do superado, tratando o novo como se o velho fosse - uma vez que foram adestrados a entender o direito como um simples mecanismo de adequação da realidade a “modelos-padrão” -, impedindo o salutar processo dialético (hegeliano) de evolução do conhecimento.

Formamos, assim, profissionais cuja tendência natural será sempre a manutenção do *status quo*, não importa qual seja, desde que correspondente aos modelos dogmáticos aprendidos, o que é incompatível com a verdadeira finalidade do direito: adequar e estruturar, permanente, a realidade social em constante reinvenção.

2.2 RAZÃO CÍNICA E SOCIEDADE

Embora não se pretenda, neste estudo, aderir ao debate quanto aos fatores político-ideológicos obviamente envolvidos na discussão pertinente ao “tamanho” do Estado e o seu papel diante da sociedade, entendemos ser necessário, nesta seção, a apresentação de uma visão introdutória a respeito do processo teórico de formação de consensos, tanto no plano cotidiano da vida em sociedade - a partir dos conceitos de razão cínica e identificação imaginária -, como no plano dos estudos científicos, através das críticas de Luís Alberto Warat.

É necessário reconhecer, cada vez mais, que as relações na nossa sociedade pós-moderna são ditadas, como afirma Antônio Mendonça (1999 ou 2000), por um “signo da impostura perversa”, ou seja, por um imaginário coletivo predominado por uma razão dita cínica e pela identificação imaginária dos integrantes de uma coletividade a essa apontada razão. A expressão “razão cínica” tem origem em noção estabelecida pelo filósofo alemão Peter Sloterdijk - na obra *Kritik de Zynischen Vernunft*, publicada em 1983, ainda não traduzida para o português - a qual foi incorporada, posteriormente, pelo psicanalista Slavoj Žižek, à psicanálise contemporânea, especificamente no estudo do campo lacaneano do gozo, constituindo esta o “gozo perverso da sociedade contemporânea”.

Sloterdijk construiu um conceito oposto ao do *kynisme* grego, caracterizado este por uma apropriação sarcástica da ideologia oficial, por parte daqueles que pretendem criticá-la. Podemos apresentar, como maiores exemplos, no âmbito nacional, a obra de Machado de Assis e *Macunaíma*, de Mário de Andrade, ambas repletas de críticas corrosivas, irônicas, parodísticas e desconstituidoras da ideologia oficial. Seria a razão cínica, portanto, diferentemente do cinismo auto-defensivo, a “hipocrisia, a impostura exposta na forma sublime do ‘bom-mocismo’ pela ideologia oficial, que, então, dissimula o seu caráter perverso” (MENDONÇA, [?1999]).

Sinteticamente, a obra de Sloterdijk realiza uma crítica da ideologia através de uma paródia à “Crítica da razão prática”, de Kant – em que este propõe uma teoria moral de uma sociedade idealizada, pautada pela razão e pela liberdade –, apontando que a razão cínica seria uma característica cultural marcante da sociedade pós-moderna. O autor transforma a sentença teológica do livre arbítrio cristão, utilizada por Kant (“Pai, perdoai-lhes, pois não sabem o que fazem”), e a célebre frase de Karl Marx (“Disso eles não sabem, mas o fazem”), na elocução “eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas mesmo assim o fazem”, denunciando que, freqüentemente, a elite – considerada em seu aspecto mais abrangente – adota uma ideologia de conveniência, supostamente humanista e libertária, para praticar atos de tirania e perversão, ou seja, em nome da realização do bem-estar coletivo é realizado, em verdade, ato cujos resultados não correspondem a essa pretensa finalidade (MENDONÇA, [?1999]). A ideologia, para a razão cínica, desempenharia um papel eminentemente dissimulador e deformante das relações sociais.

Sloterdijk estabeleceu o modo de funcionamento da razão cínica, enquanto Zizek, utilizando esse conceito, identificou esse comportamento distorcido, dentro de um ponto de vista psicanalítico, na ordem da perversão, no sentido de constituir uma impostura, uma manipulação agressiva, embora dissimulada, com desrespeito a todo e qualquer fundamento ético, alcançando limites preocupantes, quando patrocinada “pelo modo de organização do sistema social”. Zizek, com fundamento nas reflexões de Freud na “Psicologia das Massas e Análise do Ego”, examina a identificação egóica da sociedade à razão cínica, diante de uma manipulação performática, freqüentemente governamental, realizada através da mídia, das identificações simbólicas da sociedade, ocasionando distorções em suas percepções valorativas.

Na sociedade pós-moderna, as grandes narrativas de legitimação, interpretantes da sociedade, entraram em decadência, sendo superadas por uma cultura do “show business”, em que a mídia exerce uma função estratégica, passando a interpretar o mundo através de “personalidades atraentes”, conferindo à massa o papel de “maioria silenciosa”. As grandes narrativas de

legitimação emancipatória, em especial o marxismo, procuravam interpretar o mundo e, então, modificá-lo, o que é afastado pela “performance” da razão cínica, que procura desacreditar e desatualizar tais narrativas, substituindo-as por uma cultura banalizada, em que ocorre, igualmente, a banalização da violência e da sexualidade. Para a grande sociedade do espetáculo, o que importa é a performance e o espetáculo na mídia e não o conteúdo da mensagem transmitida. O que ganha relevo é, então, o reconhecimento identificatório, em que o indivíduo se identifica, imagetivamente, por semelhança egóica, com a “imagem” apresentada, independentemente dos valores a ela subjacentes, num culto à banalização da cultura. Ou seja, cria-se uma realidade construída (hiperrealidade, como denomina Jean Baudrillard) a partir de um discurso comprometido com uma intencionalidade de convencimento, que busca, sobremaneira, a adesão dos interlocutores.

Estamos diante de um “cenário de engaiolamento das possibilidades de reinvenção política e cultural numa sociedade dominada pelo mercado livre”, decorrente de uma suposta inevitabilidade da história, tese já defendida pelo discurso neoliberal e subliminarmente difundida pela mídia mundial. De tal forma, os limites de indignação restam limitados por uma comunicação uniformizada e dominada por uma lógica orientada pela razão cínica e, como bem leciona Flávio Bertelli (2002), “onde não há espaço para existir uma tensão que possa dialetizar uma relação na prática, fica o supereu, reinando sozinho, e onde o supereu reina, o sujeito se avassala”, tendo em vista que a dita sabedoria cínica é fundada na negação da negação pervertida. Bertelli propõe uma complementação à frase de Sloterdijk que, a seu juízo, deveria ser: “eles sabem muito bem que, em sua atividade real, pautam-se por uma ilusão, mas eles, mesmo assim, continuam a fazê-lo” (2002).

A razão cínica, assim, não é fruto da ignorância, mas sim do conhecimento, de um conhecimento voltado a uma determinada finalidade, revelante do caráter eminentemente hobbesiano da natureza humana, em que ressalta um profundo desprezo pela condição humana. A ilusão, a fantasia ideológica preconizada pela razão cínica procura “estruturar”, ao seu sabor, a

realidade social, de forma que precisamos encontrar formas superiores de indignação que superem a lógica do cinismo e que reinventem a utopia¹⁵.

Forçoso reconhecer, infelizmente, que, apesar de vivermos sob a égide de um Estado de Direito, supostamente garantidor e promotor do pleno desenvolvimento e exercício dos direitos fundamentais do cidadão, nosso dia-a-dia é povoado por uma retórica - quando não demagógica - inconscientemente fundada em uma identificação imaginária com valores, mitos, representações e crenças que, em realidade, negam um verdadeiro conceito de cidadania.

2.3 O PENSAMENTO DE WARAT

Foi apresentada, no item anterior, a noção específica de “identificação imaginária à razão cínica”, na construção decorrente das idéias de Sloterdijk e Žižek, pela qual a sociedade moderna ocidental é pautada por condicionantes de pensamento, os quais impedem uma correta compreensão da realidade. É importante acrescentar, agora, que esse processo de mistificação se dá pelo uso da linguagem, que se constitui, por excelência, no mecanismo humano de comunicação.

Neste ponto lançamos mão das idéias de Luís Alberto Warat, o qual, com extrema profundidade, aborda em diversas de suas obras a temática da função ideológica da argumentação, enquanto mecanismo de convencimento, denunciando o efeito de realidade determinado pela persuasão decorrente da linguagem, na hipótese de o discurso verossímil encontrar adequação às formas axiológicas predominantes, não contradizendo a ideologia dos destinatários desse discurso. Como resultado, realiza o autor crítica à teoria do direito e do ensino jurídico tradicional, salientando a ideologização da dogmática jurídica como forma de alienação.

¹⁵ José Joaquim Gomes Canotilho publicou, na Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território (n.º 1, Lisboa: APD, set. 1995), trabalho intitulado “Direito do ambiente e crítica da razão cínica das normas jurídicas”, revelando que este tema não passou despercebido pelo eminente constitucionalista.

2.3.1 O papel da argumentação jurídica

O extraordinário e acelerado desenvolvimento das tecnologias massificadoras da informação e da comunicação no final do século XX, tendente a transformar a experiência humana em linguagem e comunicação, associado à ampliação dos regimes democráticos, nos quais a palavra, e não mais a força ou violência, assume papel preponderante como instrumento de ação política, evidencia a recente necessidade de as ciências humanas e a filosofia se debruçarem sobre os fenômenos da comunicação e da linguagem, ressaltando que a preocupação prático-teórica do homem com a linguagem remonta à tradição filosófica grega, a qual forneceu os princípios fundamentais sobre os quais a linguagem tem sido estudada até os nossos dias.

No final do século XIX, a problemática do estudo da linguagem enquanto fenômeno tipicamente humano deu origem a três disciplinas distintas: a) a lógica (p.ex., Wittgenstein); b) a lingüística (p.ex., Saussure e Chomsky); e, c) a filosofia da linguagem (p.ex., Ricoeur, Habermas e Perelman). Em que pese as discordâncias entre os representantes dessas três disciplinas, tornou-se consensual que a linguagem desempenha três funções fundamentais: a) a comunicação indicativo-referencial de fatos e estados de coisas; b) a expressão da subjetividade e do pensamento; e, c) a persuasão do interlocutor.

Pois bem, mas como se dá esse processo em que inconscientemente adotamos uma identificação imaginária em face de uma razão cínica, esse processo em que se confere efeito de realidade (representação sobre o real) a fatos ou idéias que não correspondem a um extrato de realidade?

Podemos responder - lançando mão das idéias de Warat, estabelecidas por este ao tratar da teoria da argumentação jurídica -, que esse processo de dominação da consciência dá-se através de processos determinados de persuasão, em que são utilizados silogismos falaciosos em ordem a estabelecer uma conclusão inadequada em relação às premissas que sustentam. Em outras palavras, argumentos habilmente manipulados constituem um meio de dominação ideológica, principalmente no discurso jurídico.

Importa-nos, agora, expor as críticas de Warat à argumentação jurídica, visto que esse processo de validação de argumentos não identificados com uma realidade concreta – que Zizek denomina como identificação imaginária à razão cínica – ocorre diuturnamente no âmbito do direito.

2.3.1.1 Crítica à argumentação jurídica

Os profissionais do direito, talvez mais que em outras atividades, realizam seus misteres através de um signo comunicante – a palavra, tanto escrita como oral –, produzindo uma argumentação que visa, finalisticamente, interpretar o direito por meio de processos determinados de persuasão, criando efeitos de convencimento. O grande problema está em que essa produção argumentativa se utiliza, muitas vezes, na produção de sentidos na comunicação jurídica, de silogismos falaciosos, impondo ao eventual receptor da mensagem comunicativa efeitos de realidade, de forma que este, em relação a essa significação transmitida, deve adotar uma visão necessariamente crítica.

Warat (1994, p. 94), ao propor, em sua crítica, uma leitura ideológica da argumentação jurídica, enquanto instrumento de ligação entre um sistema de poder e um sistema de comunicações, afirma, corretamente, que as práticas argumentativas do judiciário, da dogmática jurídica e das escolas de direito são manifestações concretas da ideologia dos juristas. De tal forma, o argumento não seria mais do que um raciocínio que coloca um conjunto de signos informativos, em função do poder, transformando a mensagem lingüística em ideologia, num sutil processo de sujeição e normalização das relações sociais.

Em face dessa realidade, infelizmente cada vez mais invisível, não se pode conceber um adequado estudo dos sistemas de comunicação vigentes na sociedade sem uma profunda e desmitificante preocupação quanto ao funcionamento ideológico dos argumentos, bem como da própria teoria da argumentação, uma vez que Warat concebe o argumento enquanto vinculação da persuasão à ideologia.

Neste sentido e utilizando uma simplificação maniqueísta podemos dizer que o raciocínio argumentativo é uma reflexão processada a partir da ideologia. É que o sistema de conexões entre diversas proposições argumentativas desenvolve-se inicialmente ao nível da mentalidade do público, partindo do provável, mas tendo como ponto inicial básico o pensamento ideologizado. A função do argumento seria assim uma função mascaradora. (1994, p. 95).

Assim, os argumentos, em seu aspecto ideológico, seriam produtores de um efeito de reconhecimento, de ilusão quanto à demonstração de algo que, em realidade, não se está comprovando, numa inversão do real que objetiva obter a aceitação e principalmente adesão dos receptores em relação àquilo que se pretende convencer, produzindo-se uma homogeneização dos valores.

Conforme o pensamento de Warat, a regra fundamental a ser seguida pelos argumentos persuasivos consiste em mesclar, dentro do discurso produzido, opinião e fato, realizando “um manejo induzido dos campos associativos dos signos e expressões de uma linguagem” (p. 145), provocando um “efeito de validade fático conotativo” (p. 146) ideologicamente respaldado.

Para explicar de uma forma mais eficiente o modo de produção de convencimento, diremos que o significado de uma mensagem persuasiva se obtém mediante um delicado processo de subordinação dos campos fáticos e conotativos aos condicionamentos ideológicos do sistema global das significações sociais, isto é, o plano simbólico. (1994, p. 148).

No pensamento de Aristóteles, a argumentação é constituída por raciocínios estabelecidos a partir de silogismos retóricos, ou seja, de opiniões (premissas) geralmente aceitas, de forma que o conteúdo aduzido pelo transmissor produz, no receptor, um efeito de adequação a esses valores universalizados e a conseqüente adesão deste ao raciocínio exposto.

Importante esclarecer que no pensamento aristotélico há uma contraposição entre o raciocínio argumentativo (não-demonstrativo), constituído por uma lógica do pensamento não-fomalizável, e o raciocínio lógico-formal (demonstrativo). Este último raciocínio ocorre quando são devidamente apresentados todos os pressupostos iniciais e suas regras lógicas de derivação, enquanto que o primeiro é amparado num conhecimento vulgarizado, em

crenças generalizadas da população, de forma que ocorre a aceitação da conclusão proposta em função de um efeito de adequação entre essa conclusão e o “pensamento popular de base” (WARAT, 1994, p. 97). Assim, o raciocínio argumentativo tende tão-somente à persuasão do receptor e não à efetiva demonstração da conclusão apresentada como verdadeira¹⁶, sendo, de tal modo, desvinculado da realidade concreta, da verdade, vinculando-se à verossimilhança, conceituada por Warat como “uma correspondência entre um enunciado e um corpo de opiniões geralmente aceitas” (1994, p. 97), produzindo, assim, um efeito representativo de verdade ou realidade (verossimilhança), que ocorre através de formalizações em que “substituímos a inferência lógica por uma inferência ideológica” (1994, p. 98). Segundo o autor, o “verossímil seria um tipo de afirmação que admitiria o contrário; sua verdade não submeteu-se [sic] à prova, mas postula o caráter de ser provavelmente aceita” (1994, p. 97), de tal modo, no silogismo retórico, o argumento não é necessariamente verdadeiro, mas sim verossímil.

Warat alerta que devemos ter muito cuidado com a adoção acrítica de uma divisão maniqueísta entre os raciocínios demonstrativos e persuasivos ou entre verdade e verossimilhança, visto que, muitas vezes, nos raciocínios demonstrativos, em suas conclusões, premissas ou pressupostos epistemológicos, verificam-se evidentes mistificações, em que se persuade afirmando operar com a verdade, quando se está produzindo apenas um efeito de realidade.

Aponta o autor comentado o paradoxo de a verdade buscar auxílio na verossimilhança, uma vez que a elaboração de um problema da verdade demanda, em seu processo, uma elaboração teórica ou lingüística, cujo controle dá-se em termos exclusivamente discursivos, mesmo que voltados à formação exclusiva de raciocínios eminentemente demonstrativos, resultando sempre em um “efeito de realidade, que servirá para reconhecer nossas representações

¹⁶ Michele Borba [S.d.] propõe uma distinção entre persuasão e convencimento, entendendo que, na primeira hipótese, há tão-somente preocupação do transmissor quanto ao resultado, “pois a convicção não passa a primeira fase que leva à ação”, enquanto que na segunda, o transmissor preocupa-se com o caráter racional da adesão.

sobre o real” (verossimilhança), transformando-se este efeito em verdade quando o “vinculamos ao processo prático de desenvolvimento social do homem” (1994, p. 98), sofrendo, por conseqüência, enquanto dado social e histórico, as transformações impostas pela história.

A verossimilhança não pode ser atualmente considerada como processo de produção de uma persuasão, mas como gerador de um efeito de realidade crível, decorrente da utilização de pontos de vista intuitivamente aceitos, tornando-se psicologicamente aceitos, uma vez que “as relações sociais produzem as idéias, ilusões e representações que regulam os critérios da intuição” (WARAT, 1994, p. 98). Ou seja, a recepção socialmente dominante (opinião geralmente aceita) da intuição resultante da verossimilhança acarreta na persuasão psicológica do argumento utilizado, em outras palavras, a aceitação de uma conclusão dá-se, no processo argumentativo, a partir das opiniões dominantes, revelando, segundo Warat, o caráter ideológico da teoria da argumentação, permitindo sua utilização como forma de alienação, realizando formas específicas de controle social, reproduzindo, numa função socializadora latente, valores previamente estabelecidos.

Mediante a argumentação socializa-se, massifica-se e se obtém a reiteração periférica de um modelo ideológico geral. Cada vez que aceita um argumento, o receptor adere às opiniões dominantes que estão na base do processo argumentativo. Aceitando o argumento, solidariza-se também à ideologia latente. Não se parece advertir que ao transmitir um argumento, consegue-se não só a inferência ideológica da conclusão, senão também das representações do mundo que estão na raiz desta inferência. O argumento desenvolve, simultaneamente, um raciocínio que nos permite chegar a uma conclusão aceitável e reforçar a ilusão que o originou. (1994, p. 99).

Como resultado dessa noção, Warat (1994, p. 99) conclui que a argumentação, para produzir efeitos de persuasão, não deve apenas buscar alcançar um efeito de verossimilhança, “de adequação a uma crença ou opinião generalizada”, mas principalmente, “ainda que só de modo indireto, um efeito de adequação axiológica em relação ao valor resguardado pela crença que habilitou o raciocínio”, entendida esta como manifestação “standard” das ideologias.

Revela-se importante considerar que, diante de tais considerações, o jurista, ao utilizar as formas jurídicas de argumentação, tem de ser preocupar, sobremaneira, que os argumentos empregados produzam um efeito de adequação valorativa em relação “às crenças sociais e jurídicas dos destinatários de suas mensagens”, sendo considerados, portanto, significativamente legítimos se não contradizerem as “formas axiológicas predominantes” que constituem a ideologia dos destinatários.

De tal forma, “a ideologia é o tribunal através do qual se mede a eficácia ou ineficácia de um argumento jurídico”, razão pela qual a argumentação jurídica “é sempre uma instância reprodutora dos valores predominantes” (WARAT, 1994, p. 100).

Quando um argumento jurídico produz um efeito de adequação em torno à crença de que o mundo do direito é o mundo da segurança (porque é também o mundo da legalidade e da neutralidade) está indiretamente socializando, provocando simultaneamente um efeito de homogeneização valorativa, apresentando os valores setoriais como se fossem valores universais. (WARAT, 1994, p. 100).

Warat, a partir de suas conclusões e do reconhecimento da evidente possibilidade de certas teses da dogmática jurídica serem ditadas não por enunciados teóricos, mas por enunciados retóricos, amparados por um efeito de adequação valorativa, afirma que a moderna teoria da argumentação deve ser fundada “sobre a tentativa de leitura dos argumentos e dos discursos teóricos como ideologia” (1994, p. 101).

Michele Borba [S.d.], resumindo o pensamento de Warat, afirma que a persuasão ocorre quando o emissor da mensagem manipula “um conjunto completo de crenças, representações e valores, com a finalidade de provocar o conjunto de relações associativas que determinam a aceitação, por parte do receptor, dos pontos de vista do emissor”, lançando mão, inclusive, de “estereótipos que representam um tipo de signos a partir dos quais a sociedade condensa e comunica os condicionantes ideológicos do sistema central de seus valores”.

Esse é o mecanismo psicossocial utilizado pelo discurso alienante, socialmente sacralizado, e que constitui em noção essencial para a devida compreensão do ponto seguinte, em que se tratará do conceito de “senso comum teórico dos juristas”, estabelecido por Luís Alberto Warat.

Importante apenas mencionar que a noção de Warat é trabalhada, de diferentes formas, por vários outros autores, entre eles Tércio Sampaio Ferraz (astúcia da razão dogmática) e Pierre Bordieus (*habitus*).

A “astúcia da razão dogmática” de Ferraz, como resume Lênio Streck, constitui “um deslocamento ideológico-discursivo”, no “qual os problemas do universo fenomênico são catapultados para o mundo das abstrações/idealizações”; em caminho semelhante, Francisco de Paula Figueiredo entende esse conceito de Ferraz com o “expediente de deslocar a discussão da essência material da controvérsia para problemas abstratos criados pela dogmática-formal”, de modo que “alcança-se uma interpretação que satisfaz o sistema mas não soluciona a questão, preferindo, assim, a preservação da falsa completude (em detrimento da instrumentalidade que quer alcançar o valor social que orienta a norma)”.

2.3.1.2 Senso comum teórico dos juristas

Como resultado, cria-se campo fértil para a auto-reprodução do conhecimento jurídico existente, já devidamente filtrado por parâmetros ideológicos, dificultando a criação do novo.

Em conseqüência, a produção de um objeto de conhecimento demanda, como primeira preocupação metodológica, determinar em que medida o saber acumulado (as teorias com que pretendemos iniciar a pesquisa do real) representa um conhecimento moral, que reproduz valores, mas não os explica. Contudo, o processo de produção de um objeto científico não pode tomar o conhecimento acumulado como um marco automático de referência. Só a partir da compreensão da problemática que esse saber acumulado determina é que poderemos constatar sua força explicação. Insistindo na idéia, diríamos que o trabalho científico produz seu objeto de conhecimento orientado por uma teoria liberada das formas morais da razão. Ora, esta libertação consiste numa mudança de posição do senso comum teórico, isto é, ele passa de teoria produtora a dado interpretável, converte-se num

determinante das relações sociais, numa parte da estrutura. Neste sentido a construção do objeto científico exige desde logo converter o saber ideológico, de instrumento de análise em dado observado. (WARAT, Mitos... [S.d.]).

Adotando-se ainda o pensamento de Warat, torna-se necessário fazer referência ao que ele denomina de “senso comum teórico” dos juristas, sendo este constituído por um conjunto de representações, noções, crenças, mitos e mistificações que governam, disciplinam e condicionam - ideologicamente - as atitudes cotidianas dos juristas em relação ao processo judiciário e a sua produção teórica, criando a falsa noção de é esse conjunto teórico-ideológico que, na prática jurídica, permite a produção de decisões ou significações socialmente legitimáveis, quando, em verdade, constitui um “sistema de conhecimentos que organiza os dados da realidade, pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas predominantes” (WARAT, Mitos... [S.d.]).

A ideologia em sua materialidade histórica determina um sistema de questões que comandam respostas favorecedoras de sua própria reprodução. É indubitável que a totalidade das respostas ideológicas constitui-se num corpo de conhecimentos. Precisando esta última afirmação, diríamos que o caráter abstrato da materialidade do ideológico aparece sob a forma de uma teoria ou, ainda, que o complexo de discursos mediante os quais se produz abstração da ideologia constitui o que nomeamos “senso comum teórico”. (WARAT, Mitos... [S.d.]).

O conceito dado por Warat para o pensamento crítico e o senso comum teórico dos juristas, constante do texto “Mitos e teorias na interpretação da lei”, é apresentado de forma sucinta, mas não menos complexa no artigo “Saber crítico e senso comum teórico dos juristas”.

O autor constrói o conceito de “senso comum teórico” a partir da noção de pensamento crítico, entendido este como um agir opositor que, através de diferentes marcos conceituais, pretende “compreender as condições históricas de elaboração e os vários sentidos sociais dos hábitos teóricos aceitos como o discurso competente dos juristas” (SABER... [S.d.]), visando o estabelecimento de “uma nova formulação epistemológica sobre o saber jurídico

institucionalmente sacralizado” (SABER... [S.d.]), cujas significações são reduzidas a meros conceitos.

Segundo seu entendimento, o

[...] pensamento crítico, assim entendido, encontra-se integrado por um conjunto de vozes dissidentes que, sem constituir-se, ainda, em um sistema de categorias, propõe um conglomerado de enunciações apto a produzir um conhecimento do direito, capaz de fornecer as bases para um questionamento social radical. (SABER... [S.d.]).

Além disso, a

[...] ortodoxia epistemológica do direito não realiza a análise acima referida, visto que está preocupada, - como o restante da epistemologia das ciências sociais - com o enclausuramento lógico referencial dos discursos produzidos em nome da ciência. Com isso, aliena o conhecimento científico em sua expressão material, como acontecimento significativo, politicamente determinado. Assim, a ortodoxia epistemológica reduz as significações a conceitos. (SABER... [S.d.]).

O discurso crítico proposto por Warat pressupõe a “substituição do controle conceitual pela compreensão do sistema de significações” e a “introdução da temática do poder como forma de explicação do poder social das significações, proclamadas científicas”, de forma a possibilitar o desvelamento do discurso de objetivação dogmático, o qual, em que pese justificado em uma teorização dita imparcial e apolítica, está condicionado por pressuposições ideológicas.

Desenvolveremos um pouco mais essas duas idéias: a trajetória epistemológica tradicional concebe o mundo social como sendo um sistema de regularidades objetivas e independentes. Esta proposta sugere a coisificação das relações sociais, o que permite concebê-las em seu estado ingênuo. É precisamente a perda dessa ingenuidade que vai permitir a formação de uma história das verdades, que nos mostre os efeitos políticos das significações na sociedade. (SABER... [S.d.]).

O senso comum teórico pretende apontar para a impossibilidade de ser produzido um discurso teórico puro no campo das ciências humanas,

especialmente no do direito¹⁷. O “senso comum teórico não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme” (SABER... [S.d.]), compreendido o termo “doxa”, como uma opinião consensual, um “senso comum” estabelecido por uma determinada sociedade, em um dado momento da história, tido como verdadeiro – que os marxistas denominam de “falsa consciência” – o qual, para a filosofia, deve ser necessariamente superado, para que seja possível alcançar o verdadeiro conhecimento.

A epistemologia tradicional, segundo o autor, procura, equivocadamente, “resolver, idealmente, as relações conflitantes entre a teoria e a práxis jurídica, ignorando, fundamentalmente, o valor político do conhecimento na práxis”, propondo um saber puro como teoria, o que permitiria a contaminação da práxis por essa pureza, “criando a ilusão de uma atividade profissional pura” (SABER... [S.d.]).

Como resultado da percepção decorrente do pensamento crítico, torna-se necessária a adoção de “uma epistemologia das significações como substituição ou complementação da atual epistemologia dos conceitos”, uma vez que estes são “construídos pela razão como uma tentativa de suprimir das idéias seus vínculos com as representações ideológicas ou metafísicas e com suas relações com o poder” (SABER... [S.d.]).

O autor, por fim, no supra mencionado artigo, aponta que a inter-relação entre as “crenças ideológicas”, as “opiniões éticas”, as “crenças epistemológicas” e os “conhecimentos vulgares” influi, “consciente ou inconscientemente, na formação do espírito jurídico”, produzindo um saber “que provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do direito e do seu conhecimento na sociedade”.

¹⁷ “O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme.” Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, *doxa*, em filosofia, constitui um “sistema ou conjunto de juízos que uma sociedade elabora em um determinado momento histórico supondo tratar-se de uma verdade óbvia ou evidência natural, mas que para a filosofia não passa de crença ingênua, a ser superada para a obtenção do verdadeiro conhecimento”.

2.3.1.3 As falácias não formais

Consideradas as assertivas apresentadas nos itens anteriores do presente trabalho - em essência, a possibilidade de uma manipulação persuasiva do raciocínio criando-se um efeito de verossimilhança em que são indevidamente confundidos opinião e fato - impõe-se, nesta parte, algumas considerações a respeito das falácias não formais que, como mencionado supra, ao estabelecerem um raciocínio não-demonstrativo, realizam a vinculação entre os raciocínios produzidos e os condicionantes ideológicos do receptor.

As formas de raciocínio retórico - em que se almeja um efeito argumentativo ou, em outras palavras, um uso persuasivo da linguagem - são estudadas pela filosofia da linguagem sob o rótulo de “falácias não formais” (argumentos de crença), ganhando tal denominação por serem fundadas em um “conjunto de crenças e opiniões intuitivamente (ou ideologicamente) aceitas” (1994, p. 155), sendo esses raciocínios, no entanto, desprovidos de rigor lógico. Warat se refere às falácias não formais como um “conjunto de afirmações obtidas transgredindo ou não considerando devidamente as regras de derivação de um recurso lógico estrito”.

Na visão de Warat, as falácias não formais seriam “um conjunto estereotipado de formas metodológicas que funcionam como princípios de inteligibilidade dos raciocínios persuasivos” (1994, p. 156). Em outras palavras, “um repertório de lugares persuasivos com os quais se pretende indicar as maneiras em que se trabalham as opiniões generalizadas ou crenças” - formas ideológicas do senso comum - “para conseguir que cheguem a ser aceitos”, como logicamente demonstrados, pontos de vista em realidade não demonstrados. Importante acrescentar que, atuando o efeito de persuasão no âmbito das crenças e valores ideologicamente determinados, o processo de adesão ao discurso falacioso dá-se, freqüentemente, de forma totalmente inconsciente.

As falácias não formais, assim, são raciocínios argumentativos que, para alcançarem a persuasão e conseqüente adesão do receptor ao discurso proferido, lançam mão de valores, crenças ou intuições ideologicamente respaldadas. A

mecânica não textual da construção dessa espécie de falácia dá-se pela inserção, no discurso, através de associações evocativas, de afirmações não demonstradas, mas que tenham a aparência de pertencerem a um “domínio conotativo comunitariamente aceito” (WARAT, 1994, p. 157).

Embora fosse a intenção original apresentar, neste item, uma relação das falácias não formais, a constatação quanto à existência de inúmeras classificações, algumas alcançando até 48 diferentes subdivisões, demandaria uma abordagem aprofundada, incompatível com a proposta deste trabalho.

Como apontado no início do presente trabalho, sua finalidade inicial era a de mostrar a importância da Teoria da Argumentação, na medida em que os argumentos, utilizados a todo o momento em nossas vidas em sociedade, podem, quando construídos foram de adequados padrões lógicos, dar ensejo, se associados a componentes ideológicos socialmente identificados, a estruturas de persuasão e convencimento desconectadas da realidade fática invocada no raciocínio deduzido.

Assim, sendo as falácias “armadilhas” do raciocínio, contra as quais não existe método seguro de proteção, salvo a atenção redobrada do operador do Direito quanto ao conteúdo de qualquer discurso argumentativo, somente o conhecimento de suas categorias e tipos permitirá que o receptor desse discurso, através da validação dos argumentos empregados, evite uma adesão a conclusões, valores ou crenças que, em realidade, estão dissociados de uma demonstração lógica, em que pese um aparente efeito de realidade.

3 DISCRICIONARIEDADE

Pois bem, foi possível perceber, até este ponto, a existência de um equívoco fundamental na condução, pelo poder público, do processo de formação de parcerias com as organizações não-governamentais, para a prestação de serviços públicos, especialmente quando financiadas estas com recursos da própria administração pública. O critério da eficiência ôntica das organizações não-governamentais não constitui, em realidade, uma verdade consistente, mas uma premissa, de caráter eminentemente relativo.

O mais grave é que essa dúplici possibilidade - se real ou irreal o mito apontado - importa em conseqüências diametralmente opostas, do ponto de vista do correto agir do administrador público. Se real o mito, as organizações não-governamentais serão sempre mais eficientes que o próprio poder público e, portanto, não há opção administrativa, tendo em vista que o administrador público está "vinculado" à obrigação de dar a melhor resposta razoável e proporcionalmente possível às demandas da sociedade. Surge, aqui, um paradoxo, qual seja o de que o titular natural da obrigação pela prestação de serviços públicos é o "pior prestador". Por outro lado, se irreal o mito - e a doutrina reconhece esse equívoco do Plano - as organizações não-governamentais podem ou não ser mais eficientes que a administração pública na prestação de serviços públicos, de forma que se demonstra imprescindível que, diante de cada caso concreto, seja cotejada a qualificação e a capacidade técnicas, tanto da entidade privada, com do ente público, de forma a permitir uma deliberação consciente e coerente, no sentido de ser escolhido o mais "eficiente". Se o poder público é, por definição, o titular da obrigação quanto à prestação de serviços públicos, somente a comprovação de sua menor eficiência é que será admissível, do ponto de vista administrativo-constitucional, a transferência da sua execução para entidades privadas, limitando-se, em qualquer hipótese, tão-somente aos serviços públicos não-exclusivamente estatais, cujo conceito não é trabalhado neste estudo, mas cuja definição se demonstra essencial para o dia-a-dia dos administradores públicos.

Na prática do dia-a-dia da administração pública brasileira, houve a adoção acrítica do mito da eficiência ôntica, até mesmo em função de nossa tradição positivista, cuja crítica já foi devidamente estabelecida na seção anterior.

Mas, diante da percepção da irrealidade do mito efficientista, deve a decisão ser baseada em uma avaliação técnica, a partir de requisitos e necessidades racionalmente estabelecidas. Constata-se, então, a existência de uma margem racional, dentro da qual é possível uma tomada de decisão, pelo administrador público, no sentido de ele próprio prestar aquele determinado

serviço público ou, verificada a maior eficiência técnica do ente privado, transferir a este, de forma remunerada, essa execução.

Há, portanto, uma margem de escolha, um campo de discricionariedade administrativa, tema que, diante dessa constatação, se revela fundamental.

3.1 VISÃO GERAL

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1991, p. 367-368) entendem que “o Direito Administrativo surgiu como uma manifestação das concepções jurídicas da Revolução Francesa e como uma reação direta contra as técnicas de governo do absolutismo”, no qual

[...] a fonte de todo Direito é a pessoa subjetiva do Rei na sua condição de representante de Deus na comunidade, o que implica que pode atuar tanto por normas gerais como por atos singulares ou por sentenças contrárias àquelas.

Para os revolucionários franceses de 1789, a fonte do Direito não estava “em nenhuma instância supostamente transcendental à comunidade, senão nesta mesma, na sua vontade geral” (1991, p. 368), existindo apenas uma forma legítima de expressão dessa vontade, a lei geral, que deve determinar todos e cada um dos atos singulares do poder. Uma das principais conquistas da Revolução Francesa foi o estabelecimento dos princípios do Estado de Direito, ou seja, o estabelecimento de um conjunto restrito de normas de atuação do poder estatal, de modo que o ente público possa realizar apenas o que lhe for anterior e formalmente autorizado pela sociedade, passando o indivíduo (*citoyen*) a deter importantíssima garantia contra o poder ilimitado do Estado¹⁸. Refutou-se, assim, a doutrina da vinculação negativa da Administração à legalidade, expressa na noção do “L’État c’est moi” e passou-se à doutrina da vinculação positiva da Administração à legalidade. Não se poderia admitir, de

¹⁸ As modificações introduzidas objetivavam, principalmente, assegurar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões da autoridade, com a finalidade de garantir os interesses da nova e emergente classe dominante, a burguesia, reduzindo a insegurança jurídica reinante no período anterior à Revolução Francesa.

tal modo, nenhum poder jurídico que não fosse o desenvolvimento de uma atribuição normativa precedente. Em outras palavras, o poder estatal seria proveniente apenas do sistema positivo e não proveniente em razão de um atributo ou de uma qualidade pessoal de qualquer sujeito que pudesse ser colocada à margem ou isento desse conjunto de normas. Esta é, em resumo, a visão do administrativista Merkl (apud ENTERRÍA e FERNANDEZ, 1991, p. 374):

[...] não só a Administração, considerada em seu conjunto, está condicionada pela existência de um Direito Administrativo, senão que também cada ação administrativa isolada está condicionada pela existência de um Direito Administrativo, senão que também cada ação administrativa isolada está condicionada pela existência de um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação.

Para Enterría e Fernández (1991, p. 376), a legalidade de toda ação administrativa está na possibilidade de se verificar a compatibilidade entre o ato concreto e um preceito ou princípio jurídico.

[...] para contrastar a validade de um ato não há, portanto, que questionar-se pela existência de algum preceito que o proíba, sob a hipótese de que ante a sua falta deve entender-se lícito; pelo contrário, tem-se que inquirir se algum preceito jurídico o admite como ato administrativo para concluir por sua nulidade em ausência de tal disposição.

As atuações administrativas estatais, pois, somente podem ser efetivadas na medida em que possuem expressa previsão normativa, caracterizando-se esta como um pressuposto de sua validade.

Para o Direito Administrativo, vale o princípio pelo qual o que não é permitido há de se entender proibido (*quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*), enquanto que, na vida privada, vige a noção de que há de se entender permitido tudo o que não é proibido (*permissum videtur in omne quod non prohibitum*). Toda ação administrativa apresenta-se, nessa medida, como o exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e construído; fora dessa cobertura legal, a ação administrativa simplesmente não

pode ser desenvolvida, sob pena de sua invalidade e conseqüente responsabilização de seu realizador. Este é o pilar do denominado princípio da legalidade.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles (1990, p. 79), quanto ao significado do princípio da legalidade, aduz que

[...] o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa, assim, estaria condicionada ao atendimento da lei, não havendo liberdade nem vontade pessoal do administrador público, visto serem de ordem pública as leis administrativas, irrelegáveis pelos agentes públicos, na medida em que traduzem verdadeiros poderes-deveres. Poderíamos afirmar: enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza; a lei, para o particular, significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p.55-58), “é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos”, constituindo o elemento que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Nessa óptica, o princípio da legalidade seria o princípio basilar do regime jurídico administrativo, já que o Direito Administrativo nasce como uma conseqüência do Estado de Direito, caracterizando a submissão do Estado à lei, surgindo, ainda na visão de Celso Antônio (1993, p. 24-26), como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção esta informadora do caráter da relação de administração.

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração

não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. Administrar é aplicar a lei, de ofício.

O ilustre administrativista Juarez Freitas (1997, p. 60-64) reforça muito bem esse entendimento, aduzindo que “a vinculação à legalidade é imperativo condicionado ao sistema jurídico e, de conseguinte, muito mais forte e profundo do que supõem os defensores da vinculação como mero extrato da legalidade”.

O constitucionalista pátrio José Afonso da Silva (1990, p. 362) acrescentou mais um elemento ao princípio da legalidade, ao afirmar que a legalidade, norteadora desse princípio, não se dá pelo mero atendimento ao império da lei, mas sim pelo cumprimento do princípio da igualdade, na medida em que seu objetivo seja equilibrar as desigualdades sociais existentes. Não haveria qualquer sentido no princípio da legalidade se este não objetivasse, precipuamente, à realização do bem comum.

Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça e não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. (grifo do autor)

Observada, assim, a evolução do Estado, de um modelo de “Estado-Polícia”¹⁹ - caracterizado por: uma atividade estatal não vinculada a qualquer regra jurídica; inexistência de direitos subjetivos públicos dos particulares oponíveis à atividade estatal e fins colimados pelo Estado (ou seja, pelo detentor do Poder) não subordinado a qualquer limite -, como refere Afonso Rodrigues Queiró (apud FERREIRA, 1997, p. 233), ao moderno “Estado de Direito”²⁰ - caracterizado por: limitação da atuação estatal, em face dos particulares, à forma

¹⁹ No Estado-Polícia, o poder não se encontra, em realidade, adstrito ao ordenamento jurídico, estando concentrado o comando das funções públicas em uma única pessoa ou em um restrito grupo, o qual gere a sociedade em conformidade com seus interesses, pressupondo que estes efetivamente traduzam as necessidades da coletividade. Trata-se, felizmente, de modelo superado pela história.

prescrita pelo Direito, existência de garantias efetivas dos cidadãos em face da Administração Pública e os fins devem ser anteriormente exigidos e legitimados pelo sistema jurídico -, a Administração Pública, da mesma forma, enquanto “aspecto dinâmico do Estado na realização de suas finalidades”(FERREIRA, 1997, P. 233), seria objeto de similar aperfeiçoamento, medrando de uma liberdade irrestrita, sujeita tão-somente ao arbítrio do detento do poder, para uma vinculação cogente ao Direito, mesmo quando se está diante de ato dito discricionário, uma vez que a subordinação da ação administrativa às finalidades exigidas e legitimadas pelo sistema jurídico, tanto na atividade vinculada como na discricionária, figura como requisito essencial, sob pena de invalidação do ato praticado.

Não se pode mais, portanto, admitir que a autoridade administrativa fuja da subordinação à lei, pelo motivo de o arbítrio haver sido substituído por

[...] princípio que comanda a submissão de todas as atividades estatais à ordem jurídica e, na consecução de seus fins, no exercício da função administrativa, as ações dependem de autorização legal e não podem ir além dos limites traçados pelo legislador. (HENTZ, 1993, p. 127-128).

O princípio da legalidade, como condicionador de toda atividade administrativa à lei, ao qual se submete o detentor da vontade estatal, manifesta um vínculo específico entre o órgão administrativo executor da ação administrativa e o órgão legislativo que estabeleceu a vontade abstrata, genericamente enunciada.

A autoridade administrativa dispõe de competência para, livremente, apreciar os fatos inerentes a sua função, no exercício de um poder político. Sinteticamente, a ação administrativa, visando a realizações prática de interesse público, pode ocorrer de três formas distintas. Na primeira, a autoridade administrativa se omite, se abstém, deixa de praticar ato, facultado pelo ordenamento jurídico. Na segunda, o agente público age, realizando ações capazes de “adquirir, resguardar, transferir, modificar e extinguir direitos”

²⁰ O Estado de Direito é estreitamente vinculado ao ordenamento jurídico (sistema de normas jurídicas), proveniente de um órgão determinado, composto de acordo com os interesses

(HENTZ, 1997, p. 127), devendo o ato praticado se adequar aos tipos previamente formatados pela legislação, como pressuposto para que o Estado possa, lícitamente, manifestar sua vontade política. Na terceira, por fim, o administrador público possui um leque de possibilidades, legalmente previstas, cuja escolha depende de sua vontade, desde que esta encontre conformidade com os princípios básicos da administração pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade²¹.

A sujeição da administração às regras de direito pré-existentes (princípio da legalidade), no entanto, não pode ser absoluta, na medida em que a inesgotável variedade de ações administrativas possíveis torna inviável o prévio estabelecimento das bases legais nas quais estarão inseridos todos os atos administrativos, sendo, em verdade, desaconselhável que a ação administrativa seja completamente atrelada à necessidade de um proemial e específico regramento. De tal modo, a administração deve dispor de uma competência própria, permitindo a adaptabilidade de sua ação à diversidade de demandas que lhe são diuturnamente propostas, não podendo essa liberdade ser total, sob pena de impedir qualquer controle sobre a atividade do administrador público, conduzindo ao caminho da arbitrariedade. Laubadère (1953, p. 224) justifica o poder discricionário no reconhecimento de que em toda organização administrativa é necessário que uma parte do poder seja deixado às autoridades administrativas, visto, como já aduzido anteriormente, ser impossível ao legislador realizar, quando da elaboração do texto legal, a previsão de todas as suas hipóteses possíveis de aplicação, tendo de, necessariamente, optar por uma determinação genérica.

La justification du pouvoir discrétionnaire est donc essentiellement une justification pratique. L'école normativiste de Kelsen a également proposé une justification juridique liée à la conception de la formation du droit par degré: chaque étape de formation du droit réalisant une concrétisation plus poussée de la règle de droit, il en résulte chaque fois une marge de pouvoir discrétionnaire qui

sóciopolíticos dominantes, jurisdicionalmente controlados.

²¹ Está incluído, neste rol, a partir da Emenda Constitucional n.º 19, o princípio da eficiência.

correspond à la part d'innovation apporté à la règle précédente. (LAUBADÈRE, 1953, p. 224).

Debbasch (p. 376-378), nessa perspectiva, refere as duas modalidades extremas de poderes da administração, quais sejam a competência vinculada (*compétence liée*)²² e o poder discricionário (*pouvoir discrétionnaire*)²³, referindo-as como hipóteses limites, visto que, na prática, existe uma infindável variedade de situações mais ou menos próximas de cada um dos referidos pólos.

Le pouvoir de l'administration est dit 'lié' lorsqu'il s'analyse em une obligation d'agir em um sens determine. Dans une telle hypothèse, l'administration perd son pouvoir d'appréciation de l'opportunité de l'action à accomplir. La légalité est totalement contraignante. [...] Le pouvoir de l'administration est qualifié de 'discrétionnaire' lorsque la puissance publique possède un complet pouvoir d'appréciation em fonction dès circonstances. La légalité disparaît au profit de l'opportunité. [...] Compétence liée et pouvoir discrétionnaire sont des hypothèses limites. Dans la pratique, il existe une extreme variété de situations plus ou moins voisines de l'un des deux pôles. (DEBBASCH, p. 376-378)

Assim, seguindo lição de Bandeira de Mello (1996, p. 249-251), na competência vinculada ou atividade vinculada descaberia “qualquer apreciação subjetiva por parte da Administração dada a prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento aceitável”, enquanto que nos atos decorrentes do poder discricionário subsistiria “certa margem de liberdade de avaliação ou decisão para o agente, segundo critérios de oportunidade e conveniência”.

É necessário que se tenha a devida percepção que os efeitos decorrentes dos atos praticado nem sempre são os mesmos previstos pelo legislador ou pelos administrados. Assim, como afirma Hentz (1993, p. 128), “a aparente ou real dissonância entre a vontade abstrata e a realização concreta dá ensejo à verificação da obediência dos princípios norteadores da atuação do agente público”.

²² “Dans l'hypothèse de la compétence liée, l'action de l'administration doit s'insérer étroitement dans le moule prévu par le législateur. L'administration n'a aucune faculté d'appréciation quant au sens de son action.”

²³ “Le pouvoir discrétionnaire repose sur une latitude d'action laissé à l'administration par les règles de droit em vaguer.”

Esse controle da atividade administrativa pode e deve ser exercido pelo próprio ente que deu azo à ação estatal danosa, cabendo ao administrado, face à inércia ou resistência da administração pública, postular a via revisional, através de órgão dotado de função jurisdicional (Poder Judiciário). Salienta-se que, diversamente de outros países, não existem, no direito brasileiro, órgãos jurisdicionais administrativos, com competência exclusiva para solver questões decorrentes de atos emanados de órgãos estatais²⁴.

Com muita propriedade, Rocha França (1999, p. 60-75) aponta que

[...] o grande dilema enfrentado pela Administração Pública na fase atual do Estado intervencionista tem sido conciliar os princípios e regras do direito público, responsáveis pela segurança jurídica, e as finalidades político-econômicas da Constituição.

A realidade mundial, em que as “forças econômicas do capital e do trabalho” anseiam por soluções rápidas e eficazes para as “tensões socioeconômicas decorrentes da globalização” conduz a uma ruptura dos tradicionais mecanismos colocados à disposição do administrador público para a “concretização normativa do texto constitucional”, dando ensejo ao deslocamento de parte da atividade originadora do ordenamento jurídico material do Poder Legislativo para o Poder Executivo, justificado, aparentemente, nas pressões sociais para uma “maior dinamização da ação estatal, em face de uma realidade social cada vez mais instável” (FRANÇA, 1999, p. 60). Vê-se, assim, pelo incremento de um Estado nitidamente intervencionista, que o mencionado deslocamento da produção normativa para o Poder Executivo

²⁴ A revisão dos atos administrativos pela própria Administração, em que pese inexistir qualquer dúvida quanto à sua viabilidade legal, e ser de todo conveniente, desde que resguardado o direito adquirido, não constitui opção corrente no Brasil, sendo raramente oportunizado aos administrados. A atual Constituição Federal, por exemplo, não repetiu dispositivo previsto pela Emenda n.º 07, à Emenda de 1969 (§ 4º, *in fine*, do artigo 153), pelo qual o ingresso em juízo poderia ser condicionado ao prévio exaurimento das vias administrativas, “desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para decisão sobre o pedido”. Acrescenta-se, ainda, que o artigo 203 da Emenda n.º 01, de 1969, previa a possibilidade de criação de contenciosos administrativos nas esferas federal e estadual, sem poder jurisdicional, “para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes de trabalho”, bem como visando a solução, consoante o artigo 205, de questões verificadas entre pessoas de direito público de mesmo nível de governo.

permite incrementar a “inserção de interesses privados setoriais como interesse público ‘legitimado’ pela produção legislativa da administração pública”, o que é limitado, em parte ao menos, pelos “processos lentos e abertos do Poder Legislativo” (FRANÇA, 1999, p. 61).

Verifica-se, igualmente, por esse processo de transferência de competências normativas, um elevado incremento nos atos administrativos formais²⁵, ampliando a possibilidade de ação do Poder Executivo como agente normativo. E tal como os atos administrativos materiais, os formais estão simetricamente sujeitos aos mesmos requisitos (competência, motivo, objeto, forma e finalidade). A concentração, em um mesmo Poder (no caso, Executivo), de considerável parcela da atividade legislativa, tem como decorrência um correspondente aumento do poder discricionário, resultando em intolerável acúmulo, num mesmo ente, das funções legislativas e administrativas. Rocha França, com propriedade, aduz que a liberdade da administração pública não foi estabelecida visando produzir arbitrariedade, no entanto, esse processo de concentração de poderes acaba por permiti-la, de modo que “a criatura ‘discricionária’ voltar-se-ia contra seu único criador, a lei” (1999, p. 63).

Dentro dessa perspectiva de exacerbação dos limites do poder discricionário pelo Poder Executivo, em decorrência da concentração, em suas mãos, de relevante parcela das atividades legislativa e administrativa, adquire relevante importância o debate sobre a viabilidade da realização de ato administrativo decorrente do exercício de um poder livremente discricionário, em face das limitações introduzidas ao discricionarismo pela atual Constituição Federal e, por conseguinte, a possibilidade do exame do ato praticado pela via jurisdicional, ultrapassando-se a anteriormente intransponível barreira quanto ao pronunciamento judicial sobre o mérito dos atos administrativos. A viabilidade do controle jurisdicional do mérito do ato administrativo decorre, essencialmente, da constatação de que o administrador público, mesmo na

²⁵ Na lição de Seabra Fagundes (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Saraiva, 6ª edição, 1984, pp. 21-24), referido por Rocha França (1999), todo ato administrativo emanado do Poder Executivo é, formalmente, um ato administrativo. Por outro lado, estaremos diante de um

realização de atos decorrentes do exercício do poder discricionário, está sujeito ao pleno atendimento dos princípios básicos da administração pública, de forma a que os critérios de oportunidade e conveniência do administrador não são arbitrários, mas sujeitos ao pleno atendimento de um interesse público relevante.

3.2 PODER DISCRICIONÁRIO ADMINISTRATIVO

3.2.1 Vinculação da administração à lei

As autoridades administrativas possuem a responsabilidade de executar as leis, realizando a aplicação do direito, a qual, conforme lição de Maurer (2001, p. 43-53), apresenta quatro graus determinantes: a) averiguação do fato, onde é comprovada a sua existência real; b) invocação e interpretação do tipo legal, onde se verifica e determina qual o tipo legal aplicável e o que ele indica; c) subsunção do fato sob o tipo legal, onde se verifica a conformidade do fato com o tipo legal; e, d) comprovação da consequência jurídica resultante, onde são verificadas as consequências jurídicas determinantes no caso concreto.

Segundo Maurer, a aplicação do direito “não é somente conclusão lógica, mas também um procedimento de entendimento valorativo” (2001, p. 46).

A vinculação à lei funciona dentro de um processo que atua em duas direções. Pela primeira, as autoridades administrativas dependem do parlamento e da produção normativa por este realizada, submetendo aquelas, também, a um controle judicial, compreendendo este, na visão do autor, (quase) a atividade administrativa total. A administração estaria, portanto, “em um campo de relação e vinculação duplo” (2001, p. 47).

A administração se encontra vinculada à lei de duas formas distintas. Primeiramente, há somente uma consequência jurídica em consideração, devendo a administração atuar em conformidade com a prescrição legal. Em

ato administrativo material quando esse ato versa sobre situações jurídicas individuais, regidas por preceito normativo contido em texto legal, num processo de concretização normativa da lei.

segundo lugar, de forma menos restritiva, as autoridades administrativa possuem certos espaços de atuação e decisão, espaços de decisão abertos pelas prescrições do poder discricionário, que confere ao administrador a liberdade de escolher, entre diferentes conseqüências jurídicas, a que considera mais adequada.

Caio Tácito (1996, p.127) preleciona, quanto ao tema, que “o conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam *razoáveis* e o objeto do ato *proporcional* à finalidade declarada ou implícita na regra de competência”, traduzindo o princípio da razoabilidade, na lição de Lúcia Valle Figueiredo (1985, p. 46), a “relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração”, enquanto que o princípio da proporcionalidade a adequação do atendimento de um determinado fim sem a ocorrência de superação do escopo normativamente estabelecido.

Assim, a ação administrativa deve conduzir a um resultado proporcional e razoável à finalidade pretendida pelo legislador, vedando o abuso de poder e o arbítrio por parte da autoridade pública.

3.2.2 O conceito de poder discricionário

O progresso da legalidade, realizado, em grande parte, pelo reconhecimento e, muitas vezes, constitucionalização, dos princípios básicos da administração pública permitiram a redução do anteriormente amplo domínio do poder discricionário, sendo este, ressalta-se, intrínseco ao governo humano (ENTERRÍA e FERNANDEZ, 1993, p. 443 apud FRANÇA, 1999, P. 63).

Hay por ello potestades que en si mismas son y non pueden dejar de ser en buena parte discrecionales, por su propia naturaleza; así, la potestad reglamentaria, o la potestad organizativa, o las potestades directivas de la economía o, em general, todas aquellas que implican ejercicio de opciones respecto de soluciones alternativas. Todo esto no es mecanizable en fórmulas fijas y regladas. Es más: la atribución a la Administración de muchas funciones se hace buscando justamente para su gestión la estimación subjetiva de la oportunidad que la técnica de la discricionalidad permite y sólo por ello.

O poder discricionário, como afirma Maurer (2001, P. 48), concerne “ao lado da consequência jurídica de uma regulação legal”, sendo verificado quando o tipo legal invocado permite a escolha entre diferentes consequências jurídicas, havendo um espaço próprio e específico de atuação, dentro do qual todas as alternativas seriam conforme o direito, devendo ser devidamente aprovadas, em caso de exame judicial-administrativo, desde em conformidade com a finalidade, convenientes e razoáveis. O autor estabelece duas hipóteses de poder discricionário: a) de resolução, quando a questão permitida à autoridade diz respeito com a decisão ou não de intervir e tornar-se ativa; e b) de seleção, quando a questão diz respeito com a escolha, dentre diferentes medidas possíveis e admissíveis, qual deve ser tomada no caso concreto.

Na medida em que o legislador não está capacitado para colher toda a multiplicidade da vida e prever uma regulação específica a cada hipótese concreta possível, o poder discricionário surge como recurso à administração pública, pela delimitação de um quadro genérico e pela indicação de objetivos tendentes a satisfazer o interesse público, de forma que, dadas as circunstâncias concretas, torna-se possível encontrar uma “solução conveniente ao caso particular e ajustada à coisa” (MAURER, 2001, p. 49), de forma que o administrador público decida exatamente como o legislador, caso este estabelecesse uma norma vinculativa.

Fritz Fleiner (1933, p. 116-122) aduz que o poder discricionário é observado quando o direito objetivo permite a um órgão público agir por sua própria determinação, considerando que o legislador tenha percebido que em numerosas relações da vida, o resultado pretendido, ou seja, a proteção dos interesses públicos²⁶ pode ser alcançada por diferentes caminhos, razão pela qual o legislador se limita apenas a traçar um marco legal, a partir do qual a autoridade administrativa pode atuar livremente em cada caso concreto.

²⁶ Fleiner, com pertinência, aponta que nunca será possível elevar ao nível de sistema o conceito de “interesse público”, pelo motivo de as exigências do interesse público variar de uma instituição jurídica para outra, sendo possível tão-somente a determinação do conceito de interesse público que se revela em cada texto legal.

La autoridad administrativa encargada de la ejecución de la norma jurídica há de expresar como deve resolverse cada caso particular de acuerdo com la ley, y para ello debe basarse em su manera de ver la realidad, debida a sus conocimientos científicos y a su experiencia práctica de la técnica administrativa. (...) Em el reglamento de carácter legal siempre se encuentran indícios para saber qué elementos han de ser tenidos em cuenta para el ejercicio Del poder discrecional. (MAURER, 1933)

O legislador espera que a autoridade pública, ao realizar o exercício do poder discricionário, se aterá às idéias dominantes em cada momento histórico e a cada localidade. Ao permitir que o poder discricionário da autoridade pública intervenha na fundamentação e interpretação das relações jurídicas públicas, o legislador está incorporando aos princípios jurídicos um elemento móvel, apto a permitir ao administrador público executar os preceitos legais de modo a sempre adequar a atuação estatal às variáveis exigências da vida e ao interesse público.

Gasparini (2000, p. 86-88) conceitua como discricionários os atos “praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve” - pode-se “então definir a discricionariedade, ou a atribuição discricionária, como sendo a atuação da Administração Pública em que a lei lhe permite certa margem de liberdade para decidir diante de uma situação concreta” (2000, p. 88) - , cabendo a esta definir qual o comportamento a ser selecionado, consoante seus critérios próprios de oportunidade e conveniência (mérito). Mérito, conforme Gasparini (2000, p. 87), “é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público”.

A conveniência estaria atrelada à verificação de que o ato pretendido interessa, convém ou satisfaz o interesse público, ou seja, sua utilidade, enquanto que a oportunidade, à adequação do momento do ato a esse mesmo interesse público, constituindo, ambos, os juízos subjetivos do agente competente sobre determinados fatos e que o conduzem a decidir por um ou outro comportamento legalmente permitido. Para Diogo de Figueiredo (1991, nota de rodapé, p. 89), “há conveniência quando o conteúdo jurídico de um ato convém à produção de um resultado que, em tese, está adequado ao

atendimento de sua finalidade” e que “há oportunidade quando, considerados os pressupostos de fato e de direito, o momento da ação é o adequado à produção desse resultado que, em tese, atende sua finalidade”.

Segundo Ribeiro Bastos (1994, p. 100), os atos discricionários são aqueles que, embora regulados pelo ordenamento jurídico, estabelecem, expressa ou implicitamente, em face da impossibilidade de ser objetivamente extraída uma solução unívoca ao caso concreto, determinada margem de liberdade para a atuação do agente público, competindo a este a apreciação de certos aspectos, tais como o momento, a forma, o conteúdo ou o motivo do ato a ser praticado na situação vertente. Acrescenta não podermos confundir os atos discricionários com os atos arbitrários, sendo os primeiros realizados dentro dos limites legais de atuação, portanto válidos e legítimos, enquanto aos os segundos são praticados em desacordo com a legislação vigente, com abuso da margem legal de liberdade, e, por conseqüência, ilícitos e inválidos.

Ribeiro Lopes (1993, p. 45-51), com propriedade, infere que “a história da discricionariedade administrativa é a história de sua contenção em nome de um conceito de maior responsabilidade e de um sistema mais efetivo de controle da Administração Pública”. Para o autor, o poder discricionário é baseado, sobretudo, em critérios de mérito (oportunidade, conveniência, justiça, igualdade) a serem examinados pelo agente público - “segundo critérios consistentes de razoabilidade” -, visto que não previamente definidos pelo legislador, sendo indispensável, para a adequação ética do ato, que a solução adotada seja válida perante o direito, pois a ilegalidade afasta, de imediato, a discricionariedade.

Discricionário é qualidade do ato que, em obediência rígida ao princípio da legalidade e aos demais preceitos firmados como condição de validade da atuação administrativa, deflui de uma opção legítima por parte do agente público em seu atuar não estando adstrito à obrigatoriedade da ação ou omissão, sendo esta guiada por critérios aferidos de utilidade, necessidade, viabilidade e interesses internos da Administração. (LOPES, 1993, p. 47).

Cavalcanti (1974, p. 246-250) analisa a problemática dos atos discricionários em dois aspectos diversos, o primeiro relacionado aos atos que, por natureza, são discricionários, e o segundo, à parcela de poder discricionário dos atos administrativos em geral (a medida da conveniência e da oportunidade, a escolha dos meios para a execução do ato, é que se contém na esfera da discricionariedade). Seria discricionário, para o autor, todo ato insuscetível de apreciação por outro poder que não aquele que o praticou, sendo caracterizado pelo arbítrio, com predominância do critério da justiça, conveniência ou oportunidade. Refere o autor doutrina de Rodolpho Laun (1934, apud CAVALCANTI, 1974), para o qual é possível distinguir “poder discricionário subordinado à lei”²⁷ de “poder discricionário propriamente dito”²⁸, sendo separados por diferentes graus de discricção e arbítrio. Essa distinção é criticada por Adolpho Merkl (p. 198, apud CAVALCANTI, 1974), para o qual a diferenciação estaria apenas no maior ou menor conteúdo do elemento discricionário.

José Cretella Júnior (1975, p. 33-39), propondo o exame do poder discricionário pela teoria tridimensional do direito do professor Miguel Reale, afirma que aquele - o poder discricionário -,

[...] faculta ao agente público certa faixa de desvinculação, permitindo-lhe a formulação de juízos axiológicos, síntese convergente de uma série infinita de operações emotivo-intelectivas, que dão como resultado, na prática, ao pronunciamento administrativo, à ação e à inércia, á palavra ou ao silêncio, consubstanciando-se a seleção final na edição, em concreto, do ato administrativo discricionário. (CRETELLA JÚNIOR, 1975).

Em outra obra, Cretella (1961, v. 3, p. 93) entende o poder discricionário como a atitude “axiológica que antecede a prática do ato, verdadeiro juízo de

²⁷ No qual é pressuposta uma norma legal geral que concede à autoridade administrativa executora a competência para a apreciação das circunstâncias e peculiaridades de cada caso concreto.

²⁸ Neste caso, a norma legal é mais genérica, sendo facultado ao agente público um maior número de possibilidades, possuindo maior escolha na forma de execução do finalidade dessa norma.

valor”, representando “uma série complexa de operações intelectuais que, terminadas, podem concretizar-se ou não no ato discricionário”.

Acrescenta Cretella que o agente público edita o ato discricionário em função da íntima tensão fato-valor e que o construído do ato administrativo discricionário “só tem significado essencial em razão dessa funcionalidade” (1975).

O autor, em sua obra “Direito Administrativo do Brasil” (1961, v. 3, p. 93) trabalha o conceito de poder discricionário como “a faculdade toda especial que possui a Administração de apreciar a oportunidade ou conveniência da ação dos órgãos administrativos dentro de certos limites”²⁹.

Para Laubadère (1953, p. 221-228), há poder ou competência discricionária quando, na presença de determinadas circunstâncias de fato, a autoridade administrativa é livre para tomar tal ou qual decisão, podendo escolher entre diferentes alternativas, não sendo sua conduta prevista anteriormente pela lei.

Il y a pouvoir (ou compétence) discrétionnaire lorsque, em présence de circonstances de fait donnés, l'autorité administrative est libre de prendre telle ou telle décision, à le choix entre ces décisions, autrement dit lorsque sa conduite ne lui est pas dictée à l'avance par le droit.

Do contrário, há poder ou competência vinculada (*lié*) quando o administrador público se encontra na presença de circunstância de fato, diante da qual a regra de direito prevê, antecipadamente, a conduta a ser adotada, não havendo possibilidade de escolha.

²⁹ Em nota de rodapé n.º 19 (p. 93), o autor transcreve os conceitos de diversos autores: MICHOUD: “Há poder discricionário sempre que uma autoridade age livremente sem que a conduta a tomar lhe seja de antemão ditada por uma regra de direito”; GIRAUD: “Há poder discricionário para a Administração quando esta não é obrigada pela lei a adotar uma atitude determinada. Ela tem a escolha entre a ação e a abstenção ou, se age, pode escolher entre várias decisões”; ROGER BONNARD: “Ocorre o poder discricionário quando a lei ou regulamento, prevendo para a Administração uma certa competência por motivo de uma relação de direito com o particular, deixa à Administração um livre poder de apreciação para resolver se deve agir ou não e, no caso positivo, em que momento, de que modo, bem como que conteúdo vai dar a seu ato. O poder discricionário consiste, então, na livre apreciação deixada à Administração para decidir o que é oportuno fazer ou não fazer. Consiste na livre apreciação pela Administração da oportunidade de sua atividade”.

Percebe-se, na concepção do autor, que a noção de poderes discricionário e vinculado diz respeito com a apreciação da oportunidade da medida a ser tomada, sendo que no primeiro caso o administrador público escolhe a alternativa que lhe parece mais oportuna, sendo, no caso concreto, o juiz da oportunidade. Aponta-se, ainda, que, na análise do ato administrativo, as noções de poderes discricionário e vinculado dizem respeito apenas ao “objeto do ato”, mais precisamente à correspondência do objeto com seus motivos (ou circunstâncias de fato).

Dans l’hypothèse du pouvoir lié la loi dit à l’administrateur: vous ne pouvez prendre telle ou telle décision que pour tel ou tel motif (c’est-à-dire si telle ou telle circonstance de fait se trouve réalisée). Dans l’hypothèse du pouvoir discrétionnaire la loi dit à l’administrateur: vous pourrez prendre telle ou telle décision (et apprécierez vous-même dans quel cas vous devrez prendre l’une plutôt que l’autre). (LAUBADÉRE, 1953).

A distinção entre poder discricionário e vinculado é essencial para a determinação das condições de legalidade do ato administrativo no que concerne ao seu objeto e, no plano do contencioso, permite a verificação, ainda quanto ao objeto do ato, das condições e seu controle jurisdicional. No caso do poder discricionário, a escolha feita pelo administrador, ou seja, o objeto do ato, não poderá ser examinado por um juiz, partindo-se do pressuposto que o próprio ato tenha sido realizado de acordo com a lei.

[...] le contrôle du juge ne pourra pas, de ce point de vue, s’exercer, sinon le juge se substitu-erait à l’administrateur pour apprécier l’opportunité de la mesure, appréciation que la loi avait précisément entendu laisser à l’administrateur. (LAUBADÉRE, 1953)

Importa ressaltar que os atos discricionários não escapam ao exame e ao controle de sua legalidade, podendo, por exemplo, serem reputados, pelo Poder Judiciário, como ilegais e, em consequência, anulados por incompetência, vício de forma, desvio de poder.

Les actes pour lesquels l’administrateur dispose d’un pouvoir discrétionnaire n’échappent nullement à la critique et au contrôle de la

légalité; ils peuvent par exemple être illégaux et annulés juridictionnellement pour incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir; mais s'ils ne peuvent pas être illégaux en raison du sens dans lequel l'auteur de l'acte en a déterminé le contenu c'est tout simplement que la loi le laissait libre de déterminer ce sens et non à cause d'une nature particulière de sa décision. (LAUBADÉRE, 1953)

Os atos discricionários não podem ser considerados ilegais em função das razões que determinaram o conteúdo do ato administrativo, uma vez que a lei liberou ao administrador público a escolha de suas razões.

Tornou-se banal, após Hauriou (1927, p. 340), afirmar que não existem atos discricionários, mas apenas certos poderes discricionários das autoridades administrativas.

Il n'y a pas ou il n'y a plus de décision administrative qui soit complètement discrétionnaire parce que la légalité, d'une part, et, d'autre part, l'autolimitation de la puissance publique, ont posé partout dès règles ou dès directives.

Não existem modelos extremos e categóricos de atos administrativos vinculados e discricionários, o que existe, para se utilizar expressão de Caio Tácito (1996, p. 127), são “matizes de predominância”, mais ou menos acentuados, com maior relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa.

3.2.3 Limitações ao poder discricionário

Segundo WALINE (p. 134), um funcionário jamais teria um poder ilimitado, tendo em vista inexistir atos puramente discricionários, havendo apenas, em cada caso concreto, um maior ou menor poder de apreciação da oportunidade da decisão a ser tomada.

Un fonctionnaire n'a jamais un pouvoir illimité. Il n'y a plus - à part les actes de gouvernement - d'actes entièrement discrétionnaires. Il y a seulement, dans chaque cas, un pouvoir plus ou moins large d'appréciation de l'opportunité de la décision à prendre.

Na visão de WALINE (p. 134-135), o poder discricionário, partindo do pressuposto de este jamais ser absoluto, possui uma limitação quádrupla, levando-se em consideração o objeto, a forma, os motivos e a finalidade do ato, correspondendo cada limite a um vício específico.

Do ponto de vista do objeto (*l'objet*), cabe a menção a duas situações: a primeira é que cada autoridade administrativa possui o direito de tomar determinadas decisões, em determinadas matérias, jamais detendo uma competência universal, de forma que os atos por ela praticados, que não correspondam ao rol daqueles de sua atribuição, são realizados com excesso de poder por incompetência (*incompétence*); a segunda é que o legislador, em determinadas situações, proíbe a autoridade competente de praticar certos atos, a qual, se os pratica, comete um excesso de poder por violação da lei (*violation de la loi*).

Do ponto de vista da forma (*la forme*): a autoridade administrativa, muitas vezes, deve seguir formas ou procedimentos determinados pela lei ou por regulamentos antes de produzir o ato administrativo, havendo excesso de poder por vício de forma (*vice de forme*) sempre que é omitida alguma formalidade.

Do ponto de vista dos motivos (*des motifs*): determinadas situações de fato constituem os antecedentes legais necessários do ato, ou seja, as condições antecedentes, legalmente previstas, que permitem a tomada de determinada decisão por uma autoridade administrativa. Se a autoridade pratica o ato se a ocorrência da situação de fato legalmente prevista, estará sendo cometido excesso de poder por erro de fato (*erreur de fait*), por falsa qualificação dos fatos (*fausse qualification des faits*) ou por ausência de causa (*absence de cause*).

Do ponto de vista da finalidade do ato (*des mobiles de l'acte*): os poderes titulados por uma autoridade administrativa têm um fim determinado, sempre que esta faz uso de seus poderes visando finalidade outra comete desvio de poder (*détournement de pouvoir*) ou violação ao espírito da lei.

Daniel Ferreira (1997, p. 238) justifica, em texto, os princípios da probidade e da razoabilidade como limitações à discricionariedade administrativa apontando os seguintes limites:

Impostos pela probidade administrativa: I - não ofender a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade e a idéia comum de honestidade; II - não fazer do exercício de função uma forma de obtenção de vantagens para si ou para outrem; III - não causar lesão aos bens e interesses públicos; IV - agir com ética, lealdade e boa-fé para com os administrados; V - cumprir a lei, não atentando, por ato omissivo ou comissivo, contra os princípios da Administração Pública, através da violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.

Impostos pela razoabilidade administrativa: I - garantir a proporção de correlação e adequação entre meios e fins, diante os motivos determinantes da atuação administrativa; II - respeitar o senso comum do que seja certo, justo, adequado e consentâneo com o interesse público na interpretação dos conceitos legais indeterminados; III - motivar o ato praticado.

Gasparini (2000, p. 88) afirma que inexistente ato inteiramente discricionário, "dado que todo ato administrativo está vinculado, amarrado à lei, pelo menos no que respeita ao fim (este sempre há de ser público) e à competência (o sujeito competente para praticá-lo é o indicado pela lei)". Entende o autor que não compete ao Poder Judiciário realizar o exame da conveniência e da oportunidade do administrador público, ou seja, do mérito administrativo, sendo suscetível de apreciação apenas os aspectos de legalidade, devendo a própria Administração que praticou o ato sanar os defeitos concernentes ao mérito administrativo.

A outorga de discricionariedade que o legislador realiza em benefício do administrador constitui o meio pelo qual a lei busca garantir que sua aplicação se dará sempre visando atender, de modo perfeito, a sua finalidade. Segundo Ribeiro Lopes (1993, p. 48-51),

[...] a satisfação exata, precisa, de um certo escopo, ante a realidade polifacética dos fatos e circunstâncias da vida, demandará providências distintas, conforme a fisionomia peculiar, a coloração própria, das situações concretas que se apresentem e demandem a aplicação da regra, [...]

ou seja, a abertura, a aparente liberdade que a norma expressa se destina apenas a garantir a procura da melhor solução possível, em razão da impossibilidade de sua definição prévia, quando da elaboração do texto legal, uma vez que a conformação da finalidade da norma com a atitude escolhida pelo administrador é reconhecível apenas em face da situação concretamente observável.

A liberdade conferida pela abertura da norma legal não representa - e jamais pode ser interpretada de tal modo - uma abdicação da obrigatoriedade de a conduta concreta atender, com perfeição, a finalidade prevista pela norma, configurando na melhor alternativa, na mais adequada, na única apta a traduzir de fato seu projeto abstrato, razão pela qual correta a assertiva de Celso Antônio (apud LOPES, 1993, p. 48) de que a liberdade administrativa é maior no âmbito da norma do que na esfera do caso concreto, podendo alcançar o extremo desaparecer, dada as características de uma determinada hipótese, o campo de discricionariedade, restando, consoante critérios de razoabilidade, uma única alternativa idônea a preencher a finalidade normativa.

Considerando-se que onde há discricionariedade, há vinculação e vice-versa, um ato puramente discricionário não seria um ato jurídico, mas apenas politicamente editado, demonstrando-se, assim, a impossibilidade tanto da vinculação total, quanto da absoluta discricionariedade, o qual ultrapassaria o âmbito de validade das normas jurídico-positivas³⁰. De tal modo, segundo Souto Maior Borges (1995, p. 88), a conveniência e oportunidade do ato administrativo não podem ser jamais equiparadas à pura e simples ausência de vinculação, uma vez que o dever primordial da administração pública é o privilegiamento do interesse público. A discricionariedade deve ser, necessariamente, adstrita a determinados balizamentos, sob pena de o arbítrio administrativo se converter em arbitrariedade, além disso, a inexistência de limites entraria em contradição em face do princípio constitucional da universalidade da jurisdição.

³⁰ Segundo Ernst Forsthoff (Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958) toda competência representa, ao mesmo tempo, uma autorização (consistindo no exercício das funções compreendidas na outorga) e uma limitação (no sentido de que são excluídas todas as funções não compreendidas na outorga).

Blanchet (2002, p. 89), no que tange aos limites da discricionariedade, aponta a existência de limites externos (as imposições do ordenamento jurídico) e internos (as exigências do bem comum, da moralidade e de todos os demais princípios) da discricionariedade, ambos sempre voltados à defesa do interesse público.

Maurer (2001, p. 50-52), analisando os § 40 e 114 da lei do procedimento administrativo alemão, conclui pela inexistência de um poder discricionário livre, havendo somente um “juridicamente vinculado”, ou seja, o administrador deve atender plenamente as vinculações e limites estabelecidos pelo legislador ao exercício da discricionariedade, sob pena de atuar antijuridicamente, ocorrendo vício no exercício de tal poder, em outras palavras, vícios de direito, de forma que os tribunais “estão obrigados a revisar a observância das vinculações do poder discricionário e a revogar uma decisão de exercício de poder discricionário viciosa por causa da antijuridicidade” (2001, p. 50).

Reconhecendo a diversidade de designações e aspectos dados pela doutrina aos vícios no exercício do poder discricionário, propõe o autor uma divisão em quatro grupos principais: a) não-uso do poder discricionário; b) excesso do poder discricionário; c) uso defeituoso do poder discricionário (abuso do poder discricionário); e, d) infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais.

O primeiro grupo abrange as situações em que a autoridade administrativa não faz uso do poder discricionário que lhe compete, por exemplo, na hipótese de considerar estar, erroneamente, diante de hipótese de atuação vinculada. Trata-se de previsão diversa do poder discricionário de resolução, em que o administrador público tem o poder de intervir ou não, devendo, no entanto, em qualquer caso, sempre examinar a conveniência ou não de sua intervenção. O segundo grupo, por sua vez, engloba os casos em que o administrador excede os limites determinados pelo legislador, ou seja, atua conforme a finalidade da prescrição do poder discricionário, mas ultrapassa as fronteiras legalmente estabelecidas. O terceiro grupo abarca as hipóteses em que a autoridade pública se vale de fundamentos não-objetivos, ou objetivos, mas

não previstos na finalidade da prescrição do poder discricionário, ou seja, realizada determinado ato de sua competência, mas o fundamento de sua decisão não é encontrado nos limites da previsão legalmente estabelecida. Por fim, o último grupo diz respeito aos vícios em que haja desrespeito a direitos fundamentais ou aos princípios administrativos gerais, ou seja, o administrador pública, em sua atuação concreta, não pode deixar de se ater ao respeito e à aplicação dos direitos fundamentais ou dos princípios administrativos gerais, de forma que suas decisões sejam sempre idôneas, necessárias e convenientes. A idoneidade, neste caso, diz respeito com a capacidade de a medida adotada alcançar o resultado aspirado, a necessidade, com a inexistência de outros meios que causem menor prejuízo aos afetados, e conveniência, com a proporção entre a medida adotada e o resultado pretendido. O que importa sempre ressaltar é que os administrados possuem o direito de exigir que as decisões decorrentes do exercício do poder discricionário sejam tomadas isentas de qualquer vício.

Vedel (p. 266)³¹ corrige a fórmula “el juez del exceso de poder es juez de la legalidad y no de la oportunidad” para “el juez administrativo controla la legalidad de la acción administrativa, pero no el ejercicio mismo del poder discrecional”.

Wade (1971, p. 110), com precisão, aduz que os poderes sempre devem ser exercidos com razoabilidade, significando “discricionariedade”, segundo lordes Walsbury (apud WADE, 1971, p. 110), quando algo será realizado segundo os postulados da razão e da justiça e não de acordo com a vontade particular, em conformidade com o direito e não com o capricho pessoal, ou seja, que o ato não será arbitrário, vago ou caprichoso, mas legal e regular.

O controle judicial do ato administrativo vinculado, ou seja, no exercício de uma atividade vinculada, pode ser livremente exercido pelo Poder Judiciário, para a finalidade de ser verificada a plena adequação do ato com a norma autorizadora. Diversa, no entanto, é a possibilidade de controle judicial dos atos realizados no exercício do poder discricionário, hipótese em que este terá “de respeitar os limites da discricionariedade definidos em lei” (LOPES, 1993, p. 49).

³¹ VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Aguilar, p. 266.

Evoluímos de uma compreensão irresponsável da discricionariedade para outra, vinculada a uma prévia limitação legal. A não-aceitação do controle judicial do poder discricionário, como bem aponta Ribeiro Lopes (1993, p. 50), “muitas vezes na história serviu de pretexto para o arbítrio e propositada má gestão dos negócios do Estado para locupletamento de alguns em detrimento de todos”, havendo hoje, felizmente, uma busca da doutrina e da jurisprudência pelo alargamento da amplitude fiscalizadora do Poder Judiciário, superando a anterior noção de que a legalidade constituiria o único limite à discricionariedade administrativa.

A doutrina nacional clássica é restritiva.

Cretella Júnior (1961, p. 97) assevera que a jurisprudência brasileira de então era pacífica quanto à impossibilidade de o Poder Judiciário examinar o aspecto intrínseco dos atos administrativos para declará-los “justos ou injustos, oportunos ou inoportunos, convenientes ou inconvenientes, conformes a princípios científicos ou deles divorciados”, limitando sua análise apenas a aspectos pertinentes à legalidade. Não poderia o órgão jurisdicional apreciar o mérito do ato, visto não lhe competir perquirir quanto aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador público, salvo quando a o caso concreto configura-se uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da normatividade aplicável, hipótese enquadrável na “ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente”. De qualquer modo, a jurisprudência, em situações nas quais ficasse configurada a realização de ato administrativo discricionário visando o atendimento de finalidades pessoais, em infringência ao devido respeito ao interesse público prevalente, admitia a intervenção judicial.

Blanchet (2002, p. 89) igualmente entende da possibilidade de exame judicial do ato administrativo realizado no exercício do poder discricionário, vedando-o, no entanto, quanto ao conteúdo discricionário (mérito), limitando-se aquele à juridicidade “e, não menos, no que concerne à verificação da materialidade do motivo e à sua valoração jurídica”.

Hartmut Maurer (2001, p. 50-52), analisando os possíveis vícios no exercício do poder discricionário, distingue quatro grupos preponderantes: a)

não-uso do poder discricionário; b) excesso do poder discricionário; c) uso defeituoso do poder discricionário; e, d) infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais.

A primeira hipótese (*não-uso do poder discricionário*) se revela “quando a autoridade *não* faz uso do poder discricionário que lhe compete” (2001, p. 51), por entender, por exemplo, equivocadamente, estar diante de hipótese “juridicamente vinculada”. Salienta o autor alemão que a autoridade administrativa, diante de seu poder discricionário, pode ou não realizar qualquer atividade estatal, devendo, no entanto, de qualquer forma, analisar a conveniência ou não de sua ação ou inação frente ao caso concreto. O *excesso do poder discricionário*, como a própria denominação já o indica, ocorre nas situações em que o administrador público “excede o quadro determinado legalmente do poder discricionário”, escolhendo “uma consequência jurídica não mais prevista” (2001, p. 51). Já no *uso defeituoso do poder discricionário*, há abuso pela autoridade, a qual “não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade da prescrição do poder discricionário” (2001, p. 51), perseguindo “fundamentos não-objetivos” ou “fundamentos objetivos, mas não cobertos pela finalidade da lei”. Por fim, o vício da *infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais* relaciona-se às ações estatais em que o administrador deixa, no caso, de dar observância a direitos fundamentais previstos na Constituição ou a princípios pertinentes à administração pública.

Como conclui Maurer (2001, p. 52-53), o poder discricionário “significa que a administração pode escolher entre alternativas diferentes”, podendo, diante de cada caso particular, “reduzir a possibilidade de escolha a *uma* alternativa, se todas as outras alternativas fossem formas de exercício do poder discricionário vicioso. A autoridade está, então, *obrigada* a ‘escolher’ a única decisão ainda restante para ela”.

A partir da extratificação de vícios do exercício do poder discricionário, ora estabelecida por Maurer, vislumbramos que o presente estudo pretende analisar se há ou não *infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais* nas situações em que os administradores públicos, no uso

da discricionariedade a eles conferida, sem a devida motivação quanto à realidade da maior eficiência das organizações não-governamentais escolhidas, transferem a estas o exercício quanto à prestação de serviços públicos. A resposta a tal questionamento demanda o conhecimento quanto ao modo interpretativo do poder discricionário, bem como quanto aos princípios administrativos ora invocados, de forma a permitir, a final, seja alcançada uma conclusão quanto à ocorrência ou não de exercício viciado da discricionariedade.

4 A HERMENÊUTICA DO PODER DISCRICIONÁRIO

Apresentados os pressupostos conceituais do poder discricionário administrativo, passamos a bordar a sua interpretação diante de um posicionamento hermenêutico crítico aos limites impostos pelo positivismo dogmático, de modo a permitir a verificação da correção ou incorreção das decisões dos administradores públicos, numa perspectiva de atendimento de interesses públicos socialmente relevantes.

Segundo Lênio Streck (2001, p. 198 e 227):

Interpretar é, pois, hermenêutica, e hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido [...]. Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um) hermê(neu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. [...] No âmbito da interpretação da lei, naquilo que tradicionalmente chamamos de hermenêutica jurídica, é preciso chamar a atenção (dos juristas) para o fato de que nós não temos mais um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em

Kant; significativo primeiro que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado (Stein). Daí por que um rompimento com essa tradição do pensamento jurídico-dogmático é difícil e não se faz sem ranhuras: problemas. O mesmo ocorre, aliás, com a afirmação dessa concepção. Crer que há uma essência verdadeira em si mesma do Direito – como que à espera de ser captada em sua inteireza pelo sujeito do conhecimento, seja mediante um trabalho estritamente racional de índole dedutiva, em que as normas do Direito racional, isto é, as chamadas leis da natureza, seriam apreendidas como autênticos corolários a que se acederia pelo raciocínio a partir de princípios auto-evidentes estabelecidos a priori; seja captando essa essência na dinâmica da vida social, através da investigação sociológica do fenômeno jurídico; seja buscando-a na exegese dos textos legais -, crer nisso, não deixa de ser confortável.

4.1 UMA VISÃO CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO

A realização concreta do direito, ou seja, a aplicação de uma norma a uma situação particular torna-se possível através da intervenção humana por intermédio da interpretação, de modo que as normas jurídicas são elementos essenciais dos sistemas jurídicos contemporâneos. Kelsen concebia o direito como um sistema de normas regulador da conduta humana, hierarquicamente organizado, tendente a que cada norma encontrasse sua validade em uma outra norma a ela superior, alcançando-se, por fim, uma norma hipotética fundamental, validadora de todas as normas do sistema, motivo pelo qual o direito seria apreendido apenas pela mera compreensão das normas, não havendo necessidade de se questionar sobre valores ou fatos legitimadores do direito. Superando as tradicionais definições do direito, fundadas na moralidade ou na força, entendeu Kelsen ser inviável a demonstração prática do "justo" (justiça), fundamento do pensamento jusnaturalista clássico do direito, razão pela qual, em sua teoria, utilizou um fundamento empiricamente aferível, qual seja, a validade do direito. Hart, da mesma forma, considerava o direito como sendo composto de normas - refutando, assim como Kelsen, a noção de Hobbes "de que o direito nada mais é do que um conjunto de ordens providas de coerção" (apud VIEIRA), decorrentes da vontade do soberano -, dividindo-as, em primárias e secundárias. As primeiras estabeleceriam obrigações e direitos aos indivíduos, enquanto que as segundas, a possibilidade quanto ao

estabelecimento de novas regras (normas primárias), inclusive alterando ou extinguindo as já existentes, sendo "regras sobre regras". A efetividade das normas, para Hart, não decorreria da força de quem as edita, mas sim da autoridade que é conferida a esse agente, prevista em uma outra norma, aceita por todos os sujeitos ao direito. Ambos os autores conceberam um direito estruturado a partir de normas, cuja aplicação concreta necessita, como mencionado inicialmente, uma intervenção humana, fato esse freqüentemente desprezado, como se a concretização do direito fosse automática, mecânica.

Pela concepção da "vontade geral rousseauniana" a razão legal não poderia sofrer qualquer interferência da ação ou da vontade individual do aplicador do direito, uma vez que o "direito natural era captado pela razão humana, por intermédio de um processo de deliberação que apenas levava em conta o interesse público, formalizado por normas gerais, abstratas e universais" (VIEIRA), limitando-se, portanto, o atuar daquele à mera aplicação da lei positivada ao caso concreto, sem qualquer atividade criativa, competindo-lhe, como a um autômato, subsumir os fatos ao direito, como método adequado para encontrar a adequada e correta solução do conflito concretamente verificado. A concepção mecânica da aplicação do direito, na função judicial, determinava assim, associada à desconfiança iluminista quanto aos magistrados - ligados ao antigo regime deposto pelos revolucionários de 1789 -, a máxima redução do espaço de aplicação da lei, havendo, até mesmo, a vedação de os magistrados interpretarem a legislação, tal como estabelecido em diversos códigos iluministas.

Como contraposição a esse normativismo exacerbado, surge, inicialmente nos Estados Unidos e posteriormente na França, uma reação realista, para a qual a efetivação do direito exigiria uma intermediação, na medida em que o processo de sua concretização não se dava de forma tão lógica e mecânica quanto pregavam os formalistas. Jerome Frank (apud VIEIRA), principal expoente dos primeiros realistas, alertava que o processo de julgamento raramente tem início com a premissa de onde a conclusão é conseqüentemente retirada, mas sim a partir de uma conclusão prévia, mais ou

menos vaga, estágio de onde são buscadas as premissas que a fundamentem. Assim, o silogismo das decisões oficiais seria meramente fictício (premissa maior - regras e princípios -; premissa menor - fatos - e conclusão), escondendo os mecanismos, muitas vezes inconscientes, que levam à definição da solução para o caso concreto, na medida em que os magistrados estão reconhecidamente inseridos em uma realidade social, política e econômica, cujas experiências pessoais e psicológicas influenciam individualmente seu julgamento subjetivo, determinando o processo de concretização da norma abstrata sobre uma realidade concreta. Põem-se em cheque, de tal modo, a assertiva de que os homens vivem sob o governo das leis e não dos homens.

Importante ser destacado que o positivismo apregoado por Hart e Kelsen não pode ser confundido, de forma alguma, com o positivismo do século XIX, o qual foi rejeitado pela reação realista de Frank, em que pese, em ambos os entendimentos, haver o reconhecimento de que os sistemas jurídicos contemporâneos constituem a realização do ideal de governo das leis. Kelsen, em sua teoria, estava ciente de que a concretização do direito, nas decisões individuais, não seria uma pura aplicação dos preceitos gerais e abstratos da lei, funcionando as normas jurídicas gerais, abstratas, como uma moldura contendo uma diversidade de possibilidades de aplicação, de forma que caberia ao aplicador do direito a escolha de uma dessas possibilidades, não agindo, por conseguinte, de modo discricionário, mas em total conformidade com o determinado pelo direito, permitindo chegarmos à conclusão de que "o direito não é formado simplesmente por normas gerais e abstratas, mas também por normas concretas de aplicação das normas gerais" (VIEIRA), cujo trabalho é conferido aos magistrados. O resultado dessa atividade será sempre uma decisão política, visto que o julgador, assim como o legislador, possuidor de certo espaço para a elaboração da norma geral, ao concretizar a norma abstrata, está limitado por normas hierarquicamente superiores.

A teoria kelseniana resolve formalmente o problema da interpretação ao considerá-la como parte do sistema jurídico, aceitando a possibilidade de uma determinada margem de discricionariedade - que era frontalmente negada pelos

formalistas - como componente do direito, mantendo intacta a noção de que o sistema jurídico é o governo das leis. No entanto, em que pese o esforço de seu autor, não houve o enfrentamento material da problemática da interpretação, pois o ideal de um governo de leis perde significância quando constatamos que, no momento da concretização das regras gerais e abstratas, ocorrerá a intervenção de um intermediário, humano, que, inafastavelmente, aplicará a sua compreensão pessoal dessa lei, a qual pode ser diversa daquela efetivamente contida na lei.

Enfrentando essa problemática, Hart discorda dos formalistas e dos realistas, apontando que aqueles, em sua concepção, não levam em conta os fatores subjetivos - "preconceitos inconscientes e ideologias que dependem das histórias psicológicas individuais e da inserção de cada um na sociedade" (VIEIRA) - obviamente atuantes no processo de decisão judicial, mas reconhece a correção de suas idéias, quando da solução dos casos simples, em que a atividade judicial demonstra-se eminentemente mecânica, sem uma ação intelectual mais elaborada do julgador. Nos casos difíceis, onde se evidencia uma atividade de interpretação, há um certo grau de discricionariedade, confirmando a correção de algumas das assertivas dos realistas.

Na obra "O conceito de direito", Hart (1986) afirma que os princípios e os padrões são os principais instrumentos de controle social, alertando, no entanto, que a linguagem utilizada nas normas gerais e abstratas não oferece muita segurança, especialmente diante de um caso concreto, onde, segundo Vilhena (apud VIEIRA), "a linguagem geral fica impossibilitada de garantir coerência". Diante dos casos de natureza simples, infindavelmente repetidos, onde não são exigidos grandes exercícios interpretativos, as expressões das normas gerais são claramente aplicáveis, não havendo, como já afirmado anteriormente, qualquer margem de dúvida ou imprecisão quanto à conexão lógica a ser estabelecida entre essa norma e o fato concretamente verificado, atuando o aplicador do direito de forma quase automática. Por outro lado, diante dos casos complexos (ou difíceis), em que a linguagem geral não se demonstra apta a conduzir de uma maneira precisa o trabalho do aplicador do

direito, constata-se a abertura de diferentes soluções para o conflito existente, devendo aquele, se utilizando de seu poder discricionário, escolher uma delas, de acordo com os balizamentos mínimos da norma incidente, não podendo, de tal forma, a escolha ser arbitrária ou irracional. Constatando-se a impossibilidade real de o legislador prever, antecipadamente, todas as possíveis situações que podem ser concretamente observadas na sociedade, aquele tenta normatizar hipóteses futuras através de normas a elas adaptáveis, construídas através de termos e conceitos de textura aberta, cuja significação concreta somente será encontrada pelo operador do direito que, para tal, agirá de forma discricionária. Por tal motivo, Hart critica o entendimento dos formalistas de admitir, nos sistemas jurídicos, a ocorrência de escolhas, pelo julgador, no momento da aplicação dessas normas de textura aberta, bem como a posição dos realistas de absoluto ceticismo quanto à relevante posição que as normas ocupam nos sistemas jurídicos contemporâneos.

A teoria de Hart admite a possibilidade haver um estado de direito que funcione corretamente para a maioria dos casos, não resolvendo, no entanto, de forma precisa em relação àqueles casos difíceis, envolvendo a interpretação e a aplicação de muitos dos direitos incorporados pela Constituição, razão pela qual, neste aspecto específico, concorda com os realistas ao afirmar que as decisões judiciais são discricionárias.

Uma hermenêutica pautada pela pós-modernidade propõe não mais uma posição de submissão à lei, mas sim de crítica, na medida em que os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da participação são conduzidos ao processo exegético. A hermenêutica jurídica tem, como finalidade, a busca da segurança, sendo que a Escola da Exegese, do início do século XIX, inaugurou um período de teorias³² sobre a interpretação baseadas na busca da vontade

³² Pela teoria subjetiva, que teve Savigny como defensor, entre outros, a segurança na compreensão do sentido da norma estava relacionada à compreensão da vontade do legislador, razão pela qual propunha o exame dos documentos e das discussões preliminares que resultaram na confecção da norma em exame (*mens legislatoris*). Para Paulo Nader, a técnica de revelação da vontade do legislador “exigia que o intérprete examinasse bem o valor semântico de todas as palavras, comparando o texto a ser interpretado com outros para evitar conflitos e contradições.” (Introdução ao Estudo do Direito, 10ª edição, São Paulo, 1988.) Pela teoria objetiva, desenvolvida no final do século XIX, o intérprete deve se ater à vontade da lei (*mens*

original do legislador, “como critério para se chegar ao sentido e alcance da norma jurídica” (NADER, 1988), e, posteriormente, a Escola Histórica desenvolveu as técnicas clássicas de interpretação, as quais se demonstraram insuficientes nos dias atuais, na medida em que limitada a um simples silogismo jurídico, composto de: a) premissa menor (exposição do fato); b) premissa maior (constatação do direito que o fato se relaciona); e, c) conclusão (subsunção do fato à lei). Após a Segunda Guerra, diversos autores propuseram uma nova hermenêutica, onde a subsunção pura e simples do fato à norma (método clássico de interpretação) é substituída pela análise de fatores não jurídicos, estranhos à lógica do positivismo, tornando o trabalho hermenêutico muito mais que uma simples operação silogística, estabelecendo-se um diálogo-argumentativo. Esses fatores não-jurídicos são histórica e culturalmente variáveis, portanto, não estáticos, de forma que, com o passar do tempo, esses mesmos fatores induzem a novos limites de interpretação, razão pela qual não haveria mais uma decisão certa, mas sim decisões razoáveis, devidamente motivadas, decorrentes de um processo argumentativo, historicamente determinado.

A discricionariedade do aplicador da lei pode ocorrer tanto por hipótese da norma como por descrição imprecisa da situação fática (motivo) que dispara o comando contido na norma, razão pela qual Kelsen aduz que essa “indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência” (1998, p. 389). Para Kelsen, no momento da execução do ato, surgirá um “quadro ou moldura” de possibilidades, igualmente corretas, cuja escolha dependerá de circunstâncias externas não previstas pelo órgão legislativo (emissor do comando), inexistindo outras possibilidades que não aquelas previstas no “quadro-moldura”. Evidencia-se que a Teoria Pura do Direito permite apenas a escolha de normas válidas dentro de um “quadro-moldura” de possibilidades.

legis), que se independiza da intenção particular do legislador após o momento de sua aprovação, sendo resultado não de uma vontade, mas sim de um querer social, de forma que o texto legal teria um significado próprio, acompanhando um infundável número de situações não previstas originariamente pelo legislador.

[...] se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 1998, p. 391).

Fora desse quadro de normas válidas, restaria apenas o subjetivismo, o que impôs o estudo da hermenêutica no sentido da modernidade.

O positivismo jurídico limitava a atividade jurisdicional a uma operação lógico-dedutiva, restrita à interpretação clássica do ordenamento estatal, permitindo a realização tão-somente de uma “paz jurídica”, mas não uma efetiva “paz social”, visto que a decisão no caso concreto resultava de mero silogismo formal, desconectado de circunstâncias aptas a influir no resultado do trabalho interpretativo. Para o pós-positivismo, a vinculação do administrador dá-se com a lei enquanto válida (coerência de seus significados, casualmente discutidos e valorados), diversamente do positivismo, cujo vínculo é estabelecido com a letra fria da lei, independentemente de seu significado. Nesse sentido, o exercício da argumentação, através da “nova retórica”³³, como refere Fábio Ulhoa Coelho - no prefácio à edição brasileira de Perelman (1996, p. XV), permite, no Estado Democrático de Direito, que seja encontrada a decisão razoável e adequada, estabelecendo uma conexão entre a aplicação concreta das normas e o raciocínio dialético que antecedeu essa aplicação, afastando-se, de tal forma, a possibilidade de decisões arbitrárias e, por conseqüência, aumentando a segurança jurídica das decisões tomadas, tornando o direito mais efetivo. Como afirma Michel Meyer, no prefácio a Perelman (1996, p. XX), a

³³ A “nova retórica” difere da retórica sofisticada pelo fato de a última adotar técnicas de convencimento dissociadas de um comprometimento ético.

[...] Nova Retórica é, então, o “discurso do método” de uma racionalidade que já não pode evitar os debates e deve, portanto, tratá-los e analisar os argumentos que governam as decisões. Já não se trata de privilegiar a univocidade da linguagem, a unicidade *a priori* da tese válida, mas sim de aceitar o pluralismo, tanto nos valores morais como nas opiniões. A abertura para o múltiplo e o não coercitivo torna-se, então, a palavra-mestra da racionalidade.

Como aponta Söhngen (2006, p. 6-11), a

A Nova Retórica representa uma contribuição muito significativa para a teoria do conhecimento jurídico, pois estabelece a ligação entre a aplicação de normas e o raciocínio dialético de formulação aristotélica, negando a existência de interpretações jurídicas verdadeiras. A partir desse estudo, as premissas da argumentação rompem com o critério da verdade ou falsidade, substituindo-o pela verossimilhança. Ou seja, o conhecimento jurídico deve preocupar-se com os meios de sustentar determinada decisão como sendo a mais justa, equitativa, razoável, oportuna ou conforme o direito em face de outras decisões igualmente cabíveis compatibilizadas com a ética oriunda das opiniões do senso comum.

Considerando a falência do modelo cientificista do conhecimento do direito, são abertas novas perspectivas para a dogmática jurídica fundamentadas no critério da adequabilidade dos meios - inerentes à norma jurídica -, para o alcance dos fins - externos à norma -, por meio da argumentação retórica. Com a perda do caráter exclusivamente normativo da teoria do conhecimento jurídico, é estabelecida a integração entre a produção teórica e prática do direito.

[...]

Sendo assim, somente a prática de uma argumentação não-coercitiva e não-arbitrária possibilita aos indivíduos a liberdade de uma escolha racional. Somente uma argumentação constituída por razões não-coercitivas possibilita a todos escapar das amarras de uma verdade objetiva e universalmente válida. Trata-se, indubitavelmente, do resgate da racionalidade da aplicação do direito que se encontrava amordaçada nas interpretações cartesianas.

[...]

Destarte, o caminho possível é o da ruptura com a concepção moderna da racionalidade que desde Descartes até o século XIX determinou o padrão da cientificidade que se esgotou na forma de demonstração. Visando ao resgate de uma retórica aristotélica “ampla”, Perelman procura estabelecer os direitos e o campo da argumentação.

Nessa medida, antecipando nossas conclusões, quanto mais conhecida for a motivação do administrador para o ato praticado, mais vinculado ele estará quando da expedição desse ato, reduzindo, por conseqüência, sua discricionariedade, ou seja, a gama de escolhas livres.

Propedeuticamente, antes de aprofundarmos na discussão proposta, se apresenta a necessidade de apresentarmos algumas considerações a respeito das noções de princípio e de regra.

4.2 PRINCÍPIOS E REGRAS: NOÇÕES GERAIS

4.2.1 A idéia de princípios

O operador do direito, diante de um determinado caso concreto, consoante a nossa tradição positivista, já devidamente analisada, terá, como primeira reação, buscar a solução em um diploma legal, numa “lei”, como se o direito estivesse unicamente contido no ordenamento positivado, havendo grande dificuldade de se optar por uma abordagem desse mesmo caso concreto diante de um ponto de vista que tenha, como norte e como exórdio, a Constituição, produzindo-se, na prática, uma inversão hierárquica, em que o texto constitucional é buscado apenas quando o direito positivo – a lei – não nos trás, de imediato, uma solução *prêt-à-porter* - para utilizar o termo largamente empregado por Lênio Streck -, capaz de equacionar a questão faticamente verificada e de condicionar a universalidade de condutas humanas possíveis.

Essa abordagem, que ainda se faz diária no campo do direito, é fruto de um modelo de Estado liberal individualista, o qual, como aponta Éverton de Jesus (2000, p. 15), mencionando José Luís Bolzan de Moraes (1996):

A verdade é que o Estado mudou, sofreu profundas transformações. É verdade, também, que as transformações protagonizadas na concepção do Estado vigentes em determinados momentos, em especial após a Revolução Francesa, representaram profundos avanços na época. A partir daí, pode-se afirmar que, se antes o foco de tensões se concentrava nas mãos do Monarca, com o advento do chamado Estado Liberal este foco transferiu-se para o Poder Legislativo, em razão da inovação que oportunizou.

Posteriormente, com o aparecimento do Estado Democrático de Direito, a tensão foi transferida para o Poder Judiciário, diante da constatação geral de que somente este poder seria capaz de fazer impor aos Poderes Executivo e

Legislativo, o estabelecimento de políticas públicas visando o cumprimento dos direitos sociais legal e constitucionalmente previstos. De tal modo, a ciência do direito, nesse estágio humano, assume, a partir de uma idéia de constituição englobadora de garantias fundamentais, uma nova função, “como instrumento de transformação social” (STRECK, 2000, p. 31), incompatível com o modo positivista de compreender um modelo de direito, o qual, em seus silogismos, não trabalha, normalmente, com uma análise a partir da Constituição, que se constitui em “uma força ativa que faz, por exigência da necessidade, com que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são” (LASSALE, 1998, p. 25).

A efetividade dos preceitos de uma Constituição, como aponta Konrad Hesse (1991, p. 9), se dá na exata razão de sua vinculação à realidade social, jurídica e histórica verificada em cada dado local e momento histórico.

Pois bem, entre diversos outros conceitos, princípio pode ser entendido, num sentido geral, como um constructo lógico e lingüístico, a partir do qual é estruturada uma ordem de conhecimentos. Cada campo do conhecimento humano possui uma rede própria de princípios, sendo que nos interessa, neste ponto do estudo, a noção utilizada pela ciência do direito, em especial a forma como os princípios constitucionais são inseridos no ordenamento jurídico, sua articulação, seu modo de aplicação e a sua força construtora, dentro de um determinado sistema jurídico.

Com efeito, os princípios são as linhas mestras de um sistema que tem por finalidade harmonizar, dar sentido lógico, racionalizá-lo, possibilitando compreender seu modo de organização. Isso significa que a compreensão e o entendimento de qualquer ordenamento jurídico passa, obrigatoriamente, pela identificação de quais os princípios o ordenam, sob pena de se cometer equívocos inescusáveis ao adotar qualquer decisão, pois se pode partir de premissas que se encontram no cerne da questão que está posta para decidir. (Jesus, 2000, p. 20).

De tal modo, cada campo do direito é informado por um determinado conjunto de princípios, a ele específicos, bem como por um outro grupo geral, compartilhado por todos, quais sejam os princípios gerais de direito. Preocupado com a necessidade de trazer os princípios gerais como instrumento

para o efetivo exame do Direito Administrativo, Leonel Ohlweiler aduz que aqueles - os princípios - podem construir a ponte sobre o abismo que separaria esse campo do direito dos “problemas concretos dos signos jurídicos” (2000, p. 12). Além disso, para o autor, os “princípios constituem importante elemento de controle da discricionariedade, que, na verdade, seria uma discricionariedade vinculada ao sistema jurídico, composto de regras e princípios” (2000, p. 12), competindo ao Poder judiciário, a tarefa de, em última instância, realizar o “controle teleológico-jurídico dos atos administrativos” (2000, p. 12).

Vários autores apresentaram contribuições para o entendimento sobre o conceito de princípios. Para Lúcia Valle de Figueiredo, estes seriam um “conjunto de proposições diretivas, características, às quais todo o desenvolvimento ulterior deve ser subordinado” (1998, p. 35). Já para Plá Rodrigues (1996, p. 16) seriam “aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas” em um determinado momento da história de uma sociedade, formam o “tecido do conhecimento jurídico”. Odete Medauer, por sua vez, colaciona definições de Karl Larenz, Miguel Reale (1999, p. 135):

Princípios são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal, ou de um instituto jurídico (Karl Larenz, *Derecho justo*, 1985, p. 14).

Consistem em “enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para a elaboração de novas normas” (Miguel Reale, *Lições preliminares de Direito*, 1974, p. 339).

Essa é a grande conquista da humanidade: o estabelecimento de um consenso principiológico - a Constituição -, onde restam consignados determinados preceitos (positivados) que devem fundar todo o funcionamento da sociedade, bem com o próprio processo de produção do ordenamento jurídico. É neste momento que os princípios ganham extraordinária força e relevo, pois dão caráter, à Constituição, de um “espaço garantidor das relações

democráticas entre o Estado e a sociedade” (STRECK, 2000, p. 214), como um meio mais ou menos seguro de mediação.

Segundo Jorge Miranda (1996, p. 226-227), no que diz respeito ao papel dos princípios, no processo hermenêutico, afirma:

A ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração. Há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pode exprimir cabalmente.

Assim, não há como, modernamente, ser pretendida a solução de qualquer questão, posta perante o direito, sem a interferência fundamental e preliminar dos princípios, sendo incorreta sua invocação apenas em caráter subsidiário, quando o ordenamento positivado não fornece uma solução pré-estabelecida para aquele determinado caso concreto.

Como afirma Juarez Freitas (1997, p. 20):

Na missão de bem controlar os atos administrativos, avulta em importância, em lugar de controles meramente formalistas, cotejá-los com a totalidade do sistema constitucional do Direito Administrativo em sua dimensão de rede hierarquizada de princípios, normas e valores, não vigiando apenas a observância quanto à legalidade estrita de outrora.

Assim, o direito seria um “sistema constituído por um conjunto de normas. Dentro dele estão os princípios” (JESUS, 2000, p. 28). Por óbvio, o fenômeno jurídico não está limitado somente ao ato de produção do ordenamento positivado, mas à sua adequação à realidade concreta. Tomando a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 103), entendemos a norma³⁴ como

[...] um critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio dos quais os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu

³⁴ O autor usa o termo norma no sentido de princípio..

comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc.

Como sintetiza Éverton de Jesus (2000, p. 31-33):

Os princípios possuem em sua essência um valor normativo, algo que lhes é intrínseco, em razão de sua natureza. Assim, independente de haver expressa previsão legal (positivação), devem ser considerados como verdadeiras normas jurídicas, uma vez que constituem a base de todo o ordenamento jurídico. Pode-se até ir mais longe e afirmar que os princípios valem e possuem aplicabilidade e relevância em todas as ciências, enfim, em todos os ramos do saber.

[...]

E, conseqüência, a perfeição do sistema jurídico será maior ou menor, na medida que logre ou não identificar e determinar os princípios. Pode-se afirmar perfeitamente que a construção de qualquer regra afastada/divorciada dos princípios torna-a contraditória dentro do próprio sistema jurídico, e a violação a um princípio fere o cerne de todo o sistema jurídico. Logo, a norma, caso venha a ser aplicada, tem um potencial enorme para criar contradições e medidas que levem ao surgimento de decisões sem condições de efetividade, injustas, afastadas do contexto social, enfim, decisões inexecutáveis.

Como bem afirma Leonel Severo Rocha (1998, p. 25), “se a lei tivesse sempre a mesma relação paradigmática associativa, ela não poderia prever a infinidade de situações existentes no cotidiano do Judiciário”. Nessa linha de raciocínio, a idéia de completude do ordenamento jurídico de Bobbio (1996, p. 115) deve ser associada a um conceito amplo de norma, apto a englobar as regras e os princípios, modelo em que o sistema seria continuamente completível, inexistindo, assim, problema de completude ou incompletude (BOBBIO, 1996, p. 145).

Os princípios, de tal modo, desempenham um papel fundamental para assegurar a completude do ordenamento jurídico. Aliás, é o entendimento de Zagrebelsky (1995, p. 118) sobre o papel dos princípios:

La realidad, al ponerse en contacto com el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla - como razona el positivismo jurídico -, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de "tomas de posición jurídica conformes com él (al legislador, a la jurisprudencia, a la

administracion, a los particulares y, en general, a los interpretes del derecho). El "ser" iluminado por el principio aún no contiene en sí el "deber ser", la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio.

Os princípios, é de ser compreendido - face ao seu caráter -, exercem uma série de funções no ordenamento jurídico (JESUS, 2000, p. 42-43). Apresentemos algumas das principais. A característica fundante de determinados princípios se relaciona ao caráter de sustentação axiológica que esses princípios exercem em relação a outras normas, como, por exemplo, o princípio da isonomia do *caput* do artigo 5º da Constituição, que é explicitado, no *caput* do artigo 37, pelo princípio da impessoalidade. A característica argumentativa traduziria a *ratio legis* de uma disposição, demonstrando “normas que não estão expressamente positivadas por qualquer dispositivo de Lei, com o que possibilita ao operador do Direito o desenvolvimento, integração e complementação da Ciência do Direito”. (JESUS, 2000, p. 42-43). A característica de critério unificador possibilita a “recondução de uma série de casos individualizados a um padrão razoavelmente unitário, possibilitando, assim, a introdução de um critério de racionalidade do próprio ordenamento jurídico” (JESUS, 2000, p. 43). Os princípios constitucionais exercem função relevante nesse papel uniformizador dos preceitos jurídicos, tendentes a possibilitar um ponto de referência exegético aos operadores do direito, não se olvidando, jamais, a própria noção orgânica do ordenamento, principalmente do texto constitucional, sendo conferido um “padrão razoavelmente unitário” aos diferentes “microssistemas normativos” - interdependentes e nunca autônomos - componentes de cada sistema jurídico (JESUS, 2000, p. 44).

Para Tarso Genro (1985, p. 59), ao tratar dos princípios, pondera que estes são “categorias ideológicas que denunciam o estágio de uma disciplina em um momento histórico determinado, sendo, ou não, recebidos diretamente pelo Direito positivo”. Esse posicionamento ajuda a sustentar a possibilidade quanto à existência, em um dado ordenamento, de princípios implícitos - não-positivados -, mas que, mesmo nessa condição, possuem eficácia de norma

fundamental para a solução de determinados casos concretos. Mais ainda, é admissível a invocação de princípio implícito para o afastamento de regra positivada a ele contrária, não sendo possível, no entanto, o caminho contrário. Por exemplo, determinada lei que isento os administradores públicos quanto ao atendimento do princípio - implícito - da motivação dos atos administrativos não encontraria sustentação no sistema jurídico brasileiro, uma vez que o referido princípio já é universalmente reconhecido pela doutrina.

4.2.2 A distinção entre princípios e regras

Algumas considerações a respeito da distinção estabelecida entre o conceito de princípios e o de regras jurídicas, sendo ambas as categorias inclusas no conceito maior de normas jurídicas, tendo em vista que, freqüentemente, esses termos têm sido empregados de forma confusa. Sinteticamente, por tal distinção, a antinomia entre regras é resolvida pela mera substituição de uma pela outra, desaparecendo aquela de menor peso, menor importância, enquanto que o conflito entre princípios, concretamente verificado, será superado pela aplicação preferencial de um deles, após um exame do peso relativo de cada um (ponderação de bens), não acarretando, ressalta-se, a perda de sua eficácia em outras hipóteses. A aplicação daquelas, portanto, é disjuntiva e peremptória, observadas as exceções legalmente estabelecidas, sendo a destes desprovida de caráter de necessidade, tão-somente direcionando o intérprete a uma determinada direção, conferindo compreensão do sentido de uma regra determinada ou auxiliando na harmonização entre dados princípios incidentes. Esta se traduz na compreensão mais usual.

Canotilho (1993, p. 166-168) formula uma relação de critérios de diferenciação entre os princípios e as regras, a qual merece ser transcrita em sua integralidade.

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Carácter de fundamentalidade no sistema* das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) «*Proximidade*» da *idéia de direito*: os princípios são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça»(DWORKIN) ou na «idéia de direito» (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) *Natureza normogénica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.

Como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais:

- (1) - saber qual a função dos princípios: têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta?
- (2) - saber se entre princípios e regras existe um denominador comum, pertencendo à mesma «família» e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário, os princípios e as regras são susceptíveis de uma diferenciação qualitativa.

Relativamente ao primeiro problema, adiantar-se-á que os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição (cfr. *infra*, cap. 3º, cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, analogia juris*).

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas - as regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos:

- (1) - os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWORKIN: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é antinómica excluem-se;
- (2) - consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à

«lógica do tudo ou nada»), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na ex, medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

- (3) - em caso de conflito entre princípios, estes podem objecto de ponderação, de harmonização, pois eles c têm apenas «exigências» ou «standards» que, em «primeira linha» (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm «fixações normativas» definitivas, sendo insustável a validade simultânea de regras contraditórias;
- (4) - os princípios suscitam problemas de validade e p (importância, ponderação, valia); as regras colocam apl questões de validade (se elas não são correctas devem alteradas).

Lênio Streck, em nota de rodapé constante do prefácio à obra de Antonio Nedel (2006, p. 7-8), apresenta uma importante diferenciação entre as noções de princípio e de regra, a partir de suas concepções:

É necessário que se dê conta da origem da diferença entre regra e princípio, porque nela - na diferença - está novamente a questão que é recorrente: pela regra, fazemos uma justificação de subsunção, que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação e, portanto, uma relação de objetivação; já por intermédio do princípio, não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas sim, o que está em jogo é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo. Pode-se dizer, assim, que a regra - como tradicionalmente é entendida no campo jurídico - permanece no campo ôntico, objetivado, causalista-explicativo, enquanto o princípio se situa no campo do acontecer de caráter ontológico (não clássico). Daí a questão de fundo para a compreensão do fenômeno: antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor. Ou seja, a regra está subsumida no princípio. Nos casos simples, ela apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Havendo, entretanto, "insuficiência" (*sic*) da objetivação (relação causal-explicativa) proporcionada pela interpretação da regra, surge a necessidade do uso dos princípios. A percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina se desvelando, ocultando-se ao mesmo tempo na regra. Isto é, ele (sempre) está na regra. Só que está encoberto. A regra não está despojada do princípio. Ela encobre o princípio pela propositura de uma explicação dedutiva. Esse encobrimento ocorre em dois níveis: em um nível, ele se dá pela explicação causal; noutro, pela má compreensão do princípio, isto é, compreende-se mal o princípio porque se acredita que

ele também se dá pela relação explicativa, quando ali já se deu, pela pré-compreensão, o processo compreensivo. Em síntese: há uma essencial diferença – e não separação – entre regra e princípio. Podemos até fazer a distinção pela via da relação sujeito-objeto, pela teoria do conhecimento. Entretanto, essa distinção será apenas de grau, de intensidade; não será, entretanto, uma distinção de base entre regra e princípio. No fundo, o equívoco da(s) teoria(s) da argumentação está em trabalhar com os princípios apenas com uma diferença de grau (regrando os princípios), utilizando-os como se fossem regras de segundo nível (equívoco que se repete ao se pensar que, além dos princípios, existem meta-princípios, meta-critérios ou postulados hermenêuticos). Enfim, como se fosse possível transformar a regra em um princípio. Mas ela jamais será um princípio, porque neste está em jogo algo mais que a explicação causalista.

O intérprete, ao basear sua decisão em argumentos fundados em princípios, deve realizar um esforço de legitimação que demandará a elaboração de uma tese de direitos, de modo a afastar a discricionariedade, impedindo o estabelecimento de uma interpretação arbitrária e subjetiva.

Contudo, se a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão sobre os direitos das partes, as razões que a autoridade oferece para seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou a negação de um direito. Tal autoridade deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, no caso de sua instituição, as regras criam ou destroem todo e qualquer direito, e ela deve mostrar qual decisão é exigida por essa teoria geral em um caso difícil. (DWORKIN, 2002, p.163).

As normas de textura aberta, em sua aplicação, exigem a participação dos princípios, uma vez que o aplicador do Direito deverá, necessariamente, deles se utilizar para realizar a válida construção da decisão por ele tomada. Acrescenta o autor que o Direito, na medida em que se caracteriza como um sistema aberto, composto de regras e princípios, permitiria o surgimento de determinadas hipóteses em que uma norma atuaria logicamente como regra, mas substancialmente como princípio, o que evidencia os denominados “conceitos jurídicos indeterminados”, cujo preenchimento, tendente à sua aplicação concreta, seja dependente do auxílio de princípios, os quais afastam a fragilidade e insegurança de uma decisão fundada no mero subjetivismo. De tal modo, a norma estabelecida, decorrente da solução de uma “hard case”, somente

poderá ser justificada por intermédio de princípios, quando racionalmente utilizados.

Atualmente, adotando-se a posição de Alexy (1993, p. 83), está consagrado que os “princípios” e as “regras” são espécies da categoria “normas”.

As normas de direito fundamental se dividem em regras e princípios. Tanto o princípio como a regra são normas, pois ambos emitem um ‘dever ser’ e seus enunciados são compostos pelas expressões deonticas básicas. Em outros termos, tanto as regras como os princípios são razões para juízos concretos do dever ser. Apesar das semelhanças entre os princípios e regras é importante estabelecer as duas diferenças, que para Alexy são de caráter qualitativo. Uma diferença apontada pelo autor está no próprio conceito de cada uma dessas normas, onde as regras são normas ‘que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible’. Os princípios, por outro lado, compõem aquelas normas que ‘ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (ALEXY, 1993, p. 83).

São assim, os princípios e as regras espécies do gênero norma, constituindo esta no universo geral em que está contida os primeiros, consoante doutrina estabelecida a partir de Dworkin e Alexy, ressaltando que a metodologia jurídica tradicional estabelecia distinção apenas entre princípios e normas, conforme Ruy Samuel Espíndola (1998).

Em termos da doutrina pacificamente estabelecida, as normas são divididas em duas espécies: os princípios e as regras. A norma jurídica, em Canotilho (1999, p. 1.069), é entendida como uma “regra jurídica definidora de um padrão de comportamento ou criadora de esquemas jurídicos para a solução de conflitos”.

Um adequado processo hermenêutico, conforme Bobbio (1996, p. 19), não pode jamais partir de um exame isolado das normas jurídicas, visto que estas “nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si” - conhecido como “ordenamento” -, possuindo

estas, mesmo em suas diferentes formas, uma coerência unitária (BOBBIO, 1996, p. 113) e uma função eminentemente reguladora da vida social, estabelecendo, finalisticamente, diretrizes de comportamento.

Éverton de Jesus (2000, p. 37) formula a seguinte diferenciação:

Os princípios não contêm mandados definitivos, mas somente *prima facie*. Determinado princípio pode valer para um caso concreto, frente a determinadas circunstâncias, e não valer para outro caso. Quando um princípio não prevalece para determinado caso, isso não significa que não pertença ao sistema jurídico, porque em outro caso, quando inexistirem tais considerações contrárias, ou quando estas não tiverem o mesmo peso, o mesmo princípio pode ser decisivo.

Caso totalmente distinto é o das regras, que contém uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. A determinação somente não é aplicada quando se verificam impossibilidades jurídicas ou fáticas que possam conduzir à sua invalidez. Se não ocorrer tal caso, aplica-se exatamente o que diz a regra.

Como já devidamente apontado, o positivismo-normativista foi superado em sua pretensão de que o legislador fosse bem-sucedido em sua empreitada de incluir, na legislação, todas as hipóteses da vida humana, cada vez mais complexas e inter-relacionadas, em decorrência da volatilidade dos conceitos e paradigmas empregados em nossa sociedade contemporânea, que impõem constantes releituras do próprio direito positivado, objetivando sua adequação ao novo. De tal modo, o direito encontra cada vez mais dificuldades para acompanhar, com a necessária celeridade, essas transformações³⁵.

³⁵ O Direito, aliás, como instrumento criado para a manutenção da ordem social, ou seja, da própria estrutura do Estado moderno, deve, por natureza, ser estável o bastante para garantir a segurança da ordem estatal, contudo, por outro lado, não pode este ser empregado como uma barreira ao desenvolvimento das estruturas desse mesmo Estado, uma vez que estas, assim como a sociedade, estão em constante e permanente mutação, em que pese, no final da década de 1990, haverem defensores do “fim da História” – que, neste início de século, já se retrataram -, uma vez que já teria sido alcançado, naquele determinado momento histórico, o ápice do desenvolvimento social humano. Estariam o progresso econômico e social nas mais diversas nações, segundo tal teoria, “imobilizado” nos patamares ora existentes. Se tomarmos tal assertiva como uma premissa verdadeira teremos, necessariamente, que concluir pela impossibilidade do progresso da própria ciência do direito, assim como do resto das ditas ciências humanas, pois estas, como reflexo de uma sociedade imutável, não teriam mais como se desenvolver, estando fadadas a permanecerem estáticas no futuro. Felizmente, tal concepção é repudiada por diversos autores de inegável reputação, como, por exemplo, os renomados autores Nelson Werneck Sodré (1995) e Norberto Bobbio (1995). A instalação de uma Assembléia Nacional Constituinte é um dos exemplos mais claros da íntima interconecção entre as estruturas sociais e o ordenamento jurídico vigente nessa sociedade. Através de um processo

Humberto Ávila (2003, p. 22) aponta serem as normas os “sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”, elaboradas pelo intérprete, englobando as normas “que têm uma hipótese e uma consequência determinadas” (regras), bem como as que estabelecem “prescrições ligadas diretamente a valores, fins e idéias” a serem institucionalmente determinados (princípios). A qualificação normativa se uma norma contém uma regra ou um princípio, consoante o autor, “depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo intérprete”, o qual tem a liberdade de realizar as “conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem”, num processo de colaboração constitutiva. Importante ressaltar que o intérprete, nesse processo de interpretar os dispositivos constitucionais deve explicitar as versões de significado que decorrem dos fins e valores determinados pelo ordenamento jurídico. Ávila (1999) aduz ser difícil a existência de um conceito único de princípio, pois sua identificação depende do “critério distintivo empregado”, do “fundamento teórico aplicado” e da “finalidade pretendida”.

Não obstante, o autor lança um conceito de princípio como

[...] normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso, dependem mais intensamente da sua relação com outras

constituente, uma nação objetiva estabelecer, de forma concreta, qual o regramento que deverá guiar o seu desenvolvimento, sendo que este pode ser completamente diverso do ordenamento constitucional anteriormente determinado. Necessário ser ressaltado que, com a promulgação de um novo texto constitucional - tal como ocorreu neste país em 05 de outubro de 1988 -, todo o ordenamento jurídico anteriormente vigente estará, a princípio, revogado, no entanto, em função do Princípio da Continuidade do Ordenamento Jurídico, “as normas de hierarquia inferior, pré-existentes à mudança do sistema constitucional, só subsistirão se puderem encontrar, na nova ordem, seu fundamento de validade” (DINIZ, 1995, p. 56). Mesmo após 18 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o aplicador do direito ainda tem, quase que diariamente, a obrigação de enfrentar essa problemática, uma vez que todo o ordenamento vigente até 04 de outubro de 1988 deve ser criticado e analisado à luz das disposições contidas no novo diploma constitucional. Face à mutabilidade da sociedade humana, a qual está, como já aduzido, em constante e permanente transformação e adaptação às necessidades que a cada momento surgem, como consequência, a ciência do direito deve ser compreendida, como não poderia deixar de ser, dentro da própria dinâmica social, razão pela qual devemos adotar um posicionamento crítico a respeito de todas as idéias que se auto-intitulam como imutáveis. Importante que se tenha sempre em mente a noção de que não é a sociedade que está vinculada ao direito, mas sim o direito, como instrumento de sua manutenção, que a ela está intimamente relacionado.

normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. (ÁVILA, 1999).

As regras, por sua vez, seriam

[...] normas mediatemente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com maior determinação qual o comportamento devido, e por isso, dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida. (ÁVILA, 1999).

De uma forma extremamente minudente e perceptiva, Juarez Freitas expõe as distinções e as semelhanças – por que elas existem – entre os princípios e as regras. É o quadro das distinções (2004, p. 228-230):

Princípios	Regras
<ul style="list-style-type: none"> • são diretrizes normativas axiologicamente superiores - fonte máxima para o intérprete 	<ul style="list-style-type: none"> • são prescrições ou normas estritas, destinadas a propiciar concreção, inclusive quando limitam os princípios
<ul style="list-style-type: none"> • voltam-se para o futuro, mas, quando originários e intangíveis, tendem à vinculação em todos os tempos 	<ul style="list-style-type: none"> • tendem, de plano, para o futuro, mas podem retroagir beneficentemente (desde que sem violação a princípios)
<ul style="list-style-type: none"> • são fundamentais e fundantes 	<ul style="list-style-type: none"> • são instrumentais e condicionadas à preservação e/ou afirmação máxima dos princípios em rede
<ul style="list-style-type: none"> • possuem em seu “núcleo” eficácia direta e imediata (ao menos no sistema brasileiro) 	<ul style="list-style-type: none"> • visam a dar máxima e crescente eficácia à rede de princípios e de valores
<ul style="list-style-type: none"> • relativizam-se mutuamente, constituindo-se na interação 	<ul style="list-style-type: none"> • relativizam-se mutuamente, contudo podem ser suprimidas para preservar a relatividade e a mútua constituição dos princípios
<ul style="list-style-type: none"> • não admitem subsunção dedutiva estrita (o silogismo é dialético) 	<ul style="list-style-type: none"> • não admitem subsunção estrita (o silogismo é dialético, ainda no caso de exclusão ou de invalidade)
<ul style="list-style-type: none"> • não devem ser lidos segundo a lógica do “tudo ou do nada” 	<ul style="list-style-type: none"> • a rigor, não são compreensíveis segundo a lógica do “tudo ou nada”, inexistindo espaço residual para a aplicação automática e acrítica da regra ao caso. A eventual supressão da norma estrita somente se justifica para a preservação (unidade, abertura e eficácia) dos <i>princípios</i>: não por acaso, admite-se, por exemplo, a declaração de regra ainda constitucional
<ul style="list-style-type: none"> • toda antinomia é resolvida pela hierarquização axiológica (atividade que se identifica com a ponderação) 	<ul style="list-style-type: none"> • oculta uma antinomia entre princípios, portanto também se resolve, bem observadas as coisas, pela hierarquização axiológica
<ul style="list-style-type: none"> • formam uma unidade da qual emerge a 	<ul style="list-style-type: none"> • são múltiplas prescrições que

dialética circular hermenêutica	dialeticamente precisam ser encadeadas na unidade dos princípios
• não são contingentes plenamente	• não são necessárias plenamente (inexiste vinculação automática da escola da exegese), nem plenamente contingentes (inexiste discricionariedade pura)
• conferem e asseguram <i>complexidade</i> ao sistema	• conferem e asseguram <i>efetividade</i> ao sistema
• devem ser pensados numa teoria sistemática	• devem ser concatenadas e aplicadas à luz de uma visão sistemática dos princípios
• requerem uma visão constitucionalista em oposição ao fragmentário legalismo estrito	• devem servir à soberania da Constituição e de seu princípios fundamentais
• devem ser coerentes com a Constituição	• devem ser vistas (e eventualmente recusadas) à luz da coerência com o sistema
• são indeterminados, em certa medida, mas determináveis	• são indeterminadas, mas determináveis e, ao serem determinadas, devem servir à harmonização dos princípios

É, por sua vez, o quadro das semelhanças entre os princípios e as regras (FREITAS, 2004, p. 230):

<ul style="list-style-type: none"> • são interpretados tópicos e sistematicamente, à luz, ao mesmo tempo, do sistema e do caso aporético • possuem força normativa produzida pelo intérprete/aplicador, positivador derradeiro do sistema • quando se contradizem, não necessariamente se contrariam • estão no plano do dever-ser • combinam-se no intérprete (círculo hermenêutico) • exigem ser compreendidos numa relação intersubjetiva • requerem uma visão complexa, dialética, não-unidimensional • são compreendidos na historicidade (suplantando o originalismo imoderado) • requerem absorção e superação, simultaneamente

4.2.3 Uma visão geral sobre a solução de conflitos entre normas

Guastini (1999), analisando a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico, apresenta os aspectos que este utilizou para distinguir princípios de regras. Os princípios se distinguiriam das regras por quatro aspectos: a) os princípios não estabelecem uma consequência jurídica precisa na presença de uma circunstância igualmente precisa, ou seja, não estabelecem uma solução unívoca para as controvérsias, orientando decisões e oferecendo argumentos em um sentido ou outro, sem as determinarem; b) os princípios possuem uma “dimensão” desconhecida pelas regras, ou seja, “peso” ou “importância”

relativos, inexistindo teste apto a determiná-la, dependendo sempre da argumentação; c) o conflito entre os princípios é uma característica estrutural de todos os princípios, não encontrando solução decidindo que um ou outro princípio é inválido (tal ocorre no conflito entre regras, que se resolve, por sua vez, através de um processo de hierarquização), mas através de uma “ponderação” entre os princípios, pela qual um deles prevalece, enquanto o outro é deixado de lado, sem perder, no entanto, sua validade; e, d) os princípios são mais fracos que as regras, no sentido de que sempre admitem inúmeras exceções, sendo insuscetíveis de enumeração exaustiva, enquanto que estas, em verdade, também admitem exceções, no entanto, estas podem ser enumeradas, já que são, em realidade, partes da própria norma em sua formulação “completa”.

O conflito de princípios, aponta-se, pode ser objeto de ponderação, de harmonização, enquanto que as regras, por estabelecerem fixações normativas definitivas, não possibilitam a validade simultânea de regras contraditórias.

Inocência Mártires Coelho (1997, p. 81, apud MÔNIA LEAL, 2003, p. 83) assim contribui para a compreensão dos princípios:

Diferentemente das regras - que determinam conseqüências precisas e reciprocamente excludentes -, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos, mas apenas enunciam *motivos* para decidir num certo sentido. Sem impor ao seu intérprete-aplicador uma única decisão concreta, eles admitem *convivência* e *conciliação* com outros princípios concorrentes, num complexo sistema de freios e contrapesos muito semelhante ao que, nos regimes democráticos, regula a distribuição de funções entre os Poderes do Estado.

A compreensão de um conceito de princípio e do critério da ponderação, como mecanismo de solução de conflitos entre princípios, é essencial para a análise decorrente da problemática envolvendo a aplicabilidade prática da discricionariedade e sua harmonização através de critérios lógicos de utilização.

A inclusão, portanto, dos princípios, no âmbito geral das normas, possui significativa relevância, pois demonstra que estes contêm valor jurídico, afastando-se a anterior noção de possuírem um conteúdo meramente programático.

O conflito entre princípios é denominado de “colisão” de princípios e a antinomia entre regras é chamada de “conflitos” de regras, conforme a distinção de Alexy (1993, p. 87-89), ocorrendo a solução deste último pelo afastamento da norma inválida, adotando-se os métodos clássicos de interpretação, enquanto que na hipótese de colisão de princípios não há a invalidação de qualquer um dos princípios envolvidos, mas o enfraquecimento da aplicabilidade de um deles, num processo de “ponderação de bens”, consoante as características próprias do caso concreto, na medida em que os princípios assumem diferentes pesos e dimensões de acordo com cada situação efetivamente verificada, evidenciando a inexistência de princípios absolutos. Conforme a compreensão de Alexy (1993), as regras possuem um caráter binário: ou são cumpridas ou não são cumpridas. Diversamente, os princípios constituem “mandados de otimização”, razão pela qual podem ser aplicados de diversos modos e graus, em consonância com as características específicas de cada dado exemplo concreto. Os conflitos entre regras são resolvidos pela exclusão, do ordenamento jurídico, daquela hierarquicamente inferior ou, se de mesma hierarquia, a mais antiga, uma vez que inviável a manutenção como válidas, em um mesmo ordenamento jurídico, de duas regras contraditórias (uma das regras desaparece, diante do conflito que se dá na dimensão da validade). Já os conflitos entre os princípios não geram a invalidação permanente de um deles, mas um processo de ponderação, em que aquele mais adequado será aplicado, em detrimento do outro, sendo que ambos permanecerão vigentes. Nesta segunda hipótese, o conflito aparente se dá no plano do peso, sendo resolvido, como já mencionado, pela ponderação de princípios.

De tal modo, o administrador público jamais pode afastar ou invalidar um princípio, devendo ser este considerado e devidamente ponderado quando do momento da justificação da decisão administrativa tomada. Como já referido, cada caso concreto objetivamente constatado e analisado contém características próprias, as quais permitem o adequado processo de ponderação do bens, na hipótese de haver uma antinomia entre diferentes princípios teoricamente incidentes sobre essa situação, possibilitando, enfim, que, na maior medida do

possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais constatadas, seja respeitado o comando principiológico.

O administrador público deve, na motivação do ato praticado no exercício do poder discricionário, formular, em cada hipótese concreta, um “enunciado de preferência”.

Dworkin reconhece a existência de uma “força gravitacional do precedente”, decorrente do processo de concretização racional da decisão e da moralidade institucional nela contida, que se torna mais evidente na justificação de um “hard case”, face aos seus argumentos de princípio.

[...] os juízes parecem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação. Eles aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o que é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado. (DWORKIN, 2002, p. 175).

Deve o juiz, alerta Dworkin, estar ciente de que a força gravitacional do precedente se encontra na necessidade de casos idênticos serem decididos de igual forma, ou seja, com equidade.

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. (...) A força gravitacional de um precedente pode ser explicitada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. (2002, p. 176).

Além disso, nessa atividade, devem ser sempre observadas as características próprias de cada caso concreto, uma vez que o argumento de equidade estabelecido pelo precedente repele uma aplicabilidade abstrata.

Assim, ao definir a força gravitacional de um precedente específico, Hércules só deve levar em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente. Se a decisão favorável à sra. MacPherson supõe que ela tem um direito à indenização, e não simplesmente que uma regra a seu favor promove alguma meta coletiva, então o argumento da equidade, no qual se fundamenta a prática do precedente, ganha precedência. Daí não se segue, por certo, que qualquer pessoa que de algum modo tenha sido prejudicada pela negligência de uma outra deva ter o mesmo direito concreto a uma indenização, como a outra teve. (DWORKIN, 2002, p. 179).

A tarefa de preenchimento das normas de textura abertas, mesmo nos “hard cases”, é limitada pelo próprio Direito, no momento de sua realização concreta, através de determinantes contidos tanto nas regras como nos princípios, estabelecendo o conteúdo moral da decisão pretendida, conduzindo, de tal forma, ao estabelecimento da resposta correta. O aplicador do Direito, portanto, não é absolutamente livre em sua atividade interpretativa, não podendo produzir, como denomina Rawls, decisões “intuicionistas”.

A doutrina parece inócua nessa forma geral, mas ela condena, mesmo em tal forma, um estilo de administração política que poderíamos chamar, com Rawls, de intuicionista. Ela condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas. (DWORKIN, 2002, p. 137).

Podemos até mesmo aceitar que o intérprete decida com fundamento em suas “concepções valorativas pessoais, em detrimento da concepção moral daquela comunidade envolvida acerca do conceito de determinado valor” (COUTINHO), o que devemos repelir é uma decisão “baseada tão somente em argumentos arbitrários ou apelativos à autoridade”, que violam o sentimento de uma verdadeira justiça, tendo em vista a falta de critérios decisórios palpáveis que a justifiquem e, conseqüentemente, a legitimem.

Em que pese a metodologia proposta por Dworkin não eliminar completamente a possibilidade de equívocos quando do exame e solução dos “hard cases”, pela impossibilidade lógica de existir um juiz perfeito, tendo em vista a falibilidade do “intermediário humano na aplicação da lei ao caso

concreto” (COUTINHO), ela proporciona maior estabilidade ao sistema, preservando-se a segurança jurídica, na medida em que os interessados terão maiores condições de compreender e eventualmente concordar com a argumentação moral contida na decisão e que o intérprete obterá, assim, maior legitimidade para sua deliberação.

4.3 O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA SUPERAÇÃO

Ronald Dworkin (2002, p. 127) contribuiu imensamente para a hermenêutica do pós-positivismo, ao propor a retomada da força normativa dos princípios de direito e seu significado no ordenamento jurídico. A concepção de direito pregada pelo autor refutava a separação entre direito e moral, adotada pelas escolas positivistas, considerando que junto às normas estão localizados os princípios e as diretrizes políticas, referindo-se, os primeiros, à justiça e à equidade e os segundos aos objetivos sociais almejados.

Para Guastini (1999, p. 277-284), a obra “Taking Rights Seriously”, de Ronald Dworkin, publicada em 1977, seria de fundamental importância, tendo em vista a influência de sua “teoria do Direito” sobre todo o debate “filosófico-jurídico” dos anos 70 e 80, em especial nos países anglo-saxões, o que pode ser examinado em dois aspectos distintos. Primeiramente, suas posições causaram um acalorado debate científico, dando ensejo a uma vasta literatura e, em segundo lugar, Dworkin contribuiu de forma decisiva para o desenvolvimento da filosofia do direito contemporânea, com uma tendência fortemente antipositivista, caracterizada por uma linha teórica marcada pela rejeição de todo estudo puramente científico, ou seja, absolutamente descritivo e “wertfrei” do direito, rejeitando toda distinção entre direito e moral, refutando, conseqüentemente, a distinção entre o discurso dos juízes (e dos juristas) e a argumentação moral.

A teoria do direito de Dworkin não pode ser verdadeiramente compreendida sem uma prévia exposição das teses positivistas contra as quais ele dirige suas críticas. Guastini (1999, p. 279), adotando síntese de Herbert Hart,

apresentada por este na obra “O conceito de direito”, explica ser o positivismo jurídico caracterizado por sete teses distintas.

Consoante a primeira tese, todo sistema jurídico não é mais que um conjunto de normas ou regras, que são as únicas fontes de obrigações e direitos para os cidadãos, sendo a norma um enunciado prescritivo que correlaciona uma consequência jurídica bem determinada com uma circunstância fática igualmente determinada, de forma que toda controvérsia a respeito da sua aplicação encontra nela própria, uma solução unívoca. Na segunda tese, as normas componentes de um determinado sistema jurídico podem ser claramente distinguidas de outros tipos de regras (em especial das regras morais) alheias ao sistema, através de um teste de “validade formal”, de forma que uma regra pertence ao sistema jurídico apenas se, e somente se, tenha sido editada por uma autoridade competente (o conjunto de critérios que uma norma deve satisfazer para ser reconhecida como pertencente a um sistema jurídico determinado é, segundo Hart, denominado de “regra de reconhecimento”). A terceira tese afirma que uma proposição jurídico-afirmativa da existência de um direito ou de uma obrigação – é verdadeira quando existe uma norma jurídica válida e correspondente, sendo falsa se existente uma norma contrária, sendo que a inexistência de norma em qualquer sentido impediria a determinação dessa proposição jurídica como verdadeira ou falsa. Para a quarta tese, em todo sistema jurídico, há casos “difíceis”, cuja solução não está localizada no direito existente, seja pela existência de normas que contenham uma formulação vaga, seja pela ocorrência de lacuna no sistema jurídico, de forma que, consoante a quinta tese, nos casos “difíceis” inexistente solução justa ou correta, ou seja, a proposição que afirma ou nega a existência de um direito do autor ou de uma obrigação do demandado não é verdadeira nem falsa. Conseqüentemente, pelo que propõe a sexta tese, a solução de um “caso difícil” seria encontrada apenas fora do direito existente, devendo, nessas situações, dispor o juiz de um poder discricionário em virtude do qual se comportará como legislador, criando direito novo (para então aplicá-lo retroativamente). Por fim, consoante a sétima tese, frente a um caso “difícil”, e, portanto, ausentes direitos e obrigações pré-

constituídas, deve o juiz decidir escolhendo a solução que melhor assegure o bem-estar coletivo (da sociedade em seu conjunto), o que demonstraria, segundo Dworkin, a associação da teoria positivista do utilitarismo.

Dworkin (apud GUAISTINI, 1999, p. 279-282) apresenta cinco críticas às teses positivistas expostas. Na primeira crítica, afirma que o Direito não seria um conjunto de normas ou regras, mas uma interação de normas específicas e princípios que expressam exigências de justiça, de forma que as obrigações e os direitos surgem tanto das normas como dos princípios.

Esclarece Guastini, apontando a segunda crítica de Dworkin, que a “regra de reconhecimento” de Hart, fixadora das condições de validade das restantes regras do sistema, seria aplicável unicamente às regras e não aos princípios. Estes não seriam estabelecidos pela legislação ou pela jurisprudência, não sendo, portanto, frutos de atos de promulgação de uma autoridade normativa qualquer, carecendo, conseqüentemente, de validade formal, encontrando fundamento no sentido de justiça compartilhados pela comunidade política em que é empregado, de forma que os direitos conferidos por princípios não são direitos positivos, preexistindo à legislação. Os princípios constituiriam a justificativa moral e política do direito vigente, sendo, assim, subjacentes ao direito positivo, havendo a necessidade, para identificá-los, de se reconstruir a filosofia política, denominada por Dworkin de “teoria do direito”, atuando os princípios como ponto de união entre os domínios do direito e da moral.

Conforme a terceira crítica, toda e qualquer controvérsia, até mesmo os casos “difíceis”, tido, segundo a tese positivista, como insolúveis com fundamento no direito existente, pode ser resolvida com fulcro no direito existente, entendido este como uma combinação de normas e princípios, havendo, em sua visão, apenas uma solução justa e correta. Os princípios permitiriam, em face à ausência de normas específicas ou na presença de normas obscuras, a colmatação das lacunas ou a interpretação correta das normas com uma formulação indeterminada, não sendo necessária a criação de direito novo pelo intérprete.

Na quarta crítica, é abordada a discricionariedade (ou poder discricional) em seus três diferentes sentidos: a) primeiro sentido forte, indicando a situação de quem deve usar o discernimento na aplicação de critérios de decisão pré-determinados; b) segundo sentido fraco, pelo qual a discricionariedade seria a

posição de quem toma a decisão de última instância, inapelável; e, c) sentido forte, vislumbrado na situação de quem pode decidir arbitrariamente, não estando vinculado a nenhum critério de juízo pré-existente. Para Dworkin, nos casos “difíceis”, o juiz detém um poder discricionário, mas apenas para o 1º sentido fraco, ou seja, que deve ele fazer uso da prudência e da sensatez, buscando o ponto de equilíbrio para a aplicação de diferentes princípios. Se o juiz for de última instância, o sentido de sua discricionariedade será para o 2º sentido fraco. Fala-se em discricionariedade, alerta Dworkin, não no significado de que sua decisão está desvinculada de qualquer critério de juízo pré-constituído, visto que os princípios constituem critérios de juízo vinculantes para os juízes, sendo justa ou correta a decisão mais coerente com a filosofia política que justifica o sistema jurídico em seu conjunto, limitando-se a reconhecer direitos e obrigações preexistentes, visto não criarem novos direitos ou obrigações ao aplicarem os princípios.

Por fim, consoante a quinta crítica, uma decisão judicial (“hard cases”), na qual o juiz deve fundar sua decisão em princípios, somente seria justificada se respeitados os direitos individuais das partes, sendo isso o que Dworkin denomina de “tese dos direitos”, a qual encontra justificativa no princípio democrático (pelo qual os juízes, não sendo órgãos de representação, não podem criar direito) e no princípio liberal da irretroatividade do direito (o direito criado pelos juízes é necessariamente retroativo), constituindo esta uma crítica implícita às orientações jurisprudenciais propugnadas pelo movimento denominado “law and economics” (ou, em outras palavras, “análise econômica do direito”). Para Dworkin, os indivíduos detêm direitos frente ao Estado, os quais preexistem à legislação e são absolutamente independentes dela, inexistindo fim comum ou objetivo coletivo que possa constituir razão suficiente para privar o indivíduo de seus direitos.

Guastini (1999, 282-284), no capítulo VI (Reencontro com Dworkin), expõe quatro conclusões à obra “Taking Rights Seriously” de Dworkin.

Em primeiro lugar, a filosofia do direito de Dworkin seria uma metamorfose muito sofisticada da doutrina do direito natural,

surpreendentemente mesclada com um eco do aspecto mais formalista do positivismo jurídico clássico, adotando as idéias jusnaturalistas de que os indivíduos possuem direitos que antecedem à legislação, bem como que não se pode traçar uma linha clara de demarcação (conceitual) entre direito e moral. Haveria, para Guastini (1999), um eco de formalismo na idéia de Dworkin de o direito, formado por uma interrelação de normas positivas e princípios morais, ser completo e coerente, de sorte a que toda controvérsia admita apenas uma solução. Troper (apud GUASTINI, 1999), em seu Dossier Dworkin (1985), afirma não existir nada de novo na teoria de Dworkin ao afirmar este que os homens possuem direitos naturais, que os positivistas se equivocam ao reduzir o direito às normas positivas e que os juízes não possuem poder discricionário porque devem apenas aplicar o direito preexistente.

Em segundo lugar, a noção de ser o direito formado não apenas de normas específicas, mas também por princípios gerais não surpreende, visto que muitos princípios estão formulados na maior parte das constituições, em especial as contemporâneas, podendo estar igualmente formulados em leis ou implícitos no direito vigente, podendo ser extraídos por técnicas de “destilação”.

Em terceiro lugar, constitui um fato que todo ordenamento jurídico é composto por normas e princípios. Pode-se afirmar, ainda, que a distinção positivista entre direito e moral é inútil e enganosa, devendo ser abandonada. Do contrário, não se pode sustentar que os princípios, ao mesmo tempo, são e não são “direito válido”³⁶. Acontece que parece ser esse o entendimento de Dworkin ao sustentar que os princípios não são “direito válido”, quando mostra que o direito é inseparável da moral, sustentando também que os princípios são “direito válido” quando demonstram que são vinculantes para os juízes.

Em quarto lugar, por fim, a tese segundo a qual os princípios constituem “ponte” entre o direito e a moral, não possui outro objetivo que não o de mostrar que a força vinculante e a importância relativa dos princípios não podem ser verificadas empiricamente, já que dependentes de valorações e argumentações morais. É por isso que a argumentação, tanto no direito como na moral, são, segundo Dworkin, inseparáveis.

³⁶ Do ponto de vista do positivismo jurídico, as opções são apenas duas: a) os princípios são “direito positivo válido”; b) os princípios não são “direito positivo válido”. Na primeira hipótese inexistente problema, enquanto que na segunda constata-se que em algumas ocasiões, ante casos difíceis, os juízes se afastam do direito positivo e resolvem as controvérsias que lhes são apresentadas com base em critérios morais, ou seja, extrajurídicos.

Compreende-se então a difusão dessa atitude antipositivista na filosofia do direito contemporâneo, sendo uma atitude que reflete e, ao menos tempo, justifica a prática do estilo argumentativo da Corte Suprema americana, bem como de vários tribunais constitucionais europeus, que se limitam cada vez menos a interpretar os textos constitucionais e mostram cada vez mais a tendência a valorar não a conformidade com a constituição, mas a justiça substancial das leis que são submetidas a seu exame.

O administrador público, em sua atividade diária, se confrontaria com uma pluralidade de situações que poderiam ser divididas em duas hipóteses distintas. A primeira relacionada aos casos de fácil solução, em que bastaria a verificação da situação fática e a norma compatível. A segunda referente à possibilidade de o administrador ver-se diante de um caso em que haveria uma diversidade de normas distintas e até mesmo contraditórias (normas de caráter aberto). Nesta última situação, denominada de casos difíceis (*hard cases*)³⁷, por Dworkin (2002), existiria, em realidade, apenas uma única resposta correta, a qual seria revelada pelo exame dos princípios, levando-se em conta os seguintes pressupostos: “a) qualquer norma se fundamenta em um princípio; e, b) não podem os juízes, nem os administradores, criar normas retroativas”.

Dworkin (2002), como crítico do pensamento positivista, aduzia não ser adequada, como solução hermenêutica, a simples subsunção da regra jurídica ao caso concreto, possuindo o aplicador do direito o poder discricionário para decidir, em concreto, a problemática apresentada, elegendo, dentre as diversas possibilidades de interpretação da norma, a mais correta, justa, de forma que este não cria direito novo a ser aplicado ao caso concreto, competindo-lhe a obrigação de estabelecer os direitos dos interessados, mesmo que ainda não positivados no ordenamento jurídico, por intermédio de uma norma que possibilite tal aplicação, não estabelecendo jamais, como já afirmado, um novo elemento de legislação.

³⁷ Para Dworkin, haveria um “*hard case*” sempre que o aplicador do Direito estivesse diante de uma norma de caráter aberto, cujo conteúdo devesse ser preenchido, tendo em vista sua imprecisão de sentido imediato, requerendo um maior esforço interpretativo.

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. (DWORKIN, 2002, p.127).

Partindo da noção de que o intérprete, em seu processo de aplicação do Direito, deverá utilizar determinados princípios, originados da norma jurídica, através de um juízo de ponderação, Dworkin propõe uma teoria do direito eminentemente pragmática, afirmando existir apenas uma resposta correta para cada caso concreto apresentado, devendo esta, nos “hard cases” ser fundada em princípios individuais, competindo ao intérprete estabelecer o conteúdo moral de sua decisão, não aplicando a lei de “forma mecânica à hipótese de fato ou ainda ter a liberdade para selecionar a solução que julgar mais certa dentre as diversas soluções ofertadas pelo ordenamento jurídico” (COUTINHO). Estão afastados, assim, por Dworkin, os “modelos silogístico e positivista da teoria da decisão judicial”, sendo o primeiro fundado na noção da inexistência de “hard cases” (2002), face ao caráter lógico-dedutivo da atividade judicial, resumindo-se a uma vinculação estrita da ação do intérprete ao texto legal, enquanto que o segundo modelo admite a utilização da discricionariedade dissociada de uma obrigação de fundamentar (legitimar) as decisões por meio de princípios.

Luiz Fernando Barzotto (2000, p. 117-118), quanto à polêmica estabelecida entre Hart e Dworkin assim sintetiza o pensamento do primeiro:

Para Hart, o Direito configura-se um sistema formado pela união de regras primárias (regras de comportamento) e regras secundárias (regras que conferem poderes, ou regras que se referem a outras regras) identificadas como válidas, isto é, como regras do sistema, pelo recurso à regra de reconhecimento. Nos ordenamentos jurídicos modernos, a regra de reconhecimento aponta como jurídicas as regras produzidas pelo Estado, produção esta regulada pelo direito. Hart fecha, assim, o direito sobre si mesmo, excluindo a tentativa de identificá-lo recorrendo-se a elementos fáticos ou valorativos.

Dworkin, sucessor de Hart na cátedra de *Jurisprudence*, da Universidade de Oxford, na Inglaterra, criticava seu antecessor por, em sua teoria, conferir poderes discricionários ao Poder Judiciário para a solução das lacunas do

direito, criando do direito necessário ao caso concreto. Já Dworkin entendia que o papel do Poder Judiciário não poderia ser o de criar um novo direito, mas sim o de desvelar o direito até então oculto, através de uma interpretação conjunta entre as regras positivadas e os princípios. Como consequência, em Dworkin, as decisões judiciais proferidas nos “hard cases” seriam, em sua essência, decisões geradas por princípios.

Vera Karam Chueiri (1997, p. 171, apud JESUS, 2000, p. 54), resume as diferenças entre as posições de Hart e Dworkin da seguinte forma:

Nos casos difíceis, diria Hart, não existem discordâncias teóricas. Existem apenas problemas semânticos relacionados à imprecisão dos termos utilizados pela regra jurídica para a descrição do fato. Isso permite que uma mesma regra seja aplicada de maneira diversa: por exemplo, tanto ao careca que possui nenhum cabelo quanto àquele que possui algum. A discordância dos juízes seria, então, uma discordância de teor lingüístico.

Segundo Dworkin, as regras são aplicadas na maneira do tudo ou nada. Ou seja, se o fato descrito por determinada regra é dado, então ela, e somente ela, é válida, e sua aplicação enquanto resposta à pretensão em questão deve ser aceita. Do contrário, em nada serve à decisão valendo a discricionariedade do Juiz. As regras são, por assim dizer, funcionalmente importante, dependendo do papel que desempenham no sistema.

Em sua teoria da decisão judicial, o direito seria um sistema formado por regras e princípios, razão pela qual afirma a juridicidade destes, se contrapondo, de tal forma, ao entendimento de Kelsen (1976, p. 267), defensor do modelo positivista, para o qual seria desnecessária a validação do direito declarado por intermédio dos princípios, uma vez que não precisaria o aplicador do Direito inquirir sobre os valores ou sobre os fatos que conferem legitimidade ao direito, limitando-se a atividade deste à compreensão das regras positivadas no ordenamento jurídico.

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade

com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. (KELSEN, 1991, p. 210).

Além da crítica ao positivismo jurídico, que reconhecia apenas os direitos previstos no ordenamento jurídico, Dworkin discutia o dogma da supremacia do interesse público (coletivo) frente aos interesses individuais dos administrados, visto que a maioria tenderia a abusar do seu poder para estabelecer regras pertinentes ao seu interesse em detrimento do direito individual. Para ele, a motivação do ato administrativo acarreta na redução da insegurança e da incerteza das razões adotadas pelo administrador público em seu decidir, negando a possibilidade de um atuar discricionário do aplicador do direito e, por consequência, dos atos discricionários em geral, visto que o modelo por ele proposto de uma única resposta correta evita a concessão de qualquer liberdade ao administrador público.

Refutava, ainda, “o modelo silogístico da subsunção positivista” (ALFREDO SILVA), propondo “uma atuação baseada na garantia dos direitos individuais e estes apoiados em princípios fundamentais”, abalando, de tal forma, a “supremacia do positivismo jurídico metodológico”, que, infelizmente, ainda domina a nossa Administração Pública. Dworkin colaborou, sobremaneira, para o ressurgimento dos princípios, anteriormente enfraquecidos pelo positivismo jurídico, os quais passaram a influir largamente sobre o ordenamento jurídico, conferindo-lhe coerência e unidade.

Por fim, do ponto de vista da linguagem, a diferenciação entre princípios e regras, como proposta por Éverton de Jesus (2000, p. 47), pode ser assim entendida: as regras seriam “enunciados dotados de relativa previsão”, enquanto que os princípios seriam “enunciados de significado altamente elástico ou indeterminado”, permitindo elevado grau de generalidade. Vê-se que a ciência do direito, como refere o autor, no campo dos princípios, bem como no das regras, trabalha com uma “vagueza semântica”, ou seja, com expressões ambíguas e polissêmicas, permitindo diferentes significações. A doutrina e a jurisprudência pretendem a eliminação dessa “vagueza semântica” através de fórmulas jurídicas pré-concebidas - *standards* jurídicos -, criando, como

resultado, respostas muitas vezes não compatíveis com situações concretamente verificadas, em que pese aparente similaridade fática ensejadora da ação exegética. Ou seja, diante de duas hipóteses fáticas aparentemente idênticas, a solução mais justa pode ser diversa, o que é inviabilizado, diante da aplicação irrestrita de soluções paradigmáticas, que simplificam a realidade, não permitindo, assim, a compreensão de determinados fatores essenciais à delimitação de uma decisão efetivamente justa e socialmente adequada.

Como bem conclui Éverton de Jesus (2000, p. 48-49):

O grande potencial dos princípios é justamente afastar a aparente igualdade entre muitos casos, possibilitando a análise do apresentado para decidir a partir da contextualização da própria situação, pois a aplicação pura e simples de dispositivo de Lei, em determinados casos, pode levar a uma decisão injusta, afastada da realidade, o que, teoricamente, demonstraria certa falha/fragilidade do sistema. Significa dizer que a decisão mais justa/equilibrada, com grande possibilidade de se tornar eficaz, passa, certamente, pela criação de situação tópico-individualizada.

Com efeito, os princípios possuem carga filosófica/ideológica suficiente para afastar possíveis injustiças, possuindo eles condições de servir não apenas como meros reprodutores do momento vigente, mas também como criadores de novos paradigmas/concepções/conceitos, pois, afinal de contas, fazem parte das regras estruturais que têm por finalidade dar coesão/unidade/coerência ao sistema. Na verdade, servem como verdadeira válvula de escape para que o operador do Direito não cometa injustiças.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 247-248) acrescenta ao debate a seguinte lição:

Os princípios gerais, em sua forma indefinida, compõem a estrutura do sistema, não seu repertório. São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo. [...] Eles não são fonte do Direito no mesmo sentido da legislação ou do costume ou das normas jurisprudenciais, pois são metalinguagem em relação àquelas fontes (cp. Carrió, 1970). Atuam sobre as demais fontes de modo semelhante como as regras de dedução atuam sobre a construção dos teoremas matemáticos. Ao contrário dessa, porém, não formam um conjunto rigoroso, mas são compostos de topoi, lugares comuns, o que lhes confere um caráter tópico.

De tal modo, tanto a aplicação como a não-aplicação dos princípios revela uma postura eminentemente ideológica do operador do direito. O

problema mais grave ocorreu na negativa quanto à vigência dos princípios, visto esta visão estar negando a própria vigência do ordenamento jurídico, o qual, atualmente, adota, expressamente, a noção de princípios, tornando-os parte integrante e fundamental do sistema jurídico nacional.

4.3.1 O princípio da proporcionalidade

O pós-positivismo pretende estabelecer critérios que permitam uma efetiva verificação da objetividade e da segurança das decisões, em suas mais diversas hipóteses, o que pode ser constatado por uma análise no âmbito do razoável e do adequado, como aponta Alexy.

Percebe-se até o momento, consoante o que já foi anteriormente aduzido, que um princípio jamais deve ser aplicado em sua literalidade, na medida em que inexitem princípios absolutos, havendo sempre a necessidade de o princípio ser relativizado, ponderado em face de outros princípios igualmente incidentes sobre o caso concreto, de forma a garantir que a decisão proferida, tanto no âmbito jurisdicional como administrativo seja segura e efetiva.

A questão decorrente dessa assertiva relaciona-se com a relativização de princípios, num processo de “ponderação de bens”, sendo que os doutrinadores apontam para o princípio da proporcionalidade como veículo dessa ponderação. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1998, P. 667-680) - analisando a relativização do princípio do contraditório - entende que

[...] conquanto se possa afirmar *a priori* tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica, mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição).

Como resultado imediato, surge indagação quanto aos limites da incidência da proporcionalidade, ou seja, em que medida pode ou deve um princípio ser relativizado, de acordo com o instrumento da “proporcionalidade”.

Éverton de Jesus (2000, p. 75) aduz que o “princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas”, não devendo, de tal modo, agir com excesso nem de modo insuficiente, havendo sua violação “sempre que o administrador, tendo dois valores a sopesar, priorizar um a partir do sacrifício exagerado do outro” (p. 76). Implica esse princípio – associado a uma idéia de bom senso –, assim, em “uma adequação axiológica e finalística pelo agente público do *poder-dever* de hierarquizar princípios e valores de maneira adequada nas relações de administração e no controle delas” (p. 76), devendo este procurar “aplicar a norma ao caso concreto, da forma menos maléfica e mais útil aos interesses da coletividade” (p. 76).

Evidencia-se, de tal modo, que, num Estado Democrático de Direito, a atividade estatal jamais pode ser concebida como irrestritamente livre, mesmo nas hipóteses em que a Constituição ou o ordenamento positivado estabelecem certa margem aberta de discricionariedade, estando o administrador público sempre vinculado à proibição de excesso (arbitrariedade) e à proporcionalidade.

Segundo Humberto Ávila (apud JESUS, 2000, p. 78), o princípio da proporcionalidade foi “introduzido na hermenêutica jurídica do Direito Administrativo brasileiro por influência direta do Direito alemão”.

Humberto Ávila (2003, p. 79-85) defini a “proporcionalidade” não como um princípio ou regra, mas como uma categoria diversa, um “postulado normativo aplicativo”, ou seja, adentrando no “terreno das metanormas” (normas de segundo grau), seria esta uma norma estruturante da aplicação de princípios ou regras, situando-se em plano distinto destes, de modo que a violação à proporcionalidade seria unicamente elíptica, visto que a infringência ocorreria apenas quanto às normas cuja aplicação estrutura. Temos, lançando mão de exemplo apresentado pelo autor, a hipótese de o Supremo Tribunal Federal haver considerado inválida ordem judicial que obrigava a realização de exame de DNA, por desnecessária e desproporcional violação à dignidade humana. Neste caso, não foi a proporcionalidade que restou violada, mas sim o princípio da dignidade humana “na sua inter-relação horizontal” com os

princípios da autodeterminação da personalidade e da universalidade da jurisdição, que não foram adequadamente aplicados. A violação aos “postulados” consistiria, portanto, na “não-interpretação de acordo com sua estruturação”.

Ávila, a seguir, demonstra as razões pelas quais os “postulados” não poderiam ser confundidos com os princípios e com as regras. Os “postulados”, diferentemente dos princípios não impõem a promoção de um fim, mas, ao invés disso, estruturam a aplicação do dever de promover um resultado, não prescrevendo indiretamente comportamentos, “mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”. Estes, por sua vez, divergiriam das regras por não serem “normas imediatamente descritivas de comportamento devidos ou atributivas de poder”, estruturando apenas a aplicação das normas que o fazem. Aponta o autor, ainda, que o fundamento na proporcionalidade não é encontrado na Constituição, mas na própria noção de princípio, enquanto condição normativa para a correta aplicação do Direito.

Apresentadas essas considerações essenciais quanto à definição de “postulados”, podemos compreender a visão do autor quanto ao “postulado da proporcionalidade”, e seus três exames fundamentais de aplicação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), conforme a teoria de Alexy. Os três exames objetivam responder as seguintes perguntas: a) “o meio promove o fim?”; b) “dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, há outro maior menos restritivo do(s) direito(s) fundamental (is) afetados?”; e, c) “as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?”.

O postulado da proporcionalidade tem crescido de importância no Direito brasileiro, especialmente como instrumento de controle dos atos do Poder Público, sendo utilizado na ponderação entre o gravame ocasionado e a finalidade precípua do ato pretendido, no estabelecimento da proporção entre vantagens e desvantagens, sem, no entanto, limites ou critérios claros. Teria a proporcionalidade aplicabilidade em hipóteses em que se estabelece “uma

relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”, não possuindo, portanto, aplicabilidade irrestrita, dependendo sempre de um “meio”, um “fim” e uma “relação de causalidade”. Em outras palavras, exige-se uma relação entre uma medida concreta e um resultado extrajurídico concreto ambicionado, sendo indispensável à determinação progressiva do fim para estruturar a aplicação do postulado.

Cabe, agora, a apresentação de algumas considerações a respeito de cada um dos três exames fundamentais de aplicação do postulado da proporcionalidade.

Para Robert Alexy (1993, p. 112), como já apontado anteriormente, a proporcionalidade é subdividida em três máximas: a) adequação³⁸; b) necessidade³⁹; e, c) proporcionalidade em sentido estrito⁴⁰.

A “adequação” exige uma relação empírica ente o meio e o fim, devendo aquele conduzir à consecução deste, havendo três perguntas fundamentais que permitem a compreensão da conexão entre o meio e o fim: a) “o que significa um meio ser adequado à realização de um fim?”; b) “como deve ser realizada a relação de adequação?”; e, c) “qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?”. A primeira indagação diz respeito com a maior ou menor probabilidade de o meio promover mais ou menos um fim do que outro meio existente, sendo que, para Humberto Ávila (2003), a Administração e o legislador têm o dever de utilizar o meio que simplesmente promova o fim, não estando obrigado a adotar o meio mais intenso, o mais seguro ou o melhor dentre eventual pluralidade de meios. A segunda indagação envolve a inviabilidade de uma resposta categórica, “em face da multiplicidade de modos de atuação do Poder Público”, de forma que a adequação deve ser avaliada, analisada, no momento da escolha do meio pelo Poder Público e não

³⁸ No sentido de que o ato pretendido pela autoridade pública, no exercício de seu poder discricionário, deve ser apto, capaz, para alcançar a finalidade almejada, desde que seja esta legalmente permitida.

³⁹ O meio, a alternativa escolhida pelo administrador público deve ser aquela que, alcançando adequadamente a finalidade pretendida, seja a menos gravosa, ou seja, a mais benigna.

⁴⁰ Esta é a verdadeira ponderação, consistindo no exame da relação entre o ônus advindo do ato, considerado adequado e necessário, e o fim pretendido, ou seja, se a menor relevância do

em momento futuro, quando do exame da escolha pelo julgador. A última indagação, por fim, pertinente à verificação da intensidade de controle das decisões proferidas pela Administração, conduz, em face do ordenamento jurídico brasileiro, a um modelo fraco de controle, onde “apenas uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa concernente à escolha de um meio para atingir um fim”, quando demonstrada uma incompatibilidade entre o meio e o fim manifesto, devendo prevalecer a opção proveniente da autoridade competente, caso não seja evidenciada a incompatibilidade anteriormente referida.

A “necessidade”, a seu turno, “envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido” pela Administração e que permita alcançar o mesmo fim, sem, no entanto, causar um restrição, em mesma intensidade, dos direitos fundamentais afetados. Para tal, relata Humberto Ávila duas etapas de investigação: a) “exame da igualdade de adequação dos meios”; e b) “exame do meio menor restritivo”. A primeira indagação diz respeito com a verificação da existência ou não de meios alternativos que possam igualmente promover o fim, enquanto que a segunda questiona se esses “meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados”.

A “proporcionalidade em sentido estrito”, por fim, exige a “comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”, informada essa por uma avaliação fortemente subjetiva no tocante à determinação do que deve ser considerado como vantagem ou desvantagem.

Os pressupostos lógicos apresentados para o postulado normativo aplicativo da proporcionalidade permitem sua utilização, enquanto norma estruturante de aplicação, no tocante aos princípios, resolvendo-se o impasse

pela ponderação lógico-sistêmica dos valores envolvidos, através da proporcionalidade.

Como conclui Éverton de Jesus (2000, p. 79), a

[...] aplicação do princípio ou dever de proporcionalidade repousa, portanto, na necessidade de construir-se o Direito pela utilização da norma positivada de forma coerente, harmonizando, sempre que possível, os vários interesses antagônicos que coadjuvam em um a mesma relação jurídica.

Assim, adotando-se os critérios de aplicabilidade da proporcionalidade, tal como estruturado por Alexy, o aplicador do Direito, ao se deparar com hipótese de conflito entre princípios, como muitas vezes ocorre quando da motivação de atos realizados no exercício do poder discricionário, deve, no necessário processo de “ponderação de bens”, realizar os três questionamentos propostos. O grau de ponderação será “proporcionalmente” decorrente da valoração de cada uma das respostas obtidas.

4.3.2 O princípio da razoabilidade

Não podemos deixar de referir, ainda, o princípio da razoabilidade, de grande emprego junto com a proporcionalidade⁴¹. É necessário que seja reconhecido que o princípio da razoabilidade exerce função preponderante no exame da correção das políticas públicas, de forma que não pode ser ignorada sua importância dentro do presente estudo. A razoabilidade, em Éverton de Jesus (2000, p. 87) represente “o dever do operador do Direito, assim, como do administrador público, de sempre levar em consideração os princípios que fundamentam a existência de um ordenamento jurídico quando for aplicar a lei ao caso concreto”. O autor ampara sua afirmação em Recaséns Siches (apud JESUS, 2000, p. 87):

⁴¹ É de ser apontado que diversos autores aduzem que, em certa medida, a razoabilidade envolveria a proporcionalidade e vice-versa, de forma que ambos os princípios estão

Resulta que el juez que há de decidir sobre todos los problemas que se le presenten, necesariamente tiene que crear o descubrir las normas pertinentes para la solución de los nuevos casos que surjan, y para llenar las lagunas o vacíos que siempre hay inevitablemente en las reglas legisladas. Los jueces y los funcionarios administrativos tienen que estar constantemente reconfigurando y desarrollando el Derecho [...] El juez debe atenerse no tanto al texto de la regla - lo cual frecuentemente le llevaría a disparates o injusticias - sino sobre todo y principalmente a las valoraciones efectivas sobre las cuales la regla está de hecho fundada - más o menos correctamente - y debe aplicar esas mismas valoraciones al caso particular.

Dutra de Araújo (2005, p. 100-101), em sua obra sobre os motivos e a motivação dos atos administrativos, trabalha a razoabilidade a partir da *lógica do razoável* de Luís Recaséns Siches:

Partindo da constatação de que a lógica formal, ou seja, a lógica do racional, não esgota a totalidade do *logos*, da razão, e que ela não se constitui em instrumento apto à solução dos problemas humanos práticos, como os *políticos* e os *jurídicos*, propõe Siches o estudo e a compreensão do Direito por meio da *lógica do razoável*. (1973, p. 277-287.)

A razoabilidade tem como características fundamentais, em contraposição à mera racionalidade, as que a configuram como a lógica impregnada de *valorações*, de *critérios axiológicos*, que constituem a base ou apoio para a formulação de propósitos, para se estabelecerem *finalidades*, condicionadas pelas *possibilidades* circunscritas à realidade concreta do mundo em que se espera (SICHES, 1973, p. 287-289.)

A lógica do razoável, ou *lógica do humano*, conforme expressão de Siches, rege tanto a produção das regras gerais como das normas individuais; tanto a obra do legislador quanto a do juiz ou do funcionário. (grifo do autor).

A proposta de Dutra de Araújo, com fundamento em José Roberto Dromi, é aplicar, ao exame do ato administrativo, a lógica do razoável, de modo que este “será irracional - portanto, arbitrário - quando seu objeto for *absurdo, contraditório ou desproporcional*” (2005, p. 101, grifo do autor). O mesmo autor, desta vez citando Bartolome Fiorini (2005, p. 101) indica o papel fundamental que a motivação exerce na aferição da razoabilidade, se manifestando aquela como objetividade desta.

Interessa contribuição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 56):

intimamente conectados, não constituindo instância estanques no controle dos atos administrativos.

A chamada *doutrina da lógica do razoável*, que tanto deve a Recaséns Siches discípulo muito especial de Ortega y Gasset [...] e, não nos esqueçamos, à nova lógica jurídica de García Barca, produziu, no campo da interpretação do Direito Público, esse novo e precioso instrumento, o *princípio da razoabilidade* que, juntamente com o da *realidade*, conforma o binômio moderno do balizamento teórico da discricionariedade.

[...]

À luz da *razoabilidade*, a discricionariedade ganha sua justificação teleológica e, como sustentamos neste trabalho, faz o aplicador *co-participar da própria expressão da legitimidade*.

Por outro lado, a má aplicação da discricionariedade vem a constituir-se na omissão de um dever legal de boa administração, daí a razoabilidade funcionar como um *critério de limite*. (grifo do autor).

O autor (2002, p. 57) nos faz lembrar, ainda, que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello foi, provavelmente, um dos primeiros a “chamar a atenção para a importância da razoabilidade, como princípio técnico de aferição de limites à discricionariedade”.

A razoabilidade pode ser compreendida como um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo preciso é verificado em cada caso concreto, variando, de tal modo, no tempo e no espaço, sendo seu conceito informado, no entanto, com idéias fundantes, tais como um compromisso com a prudência, com a adequação e com a coerência entre os motivos ou as circunstâncias de fato, os fins pretendidos e os meios empregados. A razoabilidade importa, conforme Celso Antônio, na percepção de o agir discricionário da administração pública obedecer a “critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”, de forma que “ninguém pode aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o Administrador queira tomar” (1993, p. 54). No âmbito da administração pública, como aponta Luís Roberto Barroso, esse exame deve levar em conta, igualmente, “os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, com a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça”, constituindo, assim, a razoabilidade, na “adequação de sentido que deve haver entre estes elementos”.

Convém mencionar que o princípio da razoabilidade permite, efetivamente, o estabelecimento de um critério aferidor da regularidade da atuação administrativa, tanto na hipótese dos atos discricionários - como normalmente a doutrina aborda o tema -, mas igualmente na dos atos vinculados (MEIRELLES, 2003, p. 91). Sinteticamente, todo ato administrativo está sujeito a um exame a partir do critério da razoabilidade.

Zagrebelsky (1995, p. 123), sobre a razoabilidade, pondera o seguinte:

En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina "razonabilidad": una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la "prudencia" en la tratamiento del derecho.

Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que pueden reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la "clave" para resolver todo problema jurídico, como si tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho... supone que hay que poner en marcha procedimientos leales, transparentes y responsables que permitan confrontar los principios en juego y que hay que seleccionar una "clase jurídica" (en los órganos legislativos, judiciales y forenses, administrativos, etc.) capaz de representar principios y no sólo desnudos intereses o meras técnicas. Éstas son las condiciones para el triunfo de la prudencia en el derecho.

A origem do princípio da razoabilidade, consoante a doutrina, pode ser encontrada no constitucionalismo americano, especialmente em decisões da Suprema Corte daquele país, que objetivando limitar eventuais condutas desviantes do Congresso americano, no exercício de sua função legislativa típica, “concebeu o requisito denominado ‘*due process of law*’, o devido processo legal, como fundamento da legalidade dos comandos do poder público” (SCHÄFFER, 2000, p. 102). Conforme Caio Tácito (apud SCHÄFFER, 2000, p. 102-103),

[...] este princípio (da razoabilidade), aplicado originariamente como garantia processual, ampliou-se gradativamente para alcançar, agora pelo chamado “*substantive due process*”, o remédio contra as restrições de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa, sendo que foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, “*que se aplicou o teste de*

racionalidade (rationality test) e, a seguir, o padrão de razoabilidade (reasonableness standard) como aferição da legalidade da legislação” (grifo do autor).

Luís Roberto Barroso aponta, por sua vez, uma origem mais remota, contextualizando o princípio da razoabilidade na cláusula *law of the land* (*per legem terrae*, do latim) contida na Magna Carta, de 1215, tendo evoluído até ser incorporada às emendas 5^a e 14^a da Constituição norte-americana de 1787. A cláusula *per legem terrae* instituía o seguinte:

[...] nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país.

É preciso ressaltar, neste ponto, que o princípio da razoabilidade, consoante a doutrina estabelecida, apresenta diferentes facetas. Maria Sylvia Di Pietro (2001, p. 191) aponta duas linhas doutrinárias fundamentais. Na primeira estão os autores influenciados pela jurisprudência norte-americana, razão pela qual associam a idéia de razoabilidade principalmente com as noções de *devido processo legal* e de *isonomia*. Já na segunda, estariam ligados os autores associados aos ditames doutrinários franceses, identificando a razoabilidade com o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins. Acrescenta a autora:

Ver-se-á que, embora a linha de raciocínio possa ser um pouco diversa, o resultado final é o mesmo, pois o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivados, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei. (2001, p. 191).

Ressalvando, em seguida:

Há que se observar, contudo, que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade na *função legislativa*; e quando se associa a razoabilidade com a proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade administrativa. (2001, p. 191).

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 não contém, de forma expressa, a previsão quanto ao princípio da razoabilidade, sendo, no entanto, possível seu discernimento indireto, através de outros dispositivos constitucionais. Além disso, a razoabilidade constitui em corolário lógico do Estado Democrático de Direito.

Não prospera o argumento positivista-normativista de que o Constituinte Originário rejeitou, propositadamente, a inclusão desse princípio no sistema jurídico brasileiro, uma vez que foi retirada, na redação final do texto constitucional, a sua menção. Era o texto do *caput* do então artigo 44, o qual chegou a ser aprovado pela Comissão de Sistematização:

Art. 44. A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a **razoabilidade**. (grifo nosso).

De ser apontado que a motivação constava expressamente e sua retirada do texto final não representa que os administradores públicos estão livres da obrigação de motivar os seus atos. Do mesmo modo, não há porque se entender como rejeitada a noção de razoabilidade.

É de ser mencionado que algumas Constituições estaduais, após 1988, consignaram, expressamente, suas vinculações ao princípio da razoabilidade, entre elas a de São Paulo, cujo artigo 111, prevê a vinculação da administração pública daquele Estado ao ora em comento princípio.

Voltando à Constituição de 1988, esta estabelece, no inciso LIV do artigo 5º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O inciso XXXIX desse mesmo artigo, por sua vez, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Constituem ambas uma substanciação do brocardo latino do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, sendo a base do princípio do devido processo legal, o qual, conjuntamente com o princípio da separação dos poderes, ajuda a

compor a essência do regime democrático em um Estado de Direito, na medida em que aquele não se limita apenas a uma mera garantia processual.

Já Celso Antônio (1993, p. 55), aponta o fundamento da razoabilidade nos preceitos que dão suporte, constitucionalmente, ao princípio da legalidade (artigos 5º, II, 37 e 84) e ao princípio da finalidade (artigos 5º, II e LXIX, 37 e 84).

A razoabilidade, se reconhece, teve origem e desenvolvimento intimamente ligados ao princípio do devido processo legal, tendo, todavia, ultrapassado os limites do campo do direito processual, alcançando o direito substancial, especialmente na esfera do exame do mérito dos atos das autoridades públicas, proporcionando uma nova visão da discricionariedade, onde a limitação a direito individual dos cidadãos implicaria na prévia verificação da compatibilidade entre a exigência estatal e o objetivo almejado, ou seja, se socialmente justificável.

Consoante Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

[...]

Seja como for, é necessário seguir em busca de terreno mais sólido e de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público, especialmente, para lhe conferir um cunho normativo. Somente esta delimitação de objeto poderá impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamentos *ad hoc*.

A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.

Como leciona Quintana (1987, p. 122):

[...] (La razonabilidad) consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos. ...Tratase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que a través de ellos deben alcanzarse .

Para Robertônio Santos Pessoa (2003, p. 101), o princípio da razoabilidade decorreria de um natural desmembramento do princípio da legalidade,

[...] apresentando-se como fator de equilíbrio entre a necessária satisfação do interesse público, pretendida em lei, e a salvaguarda dos legítimos interesses particulares. [...] Trata-se, portanto, de realizar, nas diversas atividades administrativas, uma adequada composição entre os meios e poderes de que dispõe a Administração Pública e os fins que a Constituição e as leis atribuem á sua competência e responsabilidade.

Nesse sentido, toda ação de exercício de poder, pelo poder estatal, deve ser exercitado “na proporção e na medida necessárias à realização de interesses públicos, sem abusos ou excessos” (PESSOA, 2003, p. 102), ou seja, a medida da discricionariedade está intimamente ligada aos limites exigidos para que se alcance o objetivo público visado, sem qualquer arbitrariedade, sob pena de o ato praticado ser inquinado de ilegal, ilegítimo e abusivo.

Temos, como exemplo da objetivação positivada desse princípio, a norma contida no inciso VI do artigo 2º da Lei Federal n.º 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), segundo o qual, entre os critérios que necessariamente devem ser observados nos processos administrativos, no âmbito da administração pública federal, está o da “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Assim, é o princípio da razoabilidade que realiza a conexão real e lógica entre os meios e os fins dos atos administrativos.

Em Kiyoshi Harada, é o princípio da razoabilidade que “condiciona o exercício do poder discricionário da Administração, de forma a coibir a arbitrariedade, pelo excesso ou falta de proporção entre o ato e finalidade a que se destina”. Como conseqüência, a razoabilidade deve ser aferida, pois “um ato, mesmo observando os requisitos legais para a sua formação, pode recair na ilegalidade se não for razoável, exorbitando do poder discricionário” (2005, p. 318). Ainda segundo este autor, as

[...] leis e os respectivos suportes fáticos devem ser valorados de forma razoável, a fim de preservar sempre a finalidade perseguida pela ordem jurídica, afastando a aplicação de normas contrárias ao bom senso ou daquelas que não guardam proporção entre a motivação e o fim perseguido. (2005, p. 301).

Aponta-se que a irrazoabilidade pode ocorrer não apenas quando há desproporção entre os meios e os fins, mas igualmente quando a medida não “tenha qualquer *correlação* com a finalidade almejada” (DI PIETRO, 2001, p. 203).

Barroso opta por trabalhar a aferição da razoabilidade através de dois critérios. O primeiro pertinente ao que denomina de razoabilidade interna, onde é efetuada a verificação da existência de uma “relação racional e proporcional” entre os motivos do ato administrativo praticado, os meios e os fins pretendidos. A razoabilidade externa, a seu turno, é assim verificada:

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente. Suponha-se, por exemplo, que diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma deste teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre brasileiros, etc.

Interessa-nos, neste ponto, a referência a lição de Agustin Gordillo (1977, p. 183-184 apud DI PIETRO, 2006, p. 95), que é igualmente referida por Luís Roberto Barroso:

[...] a decisão “discricionária” do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é “irrazoável”, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (apud DI PIETRO, 2006, p. 95), enfrenta o tema da adequação entre os meios e os fins do ato administrativo, concluindo que a verificação da discricionariedade se dá pela comprovação do “satisfatório atendimento dos **interesses públicos**” (grifo do autor), de tal modo,

[...] a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida. (MOREIRA NETO, 1989, p. 37-40).

No âmbito próprio do Direito Administrativo, o princípio a razoabilidade tem trazido importante contribuição para o controle e a limitação do exercício irresponsável do poder discricionário pelos administradores públicos. Como já aduzido anteriormente, a discricionariedade é conferida ao agente público para que este, diante das conveniências da administração pública e das necessidades coletivas, avalie a melhor resposta administrativa - no sentido do pleno atendimento da finalidade pública - a ser produzida em cada caso concreto levado ao seu conhecimento. A proporcionalidade, assim, rejeita o emprego inadequado da discricionariedade, especialmente quando o ato administrativo é desprovido de fundamentação, incoerente ou - segundo nosso

entendimento – não haver certeza quanto à escolha da alternativa de maior eficiência.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 66), assim se pronuncia sobre o tema:

[...] enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, juridicionalmente invalidáveis, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada [...]

Nessa mesma linha de raciocínio, Santos Pessoa (2003, p. 101), leciona que o princípio da razoabilidade, também conhecido como *princípio da proibição de excesso*, “amplamente aplicado no moderno Direito Administrativo”, tem, como finalidade, “contrabalançar o lastro de poderes que desfruta a Administração Pública, ampliando no Estado Intervencionista”. Seu desiderato seria, portanto, estabelecer limites à “atividade administrativa de natureza discricionária” (p. 101), permitindo o estabelecimento de critérios mais objetivos para a aferição – inclusive pelo Poder Judiciário - da adequação dessa discricionariedade aos marcos legais e, principalmente, constitucionais. Lúcia Valle Figueiredo (1986, p. 128-129), neste campo, doutrina:

[...] discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios *standards* ou ideologias, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.

Humberto Ávila, apontando o caráter polissêmico adotado pela razoabilidade – que classifica como um postulado normativo aplicativo, cujo conceito já foi examinado no subitem anterior -, destaca três acepções que entende fundamentais, quais sejam a *razoabilidade como eqüidade* (dever de

harmonização do geral com o individual), a *razoabilidade como congruência* (dever de harmonização do direito com suas condições externas) e a *razoabilidade como equivalência* (dever de vinculação entre duas grandezas).

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualizadas do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotado e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (2003, p. 95).

Para o autor, a *razoabilidade como eqüidade* “impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece” (2003, p. 95). Em outras palavras, na aplicação do direito, “deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o contrário” (p. 96), de forma que a razoabilidade, nesses casos atuaria “como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade” (p. 96-97), exigindo, assim, “determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente subjacentes” (p. 97). Ainda dentro da hipótese da eqüidade, expõe o autor a situação de a razoabilidade levar em conta situação individual especial do caso que, em regra, é desconsiderada pela generalização legal, de forma que, em que pese a concretização das condições previstas pela norma, esta deixa de ser aplicada pela “razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária” (p. 98). Em conclusão, aduz o autor, neste aspecto, que a razoabilidade é instrumento apto a demonstrar que a incidência de uma determinada norma se traduz em condição essencial, mas não suficiente para a sua aplicação, a qual depende, em cada caso concreto, a conexão da realidade verificada com a generalização da norma legal. Nesta hipótese, “princípios constitucionais subjacentes impõem verticalmente determinada interpretação”

(p. 102), o que elimina um entrecruzamento horizontal de princípios e a possibilidade quanto à verificação, em concreto, de uma relação de causalidade entre um meio e um fim.

Na *razoabilidade como congruência*, há a necessidade de uma harmonização das normas com suas “condições externas de aplicação” (p. 98), o que exige, como fundamental, a “recorrência a um suporte empírico existente” (p. 98). Em outras palavras, a causa da atuação estatal – legalmente prevista – não pode ser inexistente ou insuficiente, demandando “o confronto com parâmetros externos a elas” (p. 99), impedindo, assim, a “utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados” (p. 99). Como afirmar o autor, “desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal” (p. 99). A congruência exige, do mesmo modo, que haja uma relação de coincidência entre o “critério de diferenciação escolhido e a medida adotada” (p. 100), não importando, aqui, em uma análise da relação estabelecida entre “meio e fim, mas entre critério de medida” (p. 101). Em suma, “diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade” (p. 101). Os princípios constitucionais sobrejacentes, novamente, imporiam, verticalmente, determinada interpretação, pelo “afastamento dos meios arbitrários” (p. 102), eliminando, igualmente, uma relação horizontal de princípios ou uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Aqui, diferentemente, ocorre uma relação entre um critério e uma medida, em que a razoabilidade impõe uma congruência entre aquele critério (qualidade) escolhido e a medida adotada (p. 103).

Por fim, na *razoabilidade como equivalência*, o autor aponta a necessidade de ser estabelecida uma “relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (p. 101), proibindo-se, assim, o excesso na ação estatal, o que dá suporte à máxima de que a punição deve ser sempre equivalente ao ato delituoso praticado. Mais uma vez, a relação estabelecida, segundo o autor, ocorre entre um critério e a medida decorrente e não entre meio e fim, inexistindo “qualquer relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis” (p. 103).

O que ressalta, por fim, o autor, é que, tal como no postulado da proporcionalidade, no da razoabilidade não se faria, em verdade, uma “referência a uma relação de causalidade entre um *meio* e um *fim*”, mas, em determinados casos, entre critério escolhido e medida adotada (p. 102). Reconhece o autor, ainda, a possibilidade de a proibição de excesso e a razoabilidade serem consideradas, dependendo de cada caso, alternativamente dentro do exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Se a proporcionalidade sem sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses em conflito, inclusive dos interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. (2003, p. 103).

O administrador público, mais do que possuir uma liberdade de atuação, exerce uma função, com a obrigação estrita de agir em nome e em benefício da coletividade (dever-poder), razão pela qual, em prol da segurança social, deve ser fiscalizado, tanto pela sociedade como pelo Poder Judiciário.

A moderna hermenêutica, pós-positivista, demonstra-se essencial à Administração Pública, com instrumento auxiliar a seleção de suas atuações concretas, especialmente em razão dos revolucionários instrumentos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Vê-se, assim, em síntese, que o princípio da razoabilidade é, evidentemente, um integrante do direito constitucional brasileiro, sendo inerente ao Estado Democrático de Direito, integrando, mesmo que implicitamente, o sistema jurídico vigente, na forma de um “princípio constitucional não-escrito” (BARROSO).

Por fim, vale o seguinte comentário de José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 33):

A razoabilidade e a proporcionalidade são princípios estruturadores de um ordenamento jurídico-administrativo democrático [José Augusto Delgado]. Participam das instituições que a Constituição estruturou e estabeleceu para formar e conforma a atuação

administrativa legítima, com vistas a solidificar seu projeto de cidadania e a idéia de Direito insculpida em seus comandos.

[...]

Visto o interesse público como princípio, e como tal uma exigência de otimização na proteção e implementação em concreto de bens jurídicos de interesse da coletividade, posta a cargo da Administração, deve-se atribuir aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade a missão de delinear, operacionalizar ou procedimentalizar, com vistas ao seu controle jurídico intersubjetivo, a medida desta otimização (ínsita a qualquer categoria principiológica), ou seja, a tarefa de perfilhar os contornos de sua legítima realização prática em cada atuação administrativa.

4.3.3 As funções principiológicas da razoabilidade e da proporcionalidade

Ainda em referência a José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 34-37), este apresenta, com fundamento em lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, uma série de funções principiológicas desempenhadas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em sua “integração ao regime jurídico-administrativo” (p. 33), concretizando uma tendência, segundo Adilson Abreu Dallari (1998, p. 70), já consolidado no direito administrativo nacional.

As nove funções principiológicas são as seguintes: *axiológica*; *teleológica* ou *finalística*; *sistêmica*; *integrativa*; *normogenética*; *irradiante*; *provocativa*; *inibidora*; e, por fim, *limitativa*.

A função *axiológica* da razoabilidade e da proporcionalidade se refere à aplicação dos valores constantes das normas vigentes ou, como leciona Helenilson Cunha Pontes (apud OLIVEIRA, 2006, p. 34):

[...] corresponde à fundamentação valorativa que os mesmos atribuem às ordens jurídicas em particular. [...] Os valores jurídicos de cada sociedade manifestam-se no fenômeno jurídico sobretudo através dos diferentes princípios jurídicos que constituem a base axiológica do respectivo sistema jurídico. Os princípios representam o expresse e definitivo reconhecimento, pelo Direito positivo, da importância que os valores éticos, morais e culturais assumem na realização do fenômeno jurídico, fato que por muito tempo foi negado pelos positivistas na busca de uma purificação do Direito, como se os valores não constituíssem a sua própria essência.

A função *teleológica* ou *finalística* diz respeito a uma noção de sentido, de destino a indicar o rumo adequado a ser adotado pelo legislador ordinário e,

principalmente, pelos administradores públicos, visando a concretização dos valores axiológicos ínsitos às normas estabelecidas.

A função *sistêmica*, conferida pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, se relaciona ao caráter fundamental dos princípios constitucionais, os quais formam e informam a ordem constitucional vigente, numa visão integradora, em que se objetiva conferir “ordem e coerência para o ordenamento jurídico” (2006, p. 34).

Em outras palavras, uma aplicação razoável e proporcional dos princípios permite manter em equilíbrio o sistema jurídico, determinando a “unidade e racionalidade internas”, permitindo, assim, “sua compreensão, aplicação e desenvolvimento” (2006, p. 35).

É, pois, exatamente na exigência e busca do razoável e do proporcional que o sistema administrativo, pautado concomitantemente em prerrogativas e sujeições, vai adquirir o grau de congruência estimativa adequado ao cumprimento de sua própria razão de ser como instrumental necessário à garantia da eficiência administrativa, da moralidade administrativa e do respeito aos direitos daqueles que se alocam ou são afetados pelas diversas atuações da Administração Pública.

A função *integrativa* destina-se a colmatar eventuais lacunas do sistema, visando “suprir a insuficiência das normas jurídica na regulação de determinado caso” (OLIVEIRA, 2006, p. 36), dando, de tal modo, coerência a todo o sistema jurídico. A função *normogenética*, por sua vez, se traduz no fato de os princípios se reproduzirem “em preceitos, ou mesmo, em outros subprincípios” (OLIVEIRA, 2006, p. 36), constituindo, assim, a *ratio* de regras positivadas. Por isso, é possível aduzir que as “regras surgem como concretizações dos princípios” (OLIVEIRA, 2006, p. 36).

A função *irradiante* se concretiza na transferência do “conteúdo valorativo e finalístico” dos princípios “a todo o sistema jurídico” (OLIVEIRA, 2006, p. 34), ou seja, enquanto modelos norteadores de processos de compreensão. Já, na função *provocativa*, a razoabilidade e a proporcionalidade “dão ensejo a preceitos que buscam seu desenvolvimento jurígeno, além de

estimular a produção de atos concretos com vistas á sua concreção” (OLIVEIRA, 2006, p. 34).

As funções *inibidora* e *limitativa* são, certamente, as que mais nos interessam no presente estudo tendo em vista que

[...] inibem ou limitam qualquer atuação administrativa desprovida do respeito que a Constituição estabelece aos órgãos e entidades que devem diuturnamente responderem pela ótima efetivação dos interesses coletivos prestigiados pelo sistema normativo, postos à cura administrativa. (OLIVEIRA, 2006, p. 37).

Ainda conforme José Roberto Oliveira, na função *inibidora*, se “obstam normas e atos concretos violadores de seu conteúdo, retirando-lhes a validade” (2006, p. 34), enquanto que a função *limitativa*, impede parcialmente ou condiciona “a produção de regras ou de atos concretos que afetem o seu conteúdo e restrinjam de algum modo a sua eficácia” (20006, p. 34).

4.3.4 O princípio da realidade

Na medida em que o direito tem como finalidade precípua regular “comportamentos interpessoais” (MOREIRA NETO, 2002a, p. 82), enquanto “*atos reais da convivência social*” - passados, presentes ou futuros - a manifestação do *sujeito* deve ser, obrigatoriamente, real ou realizável, bem como seus *motivos de agir* e o *objeto da ação* visada. De tal modo, a “manifestação de vontade jurídica” (2002a, p. 82) não pode ser validada por uma motivação que não guarde essa necessária correspondência com o campo do real, excepcionando-se aquelas hipóteses restritas, em que a vontade decorre de uma ficção legal.

Propõe, assim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a observância, no âmbito do direito administrativo de um princípio da realidade - de natureza substancial -, pautado por essa estrita vinculação entre o real (ou o realizável) com a motivação apresentada ao ato administrativo, como requisito essencial de sua validade. Lecionado autor (2002a, p. 82):

O Direito Público, em especial, não se pode perder em formulações quiméricas e pretensões impossíveis, porque estaria fugindo, ademais, à sua *finalidade*, pois, sob o *princípio da realidade*, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter condições objetivas de serem *efetivamente cumpridos em favor da sociedade* à que se destinam.

O sistema legal-administrativo, enfim, não pode ser um repositória de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas um instrumento sério de cumprimento da ordem jurídica, na *disciplina possível* da realidade da *convivência humana*.

A desatenção a este princípio não só compromete a norma ou o ato irreal, como se comunica a todo o direito, pois as concessões à irrealidade levam ao *descumprimento habitual*, ao *desprestígio da autoridade constituída* e à *banalização da lei*, e daí, como bem adverte Agustín Gordillo, à *desmoralização de todo o sistema*. (grifo nosso).

Vê-se, como decorrência importante, a relação que se estabelece, igualmente, entre a realidade e a razoabilidade, na medida em que o irreal não pode jamais ser razoável, salvo quando decorra de expressa ficção prevista pelo ordenamento jurídico.

Diogo de Figueiredo Moreiro Neto, em obra intitulada *Legitimidade e discricionariedade* (2002b, p. 53-55), propõe, no controle da discricionariedade, ao largo do princípio da razoabilidade, o exame do *princípio da realidade*.

O entendimento do *princípio da realidade* parte da consideração bem simples: o direito volta-se à disciplina da convivência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros.

São os fatos que *ocorrem* ou *podem ocorrer*, na natureza física ou convivencial, e só excepcionalmente e por disposição expressa, a ordem jurídica acolherá ficções ou presunções.

Em outros termos, a vivência do Direito não comporta fantasias; o irreal tanto não pode ser a fundamentação de um ato administrativo bem como não pode ser o seu objetivo. (2002b, p. 53).

Ressalta o autor (2002b, p. 53-54):

O Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos interesses públicos, tem, na inveracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. Com efeito, um ato do Poder Público que esteja lastreado no inexistente, no falso, no equivocado, no impreciso e no duvidoso não está, por certo, seguramente voltado à satisfação de um interesse público; da mesma forma, o ato do Poder Público que se destine à realização de um resultado fático inalcançável não visa a satisfazer a um interesse público. (grifo do autor).

Acrescenta, mais adiante, o autor (2002b, p. 54):

O sistema legal-administrativo não pode ser um repositório de determinações utópicas, irrealizáveis e inatingíveis, mas um instrumento sério dedicado à modelagem da realidade dentro do possível.

O perigo da violação do princípio da realidade é, ainda por cima, a desmoralização da ordem jurídica pela banalização da ineficiência e a vulgarização do descumprimento, além do pesado tributo do ridículo.

A aplicação discricionária do Direito não pode em conseqüência, considerar existente, suficiente ou possível o que não o é.

Vale apontar que Humberto Ávila, anteriormente referido, trata deste tema dentro do que conceituou de *razoabilidade como equidade* (2003, p. 95-103), definição que foi exposta no subitem anterior. O conceito de Ávila tende a uma maior abertura no sentido de, eventualmente, o administrador público lançar mão de presunções na fundamentação de suas ações administrativas, o que pode acarretar, em determinados casos, em situações concretas futuras que demonstram a total incorreção dos silogismos inicialmente adotados.

Parece-nos que seria conveniente, especialmente em situações envolvendo decisões administrativas voltadas à eficiência, que esta seja objeto de minudente demonstração, visto que a realidade da eficiência a ser conferida não deve ser proveniente de mera presunção, mas de, ao menos, uma construção lógico-racional.

O que nos interesse apontar, independentemente da conceituação a ser adotada, é que a realidade concreta deve ser objeto de preocupação por parte do administrador público.

No caso, a eficiência das organizações não-governamentais não é uma realidade concreta, mas uma presunção - relativa - do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, proposta, inicialmente, em relação às ditas organizações sociais. Assim, nas situações em que o poder público abre mão de serviço público, deve fundamentar, em dados concretos, que aquela entidade tem as condições necessárias para atender, com maior eficiência o interesse público relevante. Não basta a mera alegação, pois a eficiência dessas entidades é apenas

uma presunção, um mito. Os critérios de delegação e as condições reais da entidade devem ser explicitadas, de forma a conduzir à conclusão da maior conveniência da conduta proposta. Quando não ocorrer essa demonstração, há violação ao princípio da realidade e aos princípios da motivação e da eficiência, resultando na invalidade do ato praticado.

4.3.4 A interpretação pela administração pública

Karl Larenz (1983, p. 140) entende que, tanto para o administrador como para o juiz,

[...] não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados, cláusulas gerais, ou expressamente autoriza o exercício da competência discricionária. Em qualquer hipótese, apresenta-se um quadro muito geral que no caso concreto haverá de ser preenchido.

O Direito Administrativo, intrinsecamente vinculado ao princípio da legalidade, é eminentemente legalista, razão pela qual o administrador público é um positivista, vigorando o “sensus communis” de que todas as decisões administrativas devem ser tomadas em conformidade com o direito positivado, como forma de garantir a segurança jurídica. O positivismo, no entanto, não considera a existência de lacunas, não prevendo, por conseguinte, qualquer solução material, de forma que qualquer eventual integração de lacunas somente poderá ocorrer fora do pensamento jurídico positivista, abrindo a porta para a existência de atos arbitrários expedidos sob a justificativa do exercício do poder discricionário. A finalidade precípua dos métodos clássicos de interpretação era o estabelecimento da segurança jurídica, especialmente no positivismo e no formalismo, que transformavam o aplicador do direito na boca da lei.

Pode suceder que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja em certos casos rigorosa demais. Mas os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei,

seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor. (MONTESQUIEU, 1984).

A edição de normas, no Direito Administrativo, autorizando o exercício de uma competência discricionária, face à constatação da impossibilidade de o direito positivado prever, como já apontado, a diversidade dos casos constatados no mundo real, afastou o formalismo, permitindo ao administrador adotar a providência mais adequada ao caso concreto.

Hely Lopes de Meirelles (1998, p. 35) sintetiza o Direito Administrativo como “um conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgão, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreto, direta e imediatamente o fim desejado pelo Estado”, ou seja, a função do ato administrativo é tornar concreta a lei.

O ato praticado no exercício de competência discricionária, decorrente de previsão legal aberta, permite ao administrador a apreciação, segundo os atuais critérios de conveniência e oportunidade, da melhor forma de proceder, interpretando, quando de sua aplicação, o texto legal, respondendo “à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto” (MEIRELLES, 1998, p. 387).

A Administração Pública, segundo afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 72), nitidamente filiada ao positivismo jurídico, está vinculada e submetida ao texto legal, razão pela qual o administrador termina por adotar uma visão limitada do Direito, sendo olvidado que o Direito não mais se resume à lei, como demonstra o inciso I do artigo 2º da Lei Federal n.º 9.784/99, ao dispor que o administrador público deve pautar sua atuação “conforme a lei e o Direito”.

[...] é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro [...]

Hely Lopes Meirelles, com razão, critica a inexistência de regras básicas da aplicação do Direito Administrativo, o que impõe ao intérprete, muitas vezes, a necessidade de lançar mão de métodos próprios da “hermenêutica civilista”, o que dificulta a correta e adequada aplicação das normas administrativas aos casos concretos.

O Estudo da interpretação das normas Administrativas não tem correspondido, entre nós, ao progresso verificado nesse ramo do Direito. Adiantados como estamos em muitos aspectos da Ciência Jurídica, não cuidamos, ainda, com a profundidade devida, de fixar as regras básicas da aplicação desse novel ramo do Direito Público Interno, que nos leva a utilizar, quase que exclusivamente, da hermenêutica civilista em matéria administrativa. (...) Ao nosso ver, a interpretação do Direito Administrativo, além da utilização lógica das regras do Direito Privado que lhe foram aplicáveis, há de considerar, necessariamente, esses três pressupostos: 1) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público. (1998, p. 43)

Vê-se, infelizmente, que o Direito Administrativo, ainda se encontra fortemente influenciado pelos ensinamentos da Escola da Exegese, confundindo-se aquele com a lei.

O texto da lei é distinto da norma a ser aplicada pelo administrador público, uma vez que esta é o resultado (produto) do texto, sendo alcançada por intermédio da interpretação, sendo que apenas no caso concreto será possível determinar a verdadeira dimensão da competência discricionária envolvida, consoante os valores e circunstâncias que condicionam o ato administrativo. O agente público, segundo Gadamer (1998, p. 29), está envolvido em uma situação hermenêutica particular, condicionada a um dado momento histórico, particular e específico ao caso concreto, na qual devem ser considerados o agente e o objeto a ser interpretado (o fato e a norma). Por isso, a compreensão do direito não é um fenômeno repetitivo nem previsível, sendo que o intérprete, numa posição de ponderador dos interesses envolvidos, alcançará a melhor exegese na medida da maior completude de sua compreensão da hipótese concretamente verificada,

englobando os interessados, a norma aplicável, os argumentos envolvidos e as circunstâncias. Aponta Gadamer, referindo a Dilthey (1998, p. 29) a necessidade de termos cuidado em relação aos “hábitos inconscientes de pensamento”, usualmente observados na administração pública.

Essa compreensão, na visão de Gadamer (1998, p. 65), é caracterizada por um “círculo hermenêutico”, um constante ir e vir entre todos os elementos do processo, ou seja, entre o todo e as partes, modo pelo qual o ato administrativo será coerente com todas os seus condicionantes e não apenas com o direito posto, o que, no final, permite “contínuas variações na interpretação” (GADAMER, 1998, p. 29).

O administrador público, quando da efetivação do ato administrativo, deve realizar o confronto entre a norma, sua finalidade e a hipótese concretamente verificada, de modo a escolher, entre diferentes possibilidades, a que melhor realize o interesse público, podendo haver a redução, *in concreto*, a apenas uma hipótese, anulando-se a competência discricionária frente a esse dado caso, sendo transformado em ato vinculado, ou seja, a liberdade abstratamente prevista não assegura uma idêntica liberdade real de escolha. Nessa perspectiva, não resta qualquer dúvida quanto à importância da constatação das circunstâncias existentes no momento da aplicação, de modo que a motivação do ato administrativo justifique o acerto da decisão tomada, tornando possível a aferição do atuar do administrador público nos limites do mérito administrativo.

O processo decisório não estaria mais inserido em um exame racional, mas em uma análise inserida no espectro da possibilidade, atingido através da retórica ou da teoria da argumentação, em que estejam relacionados os aspectos específicos do caso concreto e outros alheios à própria administração, numa postura aberta às opiniões.

Segundo Maria Margarida Lacombe Camargo (2001, p. 140),

[...] as correntes que vêem a aplicação do direito como atividade criadora insurgem-se em opor severas críticas ao positivismo kelsiano, apontando para a falibilidade do modelo lógico-dedutivo. Acredita-se que o direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor,

que vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando-se a sua força meramente potencial. Este movimento, que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional, é denominado pós-positivismo [...]

Para auxiliar esse processo decisório aberto da administração pública, objetivando sua adequação ao traçado principiológico dado pela Constituição de 1988 à administração pública, tornou-se importante o estudo sintético, acima apresentado, do processo exegético do pós-positivismo, fazendo-se referência à dicotomia estabelecida entre Hart e Dworkin. Ressaltou-se, principalmente, a visão de uma interpretação a partir de um exame dos princípios no controle da administração pública, especialmente da discricionariedade administrativa.

Gordillo (1977, p. 183, apud DI PIETRO, 2001, p. 175) assevera o que segue a respeito da incidência de princípios sobre a discricionariedade administrativa:

Em nenhum momento pode-se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que se constituem em limite à discricionariedade administrativa; esses limites à discricionariedade administrativa diferenciam-se das faculdades regradas por constituírem em geral limitações mais ou menos elásticas, vagas, imprecisas, necessitadas de uma investigação de fato, no caso concreto, a fim de determinar sua transgressão, a par de que a violação das faculdades regradas é usualmente mais clara, ao resultar da mera confrontação do ato com a norma legal; assim, a regulação é limite concreto, os princípios que freiam a discricionariedade são limites relativos ou elásticos.

4.4 A DISCRICIONARIEDADE PELOS PRINCÍPIOS

As lições trazidas pela nova hermenêutica pós-positivista aplicam-se, como não poderia deixar de ser, às normas de Direito Administrativo, posto que inseridas em um sistema jurídico, pelo qual podemos afirmar, sem medo de errar, que se demonstra fundamental a utilização dos princípios constitucionais no exame das decisões administrativas, como limite à discricionariedade do administrador público.

Diante do ato praticado no exercício do poder discricionário, ou seja, em havendo liberdade de escolha do atuar administrativo, o administrador público deve, na motivação de sua decisão, expor as razões para a sua escolha, demonstrando ser esta a mais razoável e adequada às características do fato concretamente observado, gerando a maior eficiência possível, permitindo, assim, o controle desses atos tanto pelos sistemas de controle interno e externo como pelo Poder Judiciário. Esse é o ponto que se pretende demonstrar neste estudo.

A ultrapassada prática da interpretação meramente literal da norma que outorga competência discricionária ilimitada ao administrador público para determinar a solução certa ao caso concreto, infelizmente ainda muito utilizada, acarreta evidente insegurança à sociedade em geral e aos administrados, em particular, dando ensejo à “má administração”, evidenciada pela corrupção do mérito e por simulacros de decisões, razão pela qual as inovações decorrentes do pós-positivismo devem ser aplicadas ao âmbito do Direito Administrativo, permitindo, como conseqüência, um controle mais eficaz da Administração Pública, tanto pelos administrados em geral como pelo Poder Judiciário, sendo superado o paradigma anterior da impossibilidade da sindicabilidade do ato praticado no exercício do poder discricionário.

Vale a lição de José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 32-33):

No pós-positivismo, “os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito” [Ruy Samuel Espíndola]. São “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” [Paulo Bonavides]. Neste momento, torna-se dominante a concepção de que “os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (do próprio Direito positivo); também ele – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental” [Jorge Miranda].

[...]

Torna-se imperativo, neste contexto, moldar o direito administrativo para atender, não mais às exigências do *Estado Legislativo*, mas às demandas do *Estado Constitucional*. A observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade é uma engrenagem essencial desse projeto.

No Estado Constitucional, deve a Administração serviência integral às balizas principiológicas da ordem jurídica. Ocorre, pois, uma

principialização da sindicabilidade da atividade administrativa; para alguns, um processo de *standardização* do controle judicial. Neste contexto, a margem de decisão outorgada pelo Direito em favor da Administração Pública deve ser exercitada por meio de provimentos que obrigatoriamente devem revelar submissão completa ao postulado pelos vetores principiológicos colhidos pela ordenação posta, sob pena de arbitrariedade e conseqüente invalidade da atuação. Quaisquer atuações pertinentes à função administrativa, uma vez alcançados os princípios a um papel proeminente e estruturante, vão buscar e encontrar nos alicerces axiológicos da Constituição sua fonte última de legitimação.

A atividade do administrador público, enquanto aplicador do Direito, não consiste mais na simples tarefa de “enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada”, através da qual “se procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado” (MAXIMILIANO, 2001, p. 5) - atos seriam meramente legais ou ilegais -, passando a adotar, conforme a moderna hermenêutica, critérios sintonizados com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma que os atos devem ser igualmente razoáveis e adequados, podendo ser juridicamente invalidáveis.

A existência de uma determinada margem de liberdade, conferida pelo legislador ao administrador público, para a escolha do conteúdo de certos atos administrativos, de forma a permitir uma melhor adequação da solução à diversidade de situações concretas possíveis (solução mais adequada e razoável), não significa que o administrador público possa atuar em consonância tão-somente com seus interesses personalíssimos, sem levar em consideração as circunstâncias de fato constatadas. A decisão administrativa deve ser justificada e, portanto, transparente. A moderna hermenêutica oferece os instrumentos necessários para a devida aferição da adequação do ato administrativo ao interesse público relevante. Basta que sejam efetivamente aplicadas.

Importante acrescentar que a discricionariedade somente pode ser aferida mediante a devida análise do caso concreto, sendo dele dependente, de forma que a decisão administrativa é fruto de uma ponderação de bens e não do raciocínio estabelecido por um formalismo lógico-dedutivo.

A ponderação de bens, pertinente à solução de antinomias de princípios, em conformidade com os mecanismos propostos pelo pós-positivismo, permite a

correta escolha do conteúdo dos atos administrativos praticados no exercício do poder discricionário.

Importante ser reafirmada a sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, pela própria administração pública, através de seus órgãos de controle e pela própria sociedade, visto que a adoção, no ordenamento jurídico, de “zonas de livre apreciação”, como refere Rocha França (1999, p. 60-75), nas quais o administrador público encontraria liberdade absoluta, é frontalmente repelida pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que o poder discricionário é exercido em nome do interesse público, na perspectiva da escolha da melhor decisão ao caso concreto, não se admitindo, portanto, a possibilidade de atos, não sujeitos a um crivo de controle, realizados pelo poder público, que não visem à satisfação das necessidades públicas concretamente verificadas. De tal modo, sempre que o ato administrativo praticado ameaçar a segurança jurídica ou direitos subjetivos, poderá o Poder Judiciário ou os Tribunais de Contas, no pleno exercício de suas competências, constitucionalmente asseguradas, sustar os efeitos desse ato, não sendo substituído, no entanto, o poder discricionário do administrador pelo juízo do julgador.

Percebe-se, assim, que o moderno Estado Democrático de Direito não mais permite a existência de atos “puramente discricionários”, na medida em que todo o atuar da administração pública deve ser voltado unicamente ao atendimento do interesse público, sendo contaminado e, portanto, passível de nulidade, pelo Poder Judiciário, qualquer ato que atente contra os princípios informadores do Direito Administrativo, especialmente os princípios expressamente consignados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998.

Reconhece-se o papel fundamental desempenhado pelos princípios nessa atividade. Paulo Bonavides (1998, p. 267) leciona:

O reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos

com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

Como demonstrado, uma hermenêutica jurídica constitucional permite realizar uma ligação sólida entre o dia a dia dos administradores públicos e as lições do pós-positivismo, com a superação do paradigma positivista-normativista que ainda hoje impera no campo do Direito Administrativo, segundo o qual a compreensão parte simplesmente da leitura e da aplicação de normas ordinárias. Na prática, a norma ordinária – independentemente da correlação de seu conteúdo – teria mais eficácia que as próprias normas constitucionais.

É importante mencionar, ainda, que os princípios constitucionais da administração pública, constante do artigo 37 da Constituição Federal, constituem parâmetros de análise para o controle dos atos administrativos, especialmente no campo da discricionariedade administrativa, permitindo a ruptura os paradigmas ultrapassados.

Vale a sugestão de Leonel Ohlweiler:

Os operadores do Direito devem adotar uma postura de diálogo com a tradição democrática, a fim de que venham a ser desveladas novas possibilidades significativas do texto constitucional. As pré-compreensões, estruturadas pelo sentido comum teórico dos juristas, devem ensejar um processo de fusão de horizontes hermenêuticos. Os juízes, ao exercerem o controle dos signos jurídico-administrativos, vão fazer algo e entrar em cena com algo que não era, através de um processo dialético, sendo formuladas perguntas de como consolidar o ideal democrático, insculpido na Constituição Federal de 1988, possibilitando o surgimento de novas áreas simbólicas de realização democrática. É imprescindível, como lembra Hesse, que haja uma disposição de reconhecer os conteúdos da Constituição como obrigatórios, constituindo-se uma forma de garantir a sua força normativa.

A partir dos pressupostos até o momento estabelecidos, resta devidamente clara a inexistência de uma discricionariedade administrativa pura, visto que o administrador está sempre sujeito ao preceito da legalidade, bem como a todo um rol principiológico, estabelecido pelo texto constitucional, de forma expressa, ou reconhecidos pela doutrina, quando implícitos.

De tal modo, após a construção de um conceito de discricionariedade e do que entendemos ser o viés adequado de sua interpretação - a partir dos princípios da Constituição -, passa-se, agora, ao exame das vinculações da discricionariedade administrativa com os princípios da motivação (implícito) e da eficiência (expresso), objetivando, em seguida, a análise conjunta desses três conceitos, a guisa de conclusão, diante da viabilidade de o administrador público firmar parcerias com organizações não-governamentais, visando a prestação direta de serviços públicos.

5 O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Podemos apontar que uma das mais importantes conquistas da modernidade, em sua superação do absolutismo, foi o estabelecimento da obrigação de motivação, inicialmente nas sentenças e atos judiciais, tendo sido esse princípio, ao longo do tempo, transportado para o campo da administração pública. No absolutismo, a vontade pessoal do soberano alcançava patamar de lei (*Quod principi placuit legis habet vigorem*⁴². Instituto, 12, 6, Gaio, apud

⁴² Em tradução livre: Aquilo que agrada ao Príncipe tem força de lei.

MEIRELLES, 2003, p. 96); atualmente, o que impera, é a vontade das normas. Abandonamos a imperatividade da vontade pessoal do rei e optamos pela vontade impessoal – teoricamente – da lei, conferindo duas garantias fundamentais aos cidadãos, sustentáculos do denominado Estado de Direito: a igualdade de todos perante a lei (CF/88, art. 5º, *caput*) e a submissão de todos somente à lei (CF/88, art. 5º, II). Assim, a idéia de uma motivação dos atos administrativos tornou-se, hoje, uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental, na medida em que a vontade individual livre do administrador não é mais admissível, devendo ser contida e condicionada pela vontade da lei. De tal modo, a validade e a obrigatoriedade de um determinado ato praticado por um agente administrativo não encontra suporte na autoridade em que se encontra investido, mas em sua conformidade com os ditames estabelecidos pela legalidade.

Como bem raciocina Hely Lopes Meirelles “se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, claro está que todo ato do Poder Público deve trazer consigo a demonstração de sua base legal e de seu motivo” (2003, p. 96).

Leciona Enterría e Fernandez (1990, p. 488):

Do mesmo modo que o princípio da legalização da justiça, imposto pela Revolução Francesa [...]; ao serviço do qual se arbitraram as técnicas do recurso de cassação e da responsabilidade pessoal dos juízes, concluiu por impor como uma garantia inescusável a necessidade de motivar as sentenças em resultandos e considerandos de forma que as sentenças aparecessem como uma particularização racionalizada do mandato geral das leis e não como uma simples decisão imperativa e voluntarista, assim também a legalização da atividade administrativa conduziu à mesma consequência.

Assim, concluem:

Motivar um ato administrativo é reconduzir a decisão, contida no mesmo, a uma regra de direito que autoriza tal decisão ou de cuja aplicação surge. Por isso, motivar um ato obriga fixar, em primeira forma, os fatos de cuja consideração se parte e a incluir tais fatos na hipótese de uma norma jurídica; e, em segundo lugar, a raciocinar como tal norma jurídica impõe a resolução que se adota na parte dispositiva do ato.

Gaston Jèze (*Principes généraux du Droit Administratif*, 1926, III/219), citado por Hely Lopes Meirelles (2003, p. 97) acentua que

[...] para se ter a certeza de que os agentes públicos exercem a sua função movidos apenas por motivos de interesse público da esfera de sua competência, leis e regulamentos recentes multiplicam os casos em que os funcionários, ao executarem um ato jurídico, devem expor expressamente os motivos que o determinaram. É a *obrigação de motivar*. O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato bastará para torná-lo irregular; o ato não motivado, quando o devia ser, presume-se não ter sido executado com toda a ponderação desejável, nem ter tido em vista um interesse público da esfera de sua competência funcional.

Acrescenta-se comentário de Henrique Simas (1992, v. I, p. 124): “O Estado absolutista, em que a vontade do soberano era lei, evoluiu para o Estado de direito, onde prevalece a vontade da lei, a chamada autoridade impessoal das normas jurídicas”.

Como aponta Hely Lopes Meirelles (1966, p. 204 apud SIMAS, 1992, p. 124):

No Direito Administrativo, direito público por excelência [...], não é tão relevante a vontade do administrador. Seus programas, suas metas de governo e sua ação administrativa não terão eficácia jurídica, caso não estejam alicerçados no direito e na lei. Uma vez desconhecida ou ignorada a legitimidade dos atos da Administração, sempre provocarão resistências ou suspeitas de toda ordem, facilmente afastadas pela motivação.

Consoante o princípio da legalidade, todo ato administrativo necessita de um pressuposto de fato - um motivo - que lhe confere legitimidade e, finalisticamente, determina o rumo e o conteúdo da decisão administrativa proferida, permitindo, assim, sua sindicabilidade, tendo em vista a necessidade de haver um nexos causal direto entre o motivo, ou seja, a razão concreta da ação administrativa e o serviço efetivamente prestado.

É exatamente pelo exame da motivação do ato administrativo, em confronto com o resultado da ação administrativa, que será concebível a realização do controle de sua legalidade, onde os requisitos essenciais da

proporcionalidade e da razoabilidade serão verificados, visto que condicionantes do poder administrativo, como leciona Caio Tácito. Segundo ele, o “conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam *razoáveis* e o objetivo do ato *proporcional* à finalidade declarada ou implícita na regra de competência” (1996, p. 4).

Por tal razão, “o princípio da motivação implica, para a Administração, o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato” (SANTOS, 2003, p. 147), que “serviram de apoio para expedi-lo” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 76).

Enterría e Fernandez (1990, p. 478), ao comentarem o artigo 43 da Lei de Procedimento Administrativo espanhola, afirmam que “motivar” é “fazer públicos, mediante uma declaração formal, os motivos de fato e de direito em função dos quais” os administradores públicos têm “determinado seus atos”, constituindo um “meio técnico de fazer efetiva a intenção da lei” (TEZNER, apud ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1990, p. 479), razão pela qual “no ato administrativo os motivos estão sempre, e necessariamente, incorporados à causa” (ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1990, p. 478). Na visão destes autores, o “controle dos motivos do ato administrativo erige-se assim em um dos pontos centrais do controle da legalidade da Administração”. Mais do que nunca, a motivação tornou-se, no direito administrativo, um pressuposto obrigatório do dever de boa administração, sendo que sua ausência importa em frontal desatendimento ao princípio da legalidade.

Fábio Medina Osório (1999, p. 13, nota 6), citando Colom I Pastor (1981), apresenta sete aspectos - ou argumentos - justificadores da importância do princípio da motivação no Direito Administrativo:

[...] A) El principal argumento en favor de la motivación es, a nuestro juicio, el siguiente: conecta el acto a la legalidad, establece un enlace entre el acto y el ordenamiento, nos recuerda que el acto es una especificación o particularización de la norma. En este caso, la Administración manifiesta la norma que le da pie para tomar una decisión sobre una materia determinada; B) Gracias a la motivación, la Administración debe *justificar* (razonar) sus decisiones y *dar cuenta* de la misma a los administrados, permitiendo de esta manera un *control* más fácil. Notas todas ellas propias de una Administración democrática; C)

Facilita la posterior fiscalización del acto por parte de Tribunales o autoridades administrativas; permite un mayor control de la objetividad de los motivos que han inducido a la Administración a tomar la decisión, con la consiguiente transformación en una garantía para el administrador; D) Facilita, también, el conocimiento de la voluntad de la Administración y es instrumento de la interpretación del acto; E) Otorga racionalidad a la actividad administrativa; F) Garantiza el acierto en la decisión, ya que permite y obliga a la Administración a estudiar con cautela la decisión a tomar, adecuándola a las cuestiones de hecho y de derecho en juego; G) Da seguridad jurídica y es instrumento pedagógico al servicio de los administrados, puesto que persuade al destinatario y previene eventuales impugnaciones [...]

5.1 A DIFERENÇA ENTRE MOTIVO E MOTIVAÇÃO

Consoante a doutrina administrativa, os atos administrativos necessitam, em sua formação, do preenchimento de cinco requisitos: motivo, competência, finalidade, forma e objeto. Interessa-nos, no presente estudo, trabalhar com as noções de motivo administrativo e de motivação administrativa.

Desde o primeiro momento, urge seja realizada a diferenciação entre os termos “motivo” e “motivação”. Adotando-se um conceito introdutório, o primeiro seria o “elemento constitutivo do ato” e o segundo, a “declaração expressa da razão de ser, que levou o administrador a agir deste ou daquele modo” (SIMAS, 1992, v. II, p. 125). Nessa mesma linha, se impõe que o agente ou órgão administrativo “proceda sempre alicerçado num motivo, razão da sua atuação, ao mesmo tempo em que, na maioria dos casos”, deve “ressaltar, através da motivação, as forças que o condicionaram a editar o ato” (SIMAS, v. II, p. 125), considerada esta última como a reunião dos elementos de fato e de direito “determinantes da ação do Estado” (p. 125).

Convém não confundir os termos *motivo* e *móvel*, sendo o primeiro, como já referido, uma situação eminentemente objetiva de fato ou de direito, e o segundo, o propósito do administrador público, a “representação subjetiva, psicológica, interna do agente”, correspondendo “àquilo que suscita a vontade do agente” (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 365, apud GASPARINI, 2006, p. 67).

Rocha França (2000, p. 94-95) contribui ao conceito de motivo, estabelecendo, ainda, duas espécies distintas:

O motivo compreende os pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam a edição e concretização do ato. Subdivide-se em motivo material e motivo legal.

O motivo material é a situação jurídica e subjetiva que ensejou a expedição do ato administrativo. Já o motivo legal, advém da previsão legal abstrata do fato jurídico-administrativo.

Carlos Lanna (2003, p. 45), ao tratar dos motivos dos atos administrativos, a seu turno, nomeia de *motivo de fato* “a situação fática, a realidade material que exige uma providência da autoridade competente”, e de *motivo de direito* aquele critério determinado pelo ordenamento jurídico, cuja verificação “impõe sejam todas as providências legais”.

Consoante novamente Rocha França, referindo Celso Antônio (1993, p. 181-182),

[...] o motivo não se confunde com a motivação, pois esta compreende a exteriorização daquele. Na motivação, expõe-se a regra de direito que habilita a ação administrativa concreta (motivo legal), a situação jurídica subjetiva que serviu de base para a decisão (motivo material), bem como a enunciação da relação de pertinência lógica entre o motivo material e o motivo legal [...].

O motivo do ato administrativo – sua causa – pode ser entendido, na visão de Henrique Simas (1992, v. II, p. 124), como o “elemento constitutivo da maior importância, é a situação de direito ou de fato que determina (ato vinculado) ou autoriza (ato discricionário) a realização do ato administrativo”, sendo, portanto, aquelas circunstâncias de fato ou de direito que, caso a caso, orientam o administrador público na escolha da correspondente resposta administrativa. É exatamente pela apresentação expressa da motivação que o administrador público revela os pressupostos de fato e de direito por ele considerados e a conexão lógica entre eles estabelecida, as quais, em conjunto, autorizaram a prática de determinado ato administrativo.

Segundo Diógenes Gasparini (2006, p. 66), o motivo do ato administrativo é a

[...] circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo. Consubstancia situações do mundo real que devem ser levadas em consideração para o agir da Administração Pública competente. São ações ou omissões dos agentes públicos ou dos administrados ou, ainda, necessidades do Poder Público que impelem a Administração Pública à expedição do ato administrativo.

Gasparini entende o motivo como a situação de fato ou de direito, “objetiva, real, empírica” (2006, p. 67), que conduz o intelecto do agente no sentido de uma determinada escolha administrativa, sendo a motivação, por sua vez, a narrativa do motivo, sua “enunciação, descrição ou explicitação” (2006, p. 67), sendo esta apresentada, em regra, na forma de considerandos.

Maria Sylvia Di Pietro, em sua obra *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, aborda a questão específica de o motivo estar ou não previamente previsto no ordenamento jurídico como elemento desencadeante do ato administrativo.

Dependendo de como o legislador define os fatos ensejadores de determinada conduta da Administração, poderá haver discricionariedade ou vinculação quanto ao motivo.

Haverá *vinculação* do motivo, quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva.

[...]

Ao contrário, haverá *discricionariedade* quando:

1. a lei definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração; [...]; não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato; em casos como esse, cabe à autoridade escolher o motivo (desde que legal) que a levará a praticar determinado ato;
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios; [...]; enfim, sempre que a hipótese da norma se refere a *conceito de valor*, como ordem pública, moralidade administrativa, boa-fé, paz pública e tantas outras de uso freqüente pelo legislador. (grifo da autora).

A motivação servirá para estabelecer a “coincidência entre o motivo de fato e o motivo de direito descrito na lei” (DI PIETRO, 2001, p. 83).

Importante salientar que não basta, em determinadas situações, que o motivo esteja minudentemente previsto no texto legal, tendo em vista que urge, face ao princípio da motivação – diverso em função do motivo administrativo –, que o administrador público explicita qual o motivo verificado e a sua coincidência concreta e verdadeira com a previsão legal. Assim, mesmo nas situações de “motivos vinculados”, a motivação é essencial. É por isso que não podemos jamais confundir motivo com motivação.

Taruffo (apud OSÓRIO, 1999, p. 43 e ARAÚJO CINTRA, 1979, p. 106-107) afirma que a

[...] idéia de motivação deve partir da constatação de que ela constitui um discurso, ou seja, um conjunto de proposições ligadas entre si e inseridas num contexto autonomamente identificável. Considerada como signo lingüístico complexo, em sentido próprio, a motivação se caracteriza por sua intencionalidade, apresentando-se como um discurso destinado a justificar racionalmente o ato motivado.

Seria, então, a motivação “um discurso justificativo da decisão contida no ato administrativo” (ARAÚJO CINTRA, 1979, p. 107). O autor adere à visão mais abrangente da motivação preconizada por Stassinopoulos, incidindo seu âmbito “não apenas nos motivos da decisão administrativa, mas em todos os seus aspectos de legalidade e de oportunidade e conveniência” (p. 107).

Assim, sinteticamente, *motivo* são as condições de fato – do mundo fenomênico – que conduzem ao agir administrativo, enquanto que a *motivação* é a explicitação, pelo administrador público, dos motivos por ele considerados relevantes ou essenciais para a sua decisão administrativa. Embora interligados, são instâncias diversas.

5.2 ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

As circunstâncias de fato exigidas para a efetivação de uma conduta administrativa, em algumas situações, podem ser expressamente exigidas pelo

texto legal, de forma que, quando verificada a hipótese de fato ou de direito, cabe ao poder público realizar aquele determinado ato, tendo em vista a ocorrência de seu requisito, devendo, para tanto, apresentar a correspondente motivação, sob pena de invalidade desse ato. Em outros casos, a legislação pode conferir certa margem de discricionariedade ao seu agente, na avaliação do motivo verificado e da ação administrativa correspondente.

Henrique Simas, no tocante a esta última hipótese, aduz:

Quando, no entanto, o motivo não estiver consignado na lei, a Administração tem a faculdade discricionária de praticar o ato sem motivação. Mas se o fizer, vincula-se aos motivos enunciados, cabendo-lhes comprová-los. (1992, p. 124).

Diógenes Gasparini, assim resume a possibilidade de o ordenamento estabelecer, previamente, o motivo essencial ao ato administrativo:

O motivo pode estar, ou não, na lei. Se constante de lei, a prática do ato dependerá da efetiva ocorrência da situação prevista.

[...]

Se, ao contrário, não houver orientação legal, o agente público poderá escolher uma situação de fato para, à vista dela, praticar o ato administrativo. A validade desse ato, no entanto, dependerá da existência efetiva do motivo, se explicitado. (2006, p. 66).

Não nos parece correto, atualmente, mesmo nas hipóteses envolvendo atos discricionários, permitir ao administrador público qualquer atuação sem uma prévia e indispensável justificação, tendo em vista que este age em nome da sociedade, objetivando a realização do interesse público. Qualquer ação que não esteja intimamente vinculada a esse ideário não encontra validade no sistema jurídico-administrativo nacional, sendo, de tal modo, ilegal. Percebe-se, cada vez mais, que a noção de discricionariedade pura não encontra mais espaço em uma realidade constitucional em que os princípios exerçam importante papel.

Não se questiona mais, inclusive nos atos discricionários, o caráter de elemento fundamental da motivação na constituição dos atos administrativos.

José Cretella Júnior ([s.d.], p. 310), na sexta edição de seu Curso de Direito Administrativo, advoga esse entendimento, sustentando que a motivação

seria essencial aos atos administrativo tão-somente naquelas hipóteses em que houvesse dispositivo legal expresso exigindo essa conduta do poder público. Ou seja, para este autor, a motivação – a enunciação de sua causa determinante – constituiria um dos requisitos de legitimidade do ato administrativo somente em casos limitados pelo ordenamento jurídico, não sendo entendido como um pressuposto geral a ser observado de forma universalizada. Essa posição, no entanto, não permite a verificação das “relações efetivas de causa e conseqüências” estabelecidas “entre a *situação de fato* e a *determinação do direito* que legitima o ato” (SIMAS, 1992, p. 125, grifo do autor).

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 97), manifesta a seguinte posição, a qual deve ser compreendida com a necessária cautela:

Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa.

Parece-nos, como já aduzido, que hodiernamente, a dispensabilidade da motivação subsiste em um número cada vez menor de hipóteses, preponderando as situações de sua obrigatoriedade. Não devemos olvidar, e isso será abordado em seção respectiva, que a inclusão expressa do princípio da eficiência administrativa, na Constituição, pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, embora já fosse um princípio constitucional implícito, acarreta em mais um item a ser abordado pelo agente pública ao escolher determinado agir administrativo, ou seja, deve justificar que, dentre diversas repostas administrativas possíveis, a selecionada é a que representa a maior eficiência quanto aos resultados. O campo próprio da discricionariedade imotivada, assim, está reduzido a situações verdadeiramente excepcionais, normalmente expressamente previstas pelo ordenamento jurídico.

Podemos apresentar, como exemplo de uma situação especial, a inativação compulsória de servidor público por ultrapassar o limite de idade de setenta anos, na qual, admitem alguns autores, há a possibilidade de que a

motivação ser dispensada. Parece-nos uma visão equivocada, tendo em vista que se demonstra essencial a comprovação do requisito da idade – no caso referido, o atingimento dos setenta anos -, ou seja, o requisito de fato – o motivo - da aposentadoria compulsória deve ser demonstrado, sendo este, em conjunto com os fundamentos constitucionais pertinentes, a motivação do ato administrativo. Vê-se que, mesmo em situação de cognição mínima, em que cabe ao agente público uma única conduta possível diante de determinada situação, deve este apresentar, em sua ação administrativa, uma justificativa que reconheça como verdadeiramente existente a situação de fato, bem como a norma constitucional ou legal que lhe induz a um determinado agir.

Nos atos vinculados, a motivação, como já referido, se limitará, muitas vezes, a tão-somente apontar a situação de fato ou de direito relevante e a existência de um dispositivo no ordenamento jurídico que regula, de forma unitária, essa hipótese. Embora sucinta, não deixa de haver uma motivação, e a motivação é o reconhecimento da presença dos elementos envolvidos. E a suporte para tal afirmação está no princípio da legalidade, na medida em que somente pela presença dos requisitos legais é que o poder público pode agir, no caso de atos administrativos vinculados.

Diógenes Gasparini (2006, p. 23-24) observa que “tem-se apregoado que a motivação só é obrigatória quando se tratar de ato vinculado [...] ou quando, em razão da lei ou da Constituição, ela for exigida”, questionando quanto à correção desse entendimento limitante quanto à necessidade de motivar.

No âmbito federal essa discussão não mais se coloca, pois a Lei n. 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer qualquer distinção entre os vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida. Referidos incisos, no entanto, mencionam situações que podem estar relacionadas tanto a atos administrativos vinculados como a discricionários, o que reforça o entendimento de que ambos devem ser motivados. (2006, p. 24).

A hipótese dos atos discricionários, em que existe certa margem de liberalidade ao administrador, a atividade de motivação, por certo, se torna mais complexa, passando a envolver o princípio da eficiência, uma vez que o

administrador público, em realidade, não possui uma liberdade ilimitado, estando esta sua capacidade deliberativa, em verdade, vinculada à escolha da melhor alternativa possível à satisfação do interesse público relevante envolvido. Os administradores públicos responsáveis por ações administrativas discricionárias estão vinculados a demonstrar, em sua motivação, que aquela opção realizada traduz, entre diversas outras respostas governamentais, a que produzirá um resultado de maior eficiência. Diante do princípio constitucional da eficiência, não basta que o ato administrativo seja motivado – até mesmo bem motivado –, mas que dentro dessa motivação esteja demonstrado que a forma, a metodologia escolhida é a mais eficaz, uma vez que o princípio constitucional da eficiência engloba, em realidade, três conceitos diferentes: eficiência propriamente dita (ligada ao cumprimento do princípio da legalidade); eficácia (melhor resultado) e economicidade (menor custo possível).

5.3 TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Gaston Jèze, com base das decisões proferidas pelo Conselho de Estado⁴³ francês, estabeleceu os fundamentos do que denominou de teoria dos motivos determinantes, tendo, como princípio, que o administrador público está necessariamente vinculado aos motivos por ele apresentados e considerados válidos para a decisão administrativa por ele tomada, para todos os efeitos de direito. Em outras palavras, se o agente público utilizou determinados fundamentos de fato e de direito para certo agir estatal, não pode esse mesmo agente, num momento posterior, especialmente o da prestação de contas, apresentar outra motivação, como se a primeira não houvesse existindo ou se, percebido posteriormente o equívoco da primeira deliberação, fosse admissível a convalidação da motivação pela exposição de outros elementos de fato e de

⁴³ O marco do estabelecimento da teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos, pelo Conselho de Estado, teria ocorrido, em 1867, no caso *Bizet*. Conforme Fábio Medina Osório (1999, p. 13, nota 13), “a exigência de motivação dos atos dos Poderes Públicos é reconduzível à influência do pensamento iluminista do século XVIII e aos postulados da Revolução Francesa”.

direito. Essa impossibilidade decorre de que são os motivos que justificam a ação administrativa, não constituindo elementos acessórios, mas absolutamente essenciais ao cumprimento da legalidade administrativa.

Muitos autores antigos, os quais apontam a desnecessidade de motivação dos atos discricionários, são concordes, no entanto, ao afirmarem que, uma vez motivado o ato discricionário, os motivos deduzidos têm de ser obrigatoriamente válidos e reais, sob pena de invalidade da decisão. Temos opinião de que todos os atos administrativos, salvo os de mero expediente - em que nem se há de falar de ato vinculado -, devem ser motivados, principalmente os atos discricionários. Nesta espécie de ato, o administrador, efetivamente, possui uma margem de liberdade para estabelecer a melhor ação. Essa liberdade, no entanto, não se traduz em uma permissão de agir incondicional. Até pelo contrário. Atualmente, diante de uma concepção de administração pública vinculada aos princípios da Constituição, deve o administrador, ao praticar atos discricionários, justificar até mesmo com maior cuidado e precisão, pois a ação administrativa gerada deve ser, principalmente, a mais eficiente, o que revela que, em realidade, a liberdade da discricionariedade é uma mera ilusão retórica.

Talvez com certo exagero, podemos afirmar que os atos discricionários são mais vinculados à motivação que os próprios atos vinculados.

Convém, neste ponto, transcrição de antiga lição de Francisco Campos (1943, p. 122):

Ora, quando um ato administrativo se funda em motivos ou em pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificadas a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava. O ato não seria praticado, não fosse a convicção de que uma determinada situação de fato impunha ou legitimava a sua prática. Posteriormente, vem-se a verificar que o motivo não tinha fundamento na realidade. Desaparecido, por verificada sua improcedência, o motivo determinante do ato, sem a convicção do qual a Administração não teria agido com o fez, claro é que a consequência lógica, razoável e legítima deva ser, com a queda do motivo, a do ato que nele se originou ou que o teve como causa declarada e suficiente.

Como já apontado supra “os fatos que serviram de suporte à sua decisão [do agente público], integram a validade do ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 384), de forma que a verificação quanto à falsidade de motivo de fato, ou ainda sua inexistência ou incorreta qualificação, implicam no viciamento do ato praticado, mesmo nas situações em que a norma aplicável não tenha estabelecido, previamente, os motivos condicionantes da ação estatal. Ainda conforme Celso Antônio, uma vez “enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda que a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam” (2006, p. 384).

Diógenes Gasparini, a seu turno, vincula a teoria dos motivos determinantes à necessidade da verificação concreta dos fatos alegados pelo agente público, aduzindo que a

[...] obrigatoriedade da existência, no mundo real, dos motivos alegados e que determinam a prática do ato administrativo, como requisitos de sua validade, acabou por dar origem à *teoria dos motivos determinantes*. Por essa teoria só é válido o ato se os motivos enunciados efetivamente aconteceram. Dessa modo, a menção de motivos falsos ou inexistentes vicia irremediavelmente o ato praticado, mesmo que não exigidos por lei. (2006, p. 66-67).

Vê-se que esse entendimento encontra espelho no princípio da realidade – a ser observado junto com o princípio da razoabilidade –, defendido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, anteriormente mencionado, segundo o qual existe uma obrigatoriedade intrínseca de correspondência entre o ato praticado e aquilo que, alegadamente, deu razão ao agir estatal. Pelo que se infere, segundo Gasparini, a teoria dos motivos determinantes se referiria não apenas à situação de estar o administrador público vinculado aos motivos por ele declinados, mas que estes, igualmente, sejam verdadeiros ou, ao menos, plenamente adequados aos argumentos aduzidos, sob pena de invalidade da decisão proferida.

5.4 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO

Constitucionalmente, o princípio da motivação – em que pese seja considerado um princípio implícito – pode ser fundamentado no inciso II do artigo 1º da Constituição de 1988, segundo o qual a República terá, como um de seus fundamentos, assegurar o exercício da cidadania, bem como no parágrafo único desse mesmo dispositivo constitucional, onde afirma que todo o poder emana do povo. A cidadania se constitui em um dos fundamentos de nosso Estado democrático de direito, de forma que seu exercício demanda a necessidade de o poder público tornar claras todas as suas motivações, pois tão-somente diante de tal conhecimento é que os cidadãos poderão fundamentar eventual discordância, na medida em que não é possível argumentar sem a ciência do argumento contrário (artigo 1º, II: “a cidadania”). Da mesma forma, os representantes eleitos têm a obrigação de, a todo o momento, prestar contas de seus atos, o que, mais uma vez, justifica a necessidade de clareza (artigo 1º, *caput*: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, nos termos desta Constituição.”). Há quem sustente, ainda, diante do inciso XXXV (“[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”) do artigo 5º da Constituição Federal, sob a ponderação de que a ausência de motivação impediria o acesso aos tribunais, o que viria em sentido contrário ao conteúdo do dispositivo ora em comento.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 109), ponderou o que segue, no que se refere à fundação da motivação no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição:

O princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do *porquê* das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como o direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm de conformar-se às que forem ajustadas às leis.

Hely Lopes Meirelles, ainda, com fundamento no inciso LV do artigo 5º da Constituição, aponta que a garantia da ampla defesa e do contraditório tornam inescusável a apresentação de motivação por parte do administrador

público nas situações em que esta for indispensável para o exercício dessas garantias constitucionais (2003, p. 97).

O autor, em seguida, refere Alberto Ramón Real, o qual, em sua obra *La fundamentación del acto administrativo*, afirmava que “o dever de motivar é exigência de uma administração democrática [...], pois o mínimo que os cidadãos podem pretendem é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los” (2006, p. 109).

Ainda no campo da fundamentação constitucional, houve, através da Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, a introdução expressa do princípio da motivação na Constituição, em decorrência do parágrafo quarto acrescido ao artigo 169, dispondo que, na hipótese de necessidade de redução, pela administração pública, do número de servidores estáveis, esta deverá efetuar as dispensas em conformidade com ato administrativo, anteriormente editado - e motivado -, de cada um dos Poderes, especificando “a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 97), a seu turno, pondera que não há previsão expressa da motivação no artigo 37 da Constituição Federal, que versa sobre a administração pública e seus princípios (*caput*), havendo, no entanto, dispositivo constitucional que exige a motivação para as decisões administrativas dos tribunais e do Ministério Público, consoante os artigos 93, inciso X (“X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;”), e 128, § 4º (“§ 4º. Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.”), com a redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004.

Neste campo, o Estado de São Paulo produziu uma relevante evolução, na medida em que o princípio da motivação consta, no artigo 111 da Constituição daquele Estado da Federação, como integrante do rol dos princípios da administração pública.

Como consequência de uma compreensão do princípio implícito da motivação a partir de uma fundamentação constitucional, torna-se obrigatório,

aos administradores públicos, em geral, a necessidade de expor, quando da decisão administrativa pela adoção de determinada ação pública, os motivos de fato e de direito expressamente reconhecidos e adotados.

Assim entende Di Pietro (1991, p. 152, apud OSÓRIO, 1999, p. 43):

A motivação. Embora não inserida expressamente na Constituição Federal entre os princípios impostos à Administração Pública, está nela implícita, porque é inerente ao princípio da legalidade e, em especial, ao devido processo legal; e é indispensável até para que os cidadãos possam exercer o seu direito à informação, pois, sem a motivação, não lhes é possível conhecer as razões que serviram de fundamento à decisão administrativa; é essencial para o exercício do direito de defesa e para a garantia do contraditório, além de ser elemento indispensável a servir de base para o controle dos atos administrativos, seja para fins de controle interno pela própria administração, seja para fins de controle externo exercido pelo poder Legislativo, seja, ainda, para fins de controle judicial. Em síntese, a motivação constitui garantia de legalidade dos atos administrativos.

Sobre esse ponto, Maria Sylvia Di Pietro (1998, p. 78) assim se manifesta:

[...] adotado esse princípio como norma constitucional, acolhe-se a doutrina dos que entendem que a motivação é necessária em qualquer tipo de ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. Trata-se de mais um princípio que revela a preocupação de possibilitar maior controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, porque, por meio da motivação, é possível verificar a existência dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei.

Em versão mais recente de sua obra (2005, 19. ed.) Maria Sylvia adota posição categórica quanto à universalidade do princípio da motivação.

O **princípio** da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos. (grifo da autora).

Gasparini (2006, p. 23) comunga de mesma posição⁴⁴:

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, consoante já decidiu o STF (*RDP*, 34:141). Hoje, com mais razão, essa afirmação é de todo pertinente, pois a Constituição Federal exige que até as decisões administrativas dos tribunais sejam motivadas (art. 93, X).

Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 53), ainda, conjectura: “quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta”?

A autora, na obra *Controle da administração pública*, volta ao tema:

Inobstante não explicitada a motivação, não podemos deixar de entendê-la como princípio expresso da função administrativa. E, assim é pelo menos por dois fortes motivos. Primeiro porque o art. 93, X, da mesma Constituição, ao se referir ao Poder Judiciário, afirma a necessidade de serem suas decisões administrativas motivadas.

[...]

Ainda se não fosse, por força do controle judicial amplíssimo, dilargado às abertas no texto constitucional vigente, a motivação seria absolutamente necessária. Como poderia o Poder Judiciário prestar sua jurisdição, em atendimento ao postulado constitucional, se não fosse a motivação necessária para a prática dos atos administrativos? Se as razões do convencimento do administrador devessem ser explicitadas, o controle ficaria deveras difícil. (1991, p. 1).

Celso Antônio (2006, p. 109), neste tema, pondera que

[...] não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmo princípios.

⁴⁴ Não podemos nos furtar, em vista do apontamento de Gasparini, a necessidade de termos grande cautela diante de decisões jurisprudenciais e das ilações que delas podemos retirar. Temos o costume, no Brasil, de, seguidamente, construirmos a doutrina a partir de decisões judiciais, o que se demonstra um equívoco metodológico, em vista que a jurisprudência não pode jamais ser doutrinária, mas é a doutrina que pode e deve influenciar, diretamente, o conteúdo da jurisprudência. A doutrina é independente da jurisprudência, mas a jurisprudência depende da doutrina. Trata-se de uma posição metodológica pessoal.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que o princípio da motivação se demonstra essencial como fator de avaliação do atendimento, pelos administradores públicos, do princípio da razoabilidade, pela razão de permitir o devido conhecimento dos motivos de fato e de direito que conduziram ao ato realizado e sua adequação à finalidade implícita ou explicitamente decorrente da lei.

Neste aspecto, trazemos lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 152):

A única maneira de verificar-se a observância daquele princípio [da razoabilidade] é pelo exame da motivação. Por isso mesmo, a motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato (pressuposto do direito) e os fatos (pressupostos de fato). É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade. É pela motivação que se verifica se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins.

5.4.1 A motivação na Lei Federal n.º 9.784/99

No campo infraconstitucional, a Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regulando o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, no *caput* de seu artigo 2º, estabeleceu que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. O parágrafo único desse mesmo artigo 2º dispõe sobre os critérios a ser adotados nos processo administrativos, sendo que, em seu inciso VII, está bem clara a obrigatoriedade de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.

Mais adiante, o Capítulo XII, especifica o âmbito da “motivação administrativa” pertinente a esse diploma legal, prevendo, em seu artigo 50, incisos I a VIII:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

O perfil dos incisos do artigo 50 revela uma preocupação quanto à proteção de direitos ou interesses individuais, voltando-se mais aos “destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração” (DI PIETRO, 2005, p. 97).

Um problema que se observa, desde agora, que a leitura positivista-normativista deste dispositivo – para não mencionar situações envolvendo interesses escassamente sociais – conduz a um entendimento que tão-somente nas hipóteses enumeradas pelo artigo 50 seria obrigatória a apresentação de motivação expressa, estando o administrador público isento de tal conduta nos demais casos. A realidade diária demonstra que a vida sempre supera a capacidade humana de previamente estabelecer hipóteses, de forma que certamente surgirão situações não enumeradas, mas que certamente, face à sua natureza, exigirão a necessária motivação, até por que entendimento diverso representaria retirar validade e eficácia aos dispositivos constitucionais anteriormente mencionados. Vê-se que o redator do projeto que resultou na lei federal em comento – ou de eventual emenda aprovada em plenário – ao construir tal sistemática, se orientou por entendimento de que nem todos os atos administrativos seriam obrigatoriamente sujeitos a uma motivação expressa. Não nos parece que tal entendimento deva prosperar, tendo em vista essa conduta esvaziar as possibilidade de sindicabilidade das decisões administrativas, tanto pelos órgãos de controle interno e externo, como pelos Tribunais de Contas. Deixa-se claro que não se está pregando uma necessidade

universalizada quanto à motivação, na medida em que seria evidentemente absurdo impor a obrigatoriedade de motivação, por exemplo, nos despachos de mero expediente. O mais adequado seria compreender os incisos do artigo 50 como meramente exemplificativos e não como números cláusulos. Aliás, consoante a melhor técnica legislativa e administrativa, seriam interessante a existência de um novo inciso (IX) estabelecendo uma cláusula aberta, apta a albergar as demais hipóteses em que existente algum grau de discricionariedade administrativa. Essa problemática foi percebida por Di Pietro (2005, p. 97-98):

No entanto, tem-se que considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o que não exclui a mesma exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos. Além disso, há que se lembrar que a exigência de motivação consta de outras leis esparsas, como ocorre, exemplificativamente, na Lei n.º 8.666/93, sobre licitações e contratos.

Embora a eminente autora não tenha relacionado exemplos presentes na Lei Federal de Licitações, podemos, a partir de um rápido exame, enumerar os seguintes dispositivos: art. 8º § único; art. 20; art. 42, § 5º; art. 43, § 6º; art. 57, § 1º; art. 58, IV; art. 64, § 1º, art. 78, § único; art. 109, § 2º. O caráter eminentemente formalista e acautelador da Lei Federal n.º 8.666/93, em que o interesse público de bem realizar o gasto público é evidenciado, revela a imperiosidade quanto ao pleno atendimento do princípio da motivação, uma vez que os atos procedimentais dos competitórios são freqüentemente levados ao exame do Poder Judiciário, o que impõe uma conduta clara e transparente por parte dos administradores públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta, por sua vez, um posicionamento mais contundente:

Conquanto seja certo que o arrolamento em apreço abarca numerosos e importantes casos, o fato é que traz consigo restrição intolerável. Basta lembrar que em País no qual a Administração freqüentemente pratica favoritismos ou liberalidades com recursos públicos a motivação é extremamente necessária em atos *ampliativos* de direito, não contemplados na enumeração. Assim, parece-nos

inconstitucional tal restrição, por afrontar um princípio básico do Estado de Direito. (2006, p. 491).

Vale a referência a lição de Rafael Bielsa (*Compendio de derecho público*, 1952, II, 27), citado por Hely Lopes Meirelles (2003, 96-97):

Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de *fato* (motivos-presupostos) e de *direito* (motivos-determinantes da lei).

[...]

No Direito Administrativo a motivação - como dissemos - deverá constituir norma, não só por razões de boa administração, como porque toda autoridade ou Poder em um sistema de governo representativo deve *explicar legalmente*, ou *juridicamente*, suas decisões. (grifo pelo autor).

Muito embora Enterría e Fernandez não tenham examinado a Lei Federal n.º 9.784/99, mas a Lei do Procedimento Administrativo espanhol, ao analisarem o seu artigo 43, onde consta a relação dos atos administrativos que demandam motivação, apontam a existência de outros atos, fundados em outros dispositivos e em diplomas jurídicos diversos que, igualmente, demandam a apresentação de expressa motivação (1990, p. 488-489). O que corrobora uma compreensão lógica de que, no que tange ao atendimento de princípios constitucionais, qualquer enumeração positivada tende, necessariamente, pela própria impossibilidade humana de prever todas as hipóteses verificáveis no mundo dos fatos, a ser incompleta, motivo pelo qual, em superando o paradigma positivista-normativista, estas especificações devem ser compreendidas como meramente exemplificativas e não como enumerativas.

Em vista da influência do positivismo-normativista que ainda domina “corações e mentes” dos operadores do direito, muitos tendem a considerar a obrigatoriedade quanto à explicitação da motivação tão-somente naquelas hipóteses em que será praticado ato de cunho vinculado ou quando algum dispositivo legal ou a própria Constituição assim o determinam. Não nos parece ser esta a posição mais correta, inclusive diante de uma aplicabilidade prática do princípio da eficiência administrativa, agora explicitado entre os princípios

constitucionais da administração pública pela Emenda Constitucional n.º 19. Se a eficiência administrativa importa na obrigatoriedade de toda a ação estatal ser voltada ao melhor resultado possível, deve o administrador, até para permitir a sindicabilidade de sua decisão, como a resposta estatal mais eficiente, apresentar sua motivação. Parece-nos, e isso será posteriormente explorado, o princípio da eficiência reforça o posicionamento doutrinário no sentido de que o princípio da motivação não se encontra limitado apenas às situações expressamente previstas, mas em todos os atos praticados, excluindo-se, obviamente, como já mencionado em outra oportunidade, os atos de mero expediente, cuja realização não demanda qualquer grau de intelecção ou cuja conduta já é previamente determinada pelo ordenamento jurídico.

Gasparini (2006, p. 24), realizando a leitura do artigo 50 da Lei Federal n.º 9.784/99, expõe seu posicionamento sobre a necessidade de motivação diante de atos discricionários e vinculados:

No âmbito federal essa discussão não mais se coloca, pois a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer qualquer distinção entre os vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida. Referidos incisos, no entanto, mencionam situações que tanto podem estar relacionadas tanto a atos administrativos vinculados como a discricionários, o que reforça o entendimento de que ambos devem ser motivados.

Assim, a legalidade de um ato administrativo eficiente somente se configura pela explicitação da motivação de que aquela conduta adotada, entre outras eventualmente possíveis, é a que, com melhor resultado, atende o interesse público da coletividade.

Voltando ao artigo 50 da Lei Federal n.º 9.784/99, este, em seus parágrafos primeiro a terceiro, expõe a forma de apresentação da motivação:

§ 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2o Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das

decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Em primeiro lugar, a legislação federal não exige uma forma pré-determinada para a apresentação da motivação, concedendo liberdade ao administrador público para apresentar sua justificação, desde que presentes e expressos os elementos de fato e de direito considerados pertinentes e o nexos causal entre estes e a ação administrativa selecionada, a qual deve ser razoável e proporcional. Em segundo lugar, não restou devidamente claro que a motivação é um *a priori* do ato administrativo, não podendo jamais a justificação ser produzida em momento posterior, sob pena de nulidade do ato. Se não havia motivação quando da decisão administrativa, a decisão não foi tomada em respeito aos princípios fundamentais da administração pública, mas sim, de forma equivocada, em atenção aos interesses personalíssimos do administrador público, o que é veementemente vedado. Gasparini é expresso (2006, p. 23) ao estipular que a motivação deve ser “prévia ou contemporânea à prática do ato”. Quanto ao momento da produção da motivação, a doutrina é uníssona no que concerne à necessidade de esta ser prévia ou, no máximo, contemporânea ao ato praticado, especialmente nos atos administrativos discricionários, sob pena de sua invalidade. A impossibilidade quanto ao conhecimento dos motivos de fato e de direito que conduziram à ação estatal impede a verificação se esse comportamento observou, efetivamente, o princípio da legalidade, se existe real conexão entre o motivo observado, a conduta normativamente escolhida e a finalidade a esta prevista. Além disso, não se pode olvidar que a conduta administrativa deve ser sempre razoável e proporcional. E apenas uma motivação expressa e prévia pode responder adequadamente tais indagações, pois, como afirma Celso Antônio (2006, p. 76)

[...] de nada adiantaria que a Administração aduzisse motivação *depois* de produzido ou impugnado o ato, porquanto não se poderia ter certeza de que as razões tardiamente alegadas existiam efetivamente ou haviam sido tomadas em conta quando de sua emanção.

O autor, mais adiante em sua obra, retoma este tema, sob a ótica da sindicabilidade da motivação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. É que, se fosse dado ao Poder Público aduzi-los apenas serodamente, depois de impugnada a conduta em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*, “construir” motivos que jamais ou dificilmente se saberia se eram realmente existentes e/ou se foram deveras sopesados à época em que se expediu o ato questionado. (2006, p. 109).

Em terceiro lugar, podendo constituir a motivação pareceres e outros estudos técnicos, o administrador público responsável pelo ato a ser tomado deve, obrigatoriamente, acolher as conclusões desses estudos como fundamentos de sua deliberação discricionária, sendo responsável, no entanto, por eventuais falhas ou equívocos destes. O que importa é que exista uma motivação que relacione de forma coerente as razões de fato e de direito com a resposta administrativa proposta. Há, evidentemente, um grande risco, para os administradores públicos, na adoção sistemática e repetida de pareceres produzidos para hipóteses pretéritas, uma vez que as situações que ensejaram a primeira manifestação podem não mais estar presentes – ou em decorrência de modificação no ordenamento jurídico – ocasionando incorreção que acarreta em responsabilização do agente público por sua ação equivocada. De tal modo, o administrador público previdente deve, a cada caso concreto, ao menos, determinar a verificação, em concreto, da permanência das condições iniciais.

Enterría e Fernandez (1990, p. 489), sobre o tema, aduzem que a “motivação não se realiza com qualquer fórmula convencional: pelo contrário, a motivação tem de ser suficiente, ou seja, tem de ser a razão plena do processo lógico e jurídico que determinou a decisão”. Vale alertar que, nesse processo, o administrador público não poderá jamais, sob pena de descumprimento substancial da motivação, substituir um “conceito jurídico indeterminado” por outro igualmente indeterminado, ou seja, a motivação consiste, entre outras finalidades, na determinação, em concreto, do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados eventualmente envolvidos.

5.5 RAZOABILIDADE E MOTIVAÇÃO

Juarez Freitas (2004, p. 73-74), ao comentar a necessidade de o administrador público, em uma perspectiva de otimização da ação estatal, buscar a “melhor atuação (fundamentável como tal)”, aduz que aquele

[...] tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública. A violação manifesta do princípio dá-se quando se constata vício de escolha dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos. Não aparece, no controle à luz da economicidade, nenhum traço de invasão do espaço da discricionariedade, pois se é certo que esta precisa ser preservada, não menos certo que qualquer discricionariedade legítima o será se guardar vinculação com os imperativos da sensatez, incompatível com qualquer desperdício. **Com base nisso, não se está a pedir, em especial ao Poder Judiciário, o controle de juízos de conveniência em si mesmos, mas o controle das motivações obrigatórias, ou seja, a vigilância quanto a aspectos que dizem respeito não ao merecimento em si, mas à compatibilidade plena do ato administrativo com a eficiência, já que inexistem atos exclusivamente políticos e se vincula o administrador aos motivos que ofertar.** (grifo nosso).

A verificação da razoabilidade, enquanto adequação jurídica estabelecida logicamente entre o motivo e o objeto do ato administrativo, com fins ao atendimento de uma necessidade pública, demanda a apresentação, pelo administrador, da sua motivação, a qual não se limita mais à mera exposição dos pressupostos de fato e de direito, devendo conter “os elementos indispensáveis para o controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade”, permitindo a verificação “se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins” (DI PIETRO, 2001, p. 207).

José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 277) contribui:

Em suma, a exigência de motivação permite aferir o cumprimento da legalidade substancial, viabilizando o exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos. Não basta demonstrar a racionalidade formal no cumprimento da lei, mas também é preciso assentar, em todos os seus contornos, os caracteres da razoabilidade necessários e suficientes para a validade da atuação.

Acrescenta o autor, que é exatamente na fundamentação que o agente público deve “demonstrar exteriormente a razoabilidade da atividade administrativa” (p. 279), não sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências de uma moderna leitura dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo, a mera alegação, pelo autor do ato praticado, que sua ação foi razoável. Diante de tal assertiva, seria possível cogitar, como o faz o autor, da “razoabilidade da motivação” (p. 280) - além da “motivação da razoabilidade” - onde seria possível a efetiva verificação dos requisitos básicos da motivação, quais sejam a suficiência, a clareza e a congruência. Assim, para determinar “o grau de insuficiência, obscuridade e incongruência apto a revelar o vício invalidante da motivação recorrerá o aplicador do Direito a um juízo de razoabilidade, preso às circunstâncias de caso a caso” (p. 281).

Assim, modernamente, não é razoável a existência de um ato administrativo discricionário imotivado, visto que a própria razoabilidade desse ato praticado é auferível tão-somente a partir da motivação desse mesmo ato.

A motivação, como já apontava Araújo Cintra, desde 1979, ao “forçar um cuidado maior do agente público no exame das questões de legalidade e de conveniência e oportunidade do ato que pretenda editar” (p. 112), aufere à Administração Pública “uma probabilidade mais alta de acerto e legalidade em suas decisões, evitando-se precipitações e negligências no desenrolar da atividade administrativa” (p. 113). Como resultado, há a redução da arbitrariedade, pois “a menção dos motivos do ato torna-se índice de sua legalidade” (STASSINOPOULOS, apud CINTRA, 1979, p. 113), resultando em “maior proteção da liberdade individual em face da autoridade pública” (CINTRA, 1979, p. 113).

Hodiernamente, em que o princípio da razoabilidade alcançou relevo, a motivação se demonstra ainda mais importante - quão mesmo imprescindível -, na medida em que o Estado Democrático de Direito se incompatibiliza com qualquer conduta estatal que não seja clara, expressa e transparente. E a motivação permite que seja realizada a sindicabilidade do ato administrativo diante da proporcionalidade. Apresentou-se, nesta seção, tão-somente uma

moldura da caracterização fundamental do instituto da motivação administrativa, apontando seu caráter cada vez mais impositivo, como vem sendo reconhecido, ao longo do tempo, pela doutrina.

6 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Brasil tem enfrentado, com maior intensidade, pelo menos desde o início da década de 1980, o debate sobre os rumos da administração pública e sua necessária reforma, de modo a torná-la mais ágil e eficiente, permitindo, assim, atender com maior presteza as necessidades públicas cada vez mais numerosas e urgentes, em uma verdadeira “explosão de complexidade”, para usar a expressão de Fabiana de Menezes Soares (apud HAUSER, 1999). O caminho até agora adotado preconiza, como solução, a adoção de novas formas de gestão da coisa pública, com a descentralização de estruturas hierárquicas tida, em parte, como as grandes responsáveis pelo péssimo conceito detido hoje pelos serviços públicos. A idéia de instituição de controles quanto aos resultados – e menos nos procedimentos – acompanha essa polêmica. Como aduz Hely Lopes Meirelles (2003, p. 94), o controle da função administrativa não se contenta atualmente apenas com a legalidade, “exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

Rosimeire Ventura Leite (2001, p. 261), vislumbrando a relação que se estabelece entre a administração pública e a cidadania, afirma que aquela,

[...] por excelência, deve visar à satisfação do bem comum e à satisfação dos interesses sociais, conjugando todos os recursos do Estado para a consecução deste fim, otimizando todo o potencial de seus agentes para uma prestação cada vez melhor dos seus serviços.

A crítica da autora é que, na realidade prática da administração pública brasileira, não se consegue encontrar uma verdadeira preocupação quanto ao bem comum, laborando o poder público, via de regra, em prol de interesses outros, menos nobres.

Todavia, a Administração Pública tornou-se refúgio de práticas inescrupulosas, completamente distanciadas do interesse coletivo e o serviço público passou a se identificar com a ineficiência, a burocracia e a lentidão. Tudo isso, em parte, pela inobservância dos ditames constitucionais, pelo descaso em relação às necessidades sociais e pela própria falta de fiscalização, quer seja dos órgãos competentes, quer seja da sociedade.

Este quadro trouxe profundos prejuízos para a população, vítima permanente de um serviço público insatisfatório e, não raro, violador da dignidade da pessoa humana. (2001, p. 261).

Além disso, como bem percebe Edimur de Faria (2000, p. 77) a “competitividade no mundo dos negócios, principalmente com a globalização econômica, exige da iniciativa privada e da Administração Pública comportamento e atuação de modo a produzir resultados eficazes, com eficiência”. Como resultado, a relação custo-benefício, antes exclusiva do mundo das relações privadas, passou, nessa nova realidade imposta pela globalização, a ser um dado a ser observado igualmente pela administração pública, razão pela qual o autor acrescenta que o

[...] Administrador Público precisa ter em mente que ele é gestor de coisa pública, coisa da sociedade, e, por isso, deve planejar a atividade do órgão ou entidade que dirige de forma a gastar menos e obter o máximo de resultado social econômico, quando for o caso. (2000, p. 77).

Essa nova perspectiva de avaliação da atividade administrativa do Estado, levou Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (apud MOTTA, 1998, p. 5) a ponderar que na

[...] Administração, à semelhança das organizações particulares, o controle, enquanto não é o da legalidade, consiste em apreciar se tudo o que se realiza está em harmonia com as programações planejadas, com as instruções normativas e com os princípios adotados. Traz por finalidade uma função tutelar que visa apontar faltas ou erros, a fim de que se possa corrigi-los, evitando repetições gravosas.

Luis Carlos Bresser Pereira, um dos principais elaboradores do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, define entre as principais características dessa nova forma de administração pública (administração

pública gerencial), uma orientação da ação do Estado para o cidadão, que passa a ser compreendido mais como um usuário, um cliente de serviços, bem como a instituição, como mencionado, de sistemas avançados de controles de resultados, por exemplo, pelos contratos de gestão. A promessa era de que esta nova forma de administração pública seria efetivamente mais transparente e democrática - sendo superados os vícios do modelo clássico até então adotado (burocrático) -, alcançando relevo a participação dos cidadãos no controle (controle social) dos agentes públicos - inclusive para avaliar os serviços prestados -, ou seja, se o agir destes correspondia à produção de resultados verdadeiramente favoráveis à concretização dos fins do Estado, em outras palavras, o bem comum.

Como bem ressalta Alexandre de Moraes (2201, p. 33), no teor da exposição de motivos da Mensagem Presidencial n.º 886/95 - recebida pelo Congresso Nacional e convertida na Proposta de Emenda Constitucional n.º 173/95 que resultou, por fim, na Emenda Constitucional n.º 19/98 -, constava, entre as finalidades pretendidas

[...] incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte [...]

e

[...] enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos [...]

Foi proposta, pela Emenda Constitucional n.º 19/98, a implantação de uma prática de participação dos administrador na gestão dos serviços públicos, tanto na administração pública direta como indireta. Rocha França (2000, p. 88), nessa seara, leciona:

O reformado ainda estabeleceu, quanto a esse direito subjetivo do cidadão:

a) Direito de reclamação contra a ineficiente prestação de serviços públicos, estabelecendo ainda a Constituição reformada a garantia da manutenção dos serviços de atendimento do usuário e da avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

b) O direito de acesso dos usuários dos serviços públicos a registros administrativos e a informações sobre “atos de governo”;

c) E, por fim, o direito de representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na administração pública.

A eficiência evidencia-se, assim, como um direito público subjetivo dos usuários de serviços públicos, razão pela qual a concretização desses serviços deve atender a regulamentações previamente estabelecidas, especialmente nas situações em que há a transferência da exectoriedade desses serviços, hipótese em que, a teor do artigo 22 do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078/90), o prestador privado está igualmente condicionado à eficiência.

6.1 ANTECEDENTES DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Como aponta Humberto Ávila (2004, p. 423), normalmente associamos a introdução do princípio da eficiência, no sistema constitucional brasileiro, à aprovação, pelo Congresso Nacional, da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998. Acontece que, conforme chama a atenção, alguns dispositivos constitucionais originários de 1988 já revelavam a adoção do princípio efficientista, tal como o inciso II do artigo 74.

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;

Há, ainda, conforme Ávila, o § 7º do artigo 144 da Constituição de 1988.

Art. 144. [...]

[...]

§ 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Percebe-se, assim, que, em realidade, a “positivação constitucional” do princípio da eficiência não ocorreu em 1998, pela Emenda Constitucional n.º 19, mas pelo próprio Constituinte Originário, em 1988. Embora não exposto entre os princípios da administração pública, do *caput* do artigo 37, não se pode afastar sua aplicabilidade ao controle da administração pública, em vista do que consta do supra transcrito inciso II do artigo 74. Vê-se que a eficiência já constituía em um dos requisitos a ser examinados no controle da gestão pública, de forma que a Emenda Constitucional n.º 19/98 apenas tornou exposto o princípio implícito da eficiência.

O ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de a doutrina nacional se debruçar, desde antes, sobre a noção de um princípio da eficiência - por influência da doutrina administrativa italiana (“dever de boa administração”) -, já apresentava alguns dispositivos relacionados, contidos, especialmente, no Decreto-Lei n.º 200/67, na Lei Federal n.º 8.987/95 e na Lei Federal n.º 8.078/90, como relaciona Uadi Lammêgo Bulos (1999, p. 2 apud SILVA, C., 2001, p. 51).

Do Decreto-Lei n.º 200/67, anterior à própria Constituição de 1988, interessa a transcrição de seu artigo 13 e do inciso V do artigo 25:

Art. 13 O contrôle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente:

a) o contrôle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado;

b) o contrôle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares;

c) o contrôle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

[...]

Art. 25 A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado:

[...]

V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados.

O mencionado Decreto-Lei n.º 200/67 já introduzia, de forma concreta, a idéia quanto ao estabelecimento de mecanismos de controle das atividades administrativas, tornando, assim, possível a verificação das ações governamentais tanto no aspecto da legalidade estrita, ou seja, a observância das regras de realização dos atos, como das próprias ações governamentais em si. Claro, não se pode deixar de perceber, que o intuito de tais dispositivos era, principalmente, o de estabelecer controles sobre os servidores, menos no aspecto da eficiência, e mais no de suas condutas. O referido diploma legal de 1967, com sua reforma administrativa federal, deu o primeiro passo para a introdução, em nosso país, do princípio italiano do “dever de boa administração”. Hely Lopes Meirelles (2003, p. 102), ao comentar a introdução desse princípio italiano, através da reforma administrativa de 1967, refere lição de Henrique Carvalho Simas:

[...] já se encontra consagrado entre nós, pela Reforma Administrativa federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao *controle de resultado* (arts. 13 e 25, V), fortalece ao *sistema de mérito* (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a *supervisão ministerial* quanto à *eficiência administrativa* (art. 26, III) e recomenda a *demissão* ou *dispensa* do servidor comprovadamente *ineficiente* ou *desidioso* (art. 100).

Do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078/90), são apontados os artigos 4º, VII, 6º, X, e 22:

CAPÍTULO II

Da Política Nacional de Relações de Consumo

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

[...]

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

[...]

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

[...]

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

O grande salto rumo à eficiência, com certeza, ao menos no âmbito da legislação nacional, deu-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o qual qualificou os cidadãos como consumidores de serviços públicos, motivo pelo qual estes deveriam ser, necessariamente, adequados, eficientes e seguros.

Por fim, os artigos 6º e 7º da Lei de Concessões e Permissões (Lei Federal n.º 8.987/95), a seu turno, possuem a redação que segue:

Capítulo II

DO SERVIÇO ADEQUADO

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Capítulo III

DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos. (Incluído pela Lei nº 9.791, de 1999)

Neste último diploma legal, tornou-se claro que os concessionários e permissionários de serviços públicos estariam igualmente comprometidos à prestação, tal como já imposto pelo Código de Defesa do Consumidor, de serviços públicos adequados e eficientes.

Interessante acrescentar, quanto ao relacionamento da eficiência com a prestação de serviços públicos, que a Lei Orgânica do Estado de São Paulo, de 04 de abril de 1990, prevê, no parágrafo único de seu artigo 123, que ao “usuário fica garantido serviço público compatível com sua dignidade humana, prestado com eficiência, regularidade, pontualidade, uniformidade, conforto e segurança, sem distinção de qualquer espécie” (MEDAUAR, 2002, p. 156).

O artigo 70 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1989, por derradeiro, tem a redação que segue:

Art. 70 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas ou mantidas pelo Estado, quanto à legalidade, legitimidade, moralidade, publicidade, **eficiência**, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes, observado o disposto nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal. (grifo nosso).

6.2 O PLANO DIRETOR DA REFORMA DO ESTADO E A EC N.º 19

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado é expresso quanto à sua preocupação de que somente a superação do paradigma de uma

administração pública burocrática permitirá uma ampla reforma do Estado, conferindo o substrato necessário a que os futuros administradores públicos possam incrementar a qualidade das relações estabelecidas entre o Estado e a sociedade.

Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil.

A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, que funcionam diretamente sob seu comando, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida em que se transformem em organizações públicas não-estatais - operem muito mais eficientemente. (1996).

A eficiência administrativa, como relata Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva (2001, p. 51), está definida no Plano Diretor como sendo “a busca de uma relação ótima entre qualidade e custo dos serviços colocados à disposição do público”. Refere ainda o autor, citando Robertônio Santos Pessoa (p. 51), que a inclusão no texto constitucional, do princípio da eficiência, foi, provavelmente, o maior mérito que pode ser creditado à Emenda Constitucional n.º 19, de 1998.

Se a reforma administrativa tem aspectos que podem ser considerados retrocesso, não há dúvida que a positivação do princípio da eficiência, pela amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, constitui-se, no âmbito do direito administrativo, em inequívoco avanço institucional.

Não podemos deixar de apontar, mais uma vez, diante da manifestação de Robertônio Santos Pessoa, que o princípio da eficiência já se constituía em um princípio implícito da administração pública, especialmente em um Estado Democrático de Direito, de forma que, em essência, a positivação desse princípio não deveria causar qualquer modificação relevante, salvo, obviamente, para os administradores públicos em geral, os quais, fortemente influenciados por uma formação jurídica eminentemente positivista-normativista, somente agora

começarão a se questionar sobre a eficiência de suas ações e seus resultados práticos, enquanto requisitos essenciais. Tão-somente uma visão do direito administrativo a partir dos seus princípios permite uma real superação dos condicionantes anteriormente existentes.

Aliás, esse é um dos pontos centrais do presente estudo: os administradores públicos, essencialmente positivistas, no que tange à discricionariedade envolvida nas decisões de constituição de parcerias públicas, pautam-se por uma visão legalista, deixando de se preocupar com os aspectos fundamentais impostos pela aplicação, em concreto, da principiologia administrativo-constitucional vigente.

6.3 O CONCEITO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Passados quase oito anos da edição da Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, a doutrina nacional ainda se debruça sobre o tema visando conferir conteúdo e sentido ao princípio da eficiência. Devemos ter em mente que a idéia de eficiência, no caso, constitui menos um conceito de direito e mais um conceito do campo do estudo da administração pública, o qual, tecnicamente, separa as noções de eficiência e eficácia. Percebe-se que a conotação construída, pela doutrina, para o princípio da eficiência, no campo do estudo do direito, engloba essas duas noções num único contexto, razão pela qual, quando nos referimos aos atos administrativos eficientes, analisamos, igualmente, a eficácia dessas ações.

Iniciamos com uma singela ponderação de Marcos Juruena Villela Souto (2005, p. 275), para o qual o “controle da eficiência é voltado à verificação dos resultados, isto é, do atendimento dos objetivos do Estado e dos objetivos específicos do programa de desestatização”, entendidos os objetivos do Estado brasileiro como aqueles genericamente enumerados no artigo 3º da Constituição.

Como já referido anteriormente, o princípio da eficiência não configura uma contribuição brasileira para a doutrina administrativa mundial, podendo ser apontada sua origem no conceito italiano do “dever de boa administração”.

Diógenes Gasparini (2006, p. 21), a partir dessa noção italiana, afirma que esse preceito “impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*” (grifo do autor), alertando que, nesse processo, não devem ser desprezadas outras normas, notadamente o princípio da legalidade. A *rapidez* determina que a ação estatal não pode sofrer procrastinações de qualquer natureza, permitindo até mesmo o estabelecimento de situações em que a Administração Pública seria responsável por ressarcir eventuais prejuízos ocasionados aos administrados. A idéia de *perfeição* conduz à necessidade de o Poder Público, em seu agir institucional, adotar as técnicas e os conhecimentos necessários à melhor execução possível, evitando repetições e eventuais reclamações. O *rendimento*, por fim, relaciona-se à obtenção de “resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade” (p. 22). Em suma, deve-se “maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública”, de modo que as ações públicas devem ser presididas pela “relação custo-benefício” (p. 22).

Conforme o conceito redigido por Kyoshi Harada, em seu *Dicionário de Direito Público* (2005, p. 157), o princípio da eficiência impõe que o “agente público atue de forma a produzir resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar”, tendo, como finalidade,

[...] combater a lentidão, a desordem, o descaso e a omissão que, geralmente, descambam para o sistema de corrupções e privilégios que permeia as práticas da administração pública, onde o objetivo prioritário não é o alcance do bem comum, mas a realização de interesses particulares. (2005, p. 157).

Vale mencionar, diante desse comentário, o extraordinário papel que um real e efetivo controle da eficiência administrativa pode desempenhar no controle da corrupção no seio da administração pública e na redução do desperdício de recursos públicos e ações ineficazes. Basta que a compreensão prática de eficiência não seja limitada apenas ao mero controle dos servidores

públicos, hipótese que tornaria “ineficiente” o próprio princípio da eficiência instituído pela Emenda Constitucional n.º 19/98.

Lúcia Valle Figueiredo (2000, p. 60) procurando conferir um conteúdo ao princípio da eficiência, pondera que o constituinte derivado pretendia, provavelmente, afirmar que a administração pública deve agir sempre com eficácia, produzindo resultados práticos que atendam, efetivamente, as necessidades públicas verificadas. Além disso, refere a indissociabilidade das noções de eficiência e administração pública, uma vez que esta deve “agir eficazmente”, sendo “isso o esperado dos administradores”. Vai um pouco mais além a autora:

Todavia, acreditamos possa extrair-se desse novo princípio constitucional outro significado aliando-se-o ao art. 70 do texto constitucional, que trata do controle dos Tribunais de Contas.

Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preodenavam, se for eficientes.

Em realidade, como afirmado por Lúcia Figueiredo, a introdução do princípio da eficiência, como princípio administrativo-constitucional expresso, não representou qualquer alteração fundamental no trato da principiologia aplicável ao Direito Administrativo, pelo motivo de o princípio da eficiência já se constituir, desde longa data - a partir da doutrina italiana, em especial - um princípio doutrinariamente reconhecido, mesmo que implícito, bem como pela razão de ser impensável conceber um agir administrativo não voltado, exclusivamente, ao melhor atendimento das necessidades públicas, ainda mais em uma nação caracterizada por recursos financeiros limitados e demandas sociais crescentes. O que acontece é que a nossa tradição positivista-normativista, como já examinado no início deste estudo, confere força e reconhecimento apenas às normas expressas, de modo que a doutrina deve aproveitar essa abertura exatamente para superar os bloqueios dogmáticos, tentando apresentar um novo paradigma de concepção de administração pública. O modelo de administração pública gerencial proposto no final da

década de 1990, verdade seja dita, foi um relativo avanço, mas evidentemente incompleto. Sua lógica de estruturação era baseada, fortemente, na idéia de que a falta de eficiência da administração pública era causada em razão dos próprios servidores - é o discurso percebido da leitura do Plano Diretor -, quando, muitas vezes, a origem dessa problemática está na incapacidade de as estruturas superiores da administração pública - normalmente vinculada tão-somente a ideários político-partidários e não socialmente responsáveis - estabelecerem modelos concretos de trabalho que realmente otimizem o emprego dos recursos públicos, selecionando as verdadeiras prioridades, de acordo com critérios técnicos e não políticos, compreendido este último termo em sua concepção mais mundana, uma vez que todo agir humano é, no fundo, um agir político.

Sara de Farias (2005, p. 179), citando Dinorá Adelaide Musetti Grotti, esclarece que o princípio da eficiência é

[...] um conceito econômico, que introduz, no mundo jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa.

Ruy Samuel Espíndola, em texto veiculado no endereço eletrônico do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina transcrevendo José Eduardo Martins Cardozo, relata o princípio da eficiência

[...] como sendo 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 possa alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes.

Odete Medauar, em 1999 (p. 75), entende a noção de eficiência ligada a uma maior agilidade do administrador público em alcançar os resultados

pretendidos, não essa, diga-se de passagem, era, verdadeiramente, o mote central justificado pelo Plano Diretor da Reforma do Estado.

O vocábulo liga-se à idéia de ação para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão - características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.

A posição defendida pela autora em comento conferiu uma compreensão limitada ao princípio da eficiência, como se os problemas da Administração Pública, quanto ao atendimento das necessidades da sociedade, fossem decorrentes tão-somente da lentidão, do descaso, da negligência e da omissão dos administradores públicos, ou seja, da falta de agilidade em produzir respostas, quando, em realidade, o grande problema de nossa Administração Pública está, igualmente, na produção de políticas efetivamente públicas, construídas a partir não de vontades empíricas individuais, mas de concepções reais e técnicas, cientificamente sustentáveis. Ressalta-se, porém, a preocupação da autora quanto ao equivocado entendimento “no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada” (1999, p. 145), uma vez que os referidos princípios devem ser conciliados, buscando-se a maior eficiência possível, dentro da legalidade⁴⁵.

Convém referir que, em sua edição de 2002 (p. 157), a autora menciona sua preocupação quanto à errônea compreensão que vem sendo dada à idéia de eficiência, no sentido de que seu atendimento passaria pela aceitação tácita da possibilidade de a legalidade vir a ser relativizada, ou melhor, sacrificada. Pondera que os “dois princípios constitucionais devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade” (p. 157).

⁴⁵ O entendimento surgido no sentido de que a eficiência se sobreporia à legalidade é fruto, como já exposto na crítica à visão positivista- normativista - que influencia ainda hoje e com enorme vigor os administradores públicos brasileiros - de uma compreensão equivocada da relação entre os princípios e as regras, motivo pelo qual temos uma tendência a conferir tratamento de regras à interrelação necessariamente estabelecida entre os princípios.

Sobre essa aparente oposição entre os princípios da legalidade e da eficiência, vale a transcrição de lição de Jesus Leguina Villa (1995 apud DI PIETRO, 2006, p. 99):

[...] não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

Já Rocha França (2000, p. 89) não vislumbra oposição entre a eficiência e a legalidade, aduzindo que há

[...] respeito à eficiência quando a ação administrativa **atinge materialmente os seus fins lícitos e, por vias lícitas**. Quando o administrado se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que ininterruptamente leva à Administração. **A eficiência passa a ser expressamente direito subjetivo do administrado.**

Portanto, não basta que a administração pública tenha tentado atingir fins lícitos. É preciso que a mesma tenha sucesso, que consiga materialmente tornar realidade o interesse público tutelado no caso concreto. (grifo do autor)

Cláudia Oliveira Pereira (apud SILVA, C., 2001, p. 52) propõe, tal como previsto na redação original da proposta de emenda constitucional encaminhada à Câmara dos Deputados - que resultou na Emenda Constitucional n.º 19/98 - o estabelecimento de um *princípio da qualidade do serviço público*, em modelagem que, segundo a autora referida, permitiria uma associação com as noções de probidade administrativa e de não-lesividade ao erário. Aponta-se que José dos Santos Carvalho Filho (apud FARIAS, 2005, p. 179), ao tratar do projeto da

emenda constitucional da reforma administrativa, se refere a um princípio da “qualidade do serviço prestado”, o qual, segundo o autor, pretendia “conferir direitos aos usuários de diversos serviços prestados pela Administração e seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores”. Ainda conforme Carvalho Filho (apud FARIAS, 2005, p. 179), a inserção desse princípio “revela o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de tantos serviços públicos”.

Voltando a Carvalho Filho (1999, p. 15), este acrescenta o seguinte:

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculada. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las.

Concordamos plenamente com Carvalho Filho, no aspecto pertinente à necessidade de a administração pública adotar critérios eminentemente técnicos de atuação, restringindo a hoje imperativa influência de fatores essencialmente políticos, no entanto, vemos com certa reserva a sugestão quanto à aplicação, no mundo público, dos critérios da “qualidade total”, tendo em vista que esta é muitas vezes criticada em vista de estabelecer um processo de “coisificação” dos empregados, não reconhecendo validade a pressupostos humanos e éticos fundamentais em uma sociedade civilizada. A existência de um Estado Democrático de Direito impõe que essa transposição da “qualidade total” do campo privado ao público seja filtrada de acordo com a própria sistemática principiológica da Constituição. Além disso, não podemos olvidar, mais uma vez, que a eficiência não está resumida à efetividade funcional dos servidores públicos na execução das políticas públicas definidas pela administração, mas igualmente na escolha, em si, de quais as necessidades públicas que devem ser atendidas e por quais modos, processo em que fatores técnico-pragmáticos são,

via de regra, desprezados em lugar do favorecimento de interesses outros não-estatais.

José Eduardo Martins Cardozo (apud SILVA, C., 2001, p. 53) propõe uma leitura da eficiência diante do inciso IV do artigo 3º da Constituição, ou seja, a partir do objetivo fundamental da República de promover o bem comum de todos. Assim, conforme o autor, somente se deveria entender por “eficiente a conduta da Administração Pública quando, em todas as dimensões possíveis apresentadas no plano de nossa realidade, estiver voltada para a satisfação do valor maior expresso pela idéia de o ‘bem de todos’”.

Reconhece-se que em uma realidade de recursos financeiros crescentemente limitados frente a demandas sociais em expansão, o incremento da eficiência foi a alternativa proposta pelo grupo de trabalho que elaborou o Plano Diretor. Essa “inovação”, assim entendida pelo então Governo Federal, não pode ser compreendida de forma isolada de uma paralela evolução dos sistemas e formas de controle dos resultados obtidos, com a responsabilização dos administradores. Não houve preocupação, em um primeiro momento, com essa faceta, no entanto, alguns anos depois, através da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000) e da Lei Federal n.º 10.028/2000.

Gordillo (1997, p. XVI-16, apud MOTTA, 1998, p. 6) raciocina que, uma vez expressa no ordenamento constitucional, a necessidade quanto ao atendimento do princípio da eficiência, pelos agentes públicos, a omissão importa em responsabilização destes.

Así como hace falta el dictamen jurídico y el informe técnico suficiente y razonable que justifiquen prescindir de la licitación pública em el caso de urgencia, así también la eficiencia de la contratación deberá ser materia de análisis específico mediante los informes que producirán los organismos técnicos permanentes de la administración, y por el dictamen letrado igualmente del servicio permanente de asesoramiento jurídico. Desde luego, incurrirá en responsabilidad personal el funcionario que en funciones de asesoramiento letrado olvide en este nuevo elemento propio de la legalidad de la contratación administrativa.

Consoante Diogo de Figueiredo Moreira Neto (p. 419 apud FARIAS, 2005, p. 179) “este princípio está voltado ao melhor atendimento possível das

finalidades estatuídas em lei, exigindo-se que a atividade administrativa seja praticada com determinados padrões de qualidade”.

Como aponta Hely Lopes Meirelles (apud DI PIETRO, 1998), comentando o princípio da eficiência, todo agente público deve

[...] realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Os atualizadores de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 103) analisam a eficiência sobre o tríplice aspecto administrativo, econômico e técnico, ou seja, a “eficiência funcional”, em seus aspectos quantitativo e qualitativo, abrange a “produtividade” do agente público, a “perfeição” do trabalho por ele executado e a “adequação técnica” dos resultados aos fins inicialmente pretendidos. Abre-se, portanto, uma grande porta para um controle técnico da administração pública, no sentido de que as atuações estatais devem ser pautados por critérios exclusivamente técnicos, sendo inválidas e ilegais todas as ações praticadas em conformidade com ditames políticos ou pessoais. Havendo critério leigo e critério técnico, sempre irá prevalecer o segundo. A discricionariedade, ressalta-se, não está afetada, cabendo ao agente público, diante da existência de várias “alternativas técnicas”, apresentadas “pelos técnicos como aptas para solucionar o caso em exame” (2003, p. 104), escolher a mais conveniente, diante da idêntica eficiência das possibilidades existentes. Trazem o auxílio de lição de Marienhoff (p. 103):

No hay, pues, discricionalidad técnica. Tampoco puede haber discrecionalidad para requerir o no un dictamen indispensable para resolver una cuestión administrativa. Si ésta se resolviera con prescindencia de tal dictamen técnico la Administración Pública habría procedido indebidamente, porque no habría agotado los medios de conocimiento necesarios. El acto administrativo que deba basarse en un dictamen o informe técnico o científico, de conclusiones incontrovertibles, es - en cuanto a su contenido - un *acto regulado y no discrecional*, pues la conclusiones de ese dictamen o informe constituyen los *hechos* a considerar para la emisión del acto.

Segundo Denise Hauser (1999), o princípio da eficiência visa

[...] combater o tão latente sistema de corrupções e privilégios que permeia as práticas da administração pública, onde o objetivo prioritário não é o alcance do bem comum, mas a realização de interesses particulares. Não se investe nas áreas sociais, a não ser para a construção de algumas escolas, ou outras medidas superficiais, que visam não a solução do problema, que marginaliza grande parte da população, deixando-a ao completo abandono, mas tem por objetivo a promoção pessoal dos agentes da administração pública que visam a sua reeleição. Este constitui um dos principais princípios e que deve ser intensamente efetivado, através de uma prática consciente dos operadores jurídicos, comprometidos com um projeto outro de sociedade, que vise a real concretização do princípio da justiça.

Éverton de Jesus (2000, p. 73), com correção, percebe que a inclusão, na Constituição, de previsão expressa ao princípio da eficiência, pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, em realidade, não acarreta em qualquer modificação fundamental no âmbito da Administração Pública nacional, pelo motivo de a eficiência, em primeiro, já ser considerada um princípio administrativo implícito e, em segundo, em razão de a eficiência ser um traço inerente a qualquer agir estatal socialmente vinculado.

É oportuno mencionar, porém, que a inserção de uma palavra em um dispositivo constitucional não tem força de mudar a realidade, como parecem crer alguns legisladores ou os chamados positivistas de plantão.

Como já salientado, o princípio da eficiência, antes de estar positivado, já figurava entre os princípios da Administração Pública, por ser decorrência lógica da própria atividade realizada em prol de um interesse coletivo. Sua inserção no artigo 37 da Constituição Federal, portanto, nada representa além de atitude simbólica, sem grande valia prática, se não estiver aliada à mudança de comportamento diante da coisa pública.

As práticas da Administração Pública que priorizam a realização de interesses particulares devem ser fortemente coibidas, sob pena de o princípio da eficiência tornar-se mera retórica.

Nessa mesma linha, apresentamos a contribuição de Renato Poltronieri (2005, p. 33):

Contudo, é um princípio preexistente, implícito, subjetivo e também essencial do Estado como um todo, exigido por meio de sua Administração. A eficiência deve ser considerada como a finalidade da

Administração, qual seja a de produzir os efeitos desejados pelos seus atos.

A eficiência é inerente à sua atuação. Não necessitava estar constitucionalizada para ser requisito essencial. É razoável ter como essencial que qualquer ação administrativa seja desempenhada com eficiência no atendimento de seus objetivos e funções de proporcionar o bem comum.

Comenta Poltronieri, em seguida (p. 34), que do “desrespeito ou omissão a este requisito, surge a reivindicação de um espaço para conhecimento e atuação jurisdicional do magistrado no exame do mérito” do ato administrativo praticado, o que é refutado pela doutrina e pelo próprio Poder Judiciário. Aponta o autor que diante da nova relação que se está construindo entre administrador e administrados, o exame judicial do mérito não configuraria invasão da competência exclusiva do agente público de administrar, já que o magistrado estaria limitado apenas à análise da manutenção ou não da validade do ato praticado, não decidindo jamais qual ato, em concreto, deveria ter sido produzido. A atuação judicial, diante da verificação de vício do ato estatal, determinaria o retorno da matéria ao administrador público para um novo agir.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1998, p. 73), sobre as dificuldades de uma operacionalização eficiente da administração pública, pondera que o

[...] princípio da eficiência impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar. Trata-se de idéia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que reformar o Estado significa melhorar, não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que tenha relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil.

A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços, tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida em que se transformem em organizações públicas não-estatais - operem muito eficientemente.

A autora, posteriormente, em 2006, vislumbra dois aspectos essenciais ao princípio da eficiência (p. 98):

[...] pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas

atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Robertônio dos Santos Pessoa (2003, p. 103), buscando amparo em Bereijo, afirma que a eficiência exige duas condições básicas de possibilidade, quais sejam uma “correta determinação dos fins a realizar” e uma “articulação organizativa dos meios adequados pelo sujeito ou órgão responsável”, permitindo, de tal modo, o atingimento de resultados concretos que sejam “perceptíveis pelo grupo social nas diversas áreas da atuação administrativa”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 117), de uma forma até surpreendente, afirma que “não há nada a dizer sobre” o princípio da eficiência, tratando-se, no entanto, de uma inovação aspirada. A preocupação apresentada pelo autor estava na necessidade de esse novel princípio ser entendido “na intimidade do princípio da legalidade” (p. 118), não podendo o primeiro jamais justificar a postergação quanto ao pleno atendimento do segundo.

Robertônio dos Santos Pessoa (2003, p. 103-104) percebe que a ordem jurídica estabelecida em um Estado Democrático de Direito é pautada por determinados princípios e valores éticos e humanos “positivados no texto constitucional”, os quais não apenas condicionam a legalidade das ações estatais, como também lhes conferem a necessária legitimidade. Assim, as condutas administrativas devem obedecer a “critérios normativos de legalidade e legitimidade”, consubstanciados nos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência.

Acrescenta o autor (p. 103-104):

Dentro desta ótica pode-se dizer, que o princípio da eficiência pode atuar, como critério da legalidade e da legitimidade das condutas ditas discricionárias dos agentes públicos. Assim, por exemplo, entre duas ou mais alternativas possíveis, quando do exercício de uma faculdade discricionária, o agente público competente deve escolher aquela mais eficaz, tendo em vista uma resposta a ser dada a uma demanda coletiva ou a uma questão interna à Administração. A autoridade pública não tem “discricionariedade” para optar pela alternativa ou pelo meio menos eficaz. Como já dito, o poder discricionário não se apresenta como um cheque em branco que a lei

outorga ao agente público. Pelo contrário, é outorgado para que, em vista das peculiaridades de uma determinada situação concreta, o agente escolha a melhor solução, a mais eficaz, tendo em vista o interesse público específico albergado pela lei em questão.

Em oportunidade anterior, Robertônio dos Santos Pessoa já afirmou que

[...] não há dúvida que a posituação do princípio da eficiência, pelas amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, constitui-se, no âmbito do direito administrativo, inequívoco avanço institucional. (1998, p. 40-41).

Além disso, a

[...] lei confere ao administrador um certo grau de liberdade, que pode variar caso a caso, para que este escolha, entre as alternativas possíveis, a solução ótima, aquela que, de maneira mais eficiente, satisfaça, minimize ou atenua a demanda pública em questão. (1998, p. 43).

Como conclusão, aduziu que por

[...] conta dessa prerrogativa, ínsita no princípio da legalidade, e agora reforçada com o princípio da eficiência, a autoridade judiciária poderá concluir que, a despeito de fazer uso de competência discricionária, a decisão tomada não foi a mais eficiente, ou seja, a que melhor se ajustava ao escopo legal. (1998, p. 44).

Ruy Samuel Espíndola, em texto disponível do endereço eletrônico do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, lança luz sobre uma importante decorrência do princípio da eficiência.

Como foi alçado em patamar constitucional, é parâmetro não só para atos administrativos, mas também para as leis e atos normativos correlatos. Assim, leis que criem entraves à eficiência, que burocratizem desmedidamente o serviço público, desatendendo a racionalidade necessária à boa consecução do serviço, poderão ser invalidadas nas vias de controle de constitucionalidade, por inconstitucionalidade material, por malferimento ao princípio constitucional da eficiência. Dessa forma, não somente os atos administrativos deverão ser moldados segundo a idéia de “eficiência administrativa”, também a lei deverá homenageá-la.

Onofre Alves Batista Júnior entende a eficiência, num conceito amplo, como sendo o princípio constitucional que impõe ao administrador público a tarefa contínua de “otimizar a persecução do bem comum, e, para tanto, exige uma síntese equilibrada dos interesses públicos” (2004, p. 669). Já num sentido restrito, a eficiência traduziria a “necessidade de articulação coordenada e finalisticamente orientada dos meios, necessária para possibilitar o alcance do melhor resultado possível” (p. 670), buscando-se uma aplicação razoável e proporcional dos meios.

Efetivamente, o princípio da eficiência, quando da confecção do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, estava voltado sobre a apontada falta de eficiência dos servidores públicos na consecução correta e eficiente das políticas públicas definidas. A doutrina, no entanto, não vinculada à *mens legislatoris*, está livre para, a partir do dado posto, estabelecer, lógico-cientificamente, as decorrências necessárias do novel princípio. Como temos alertado neste trabalho, a eficiência não se constitui tão-somente em um *a posteriori* (em concreto), mas - no que consideramos muito mais importante - em um *a priori* (em abstrato), de forma que o controle da eficiência se inicia obrigatoriamente antes da efetivação do ato administrativo, sendo elemento essencial do processo mental de determinação de alternativas pelo administrador público. E mais ainda, no que percebe Ruy Espíndola, somente podem ser instituídas como alternativas aquelas que, a partir de um exame técnico, sejam condições de possibilidades de resultados eficientes.

Importante ressaltar que a visão que defendemos da eficiência não a limita a um *a posteriori*, ou seja, a um elemento a ser observado, quantificado e análise e momento posterior à prática do ato estatal. Por tal motivo, os administradores públicos em geral entendem a eficiência apenas como um controle do realizado, quando, em verdade, sua esfera de abrangência é muito mais ampla, constituindo, igualmente, um *a priori* do ato administrativo, tendo em vista não ser razoável ao agente público, em sua motivação, especialmente nos atos discricionários, deixar de fundamentar que a atuação escolhida é aquela que detém, onticamente, as características que, com maior certeza - ou

probabilidade – possam atender, da melhor forma, a necessidade pública observada.

Propomos, assim, a eficiência não apenas como um elemento de controle – alheio à formação do ato administrativo –, mas como um dos requisitos volitivos que devem ser levados em consideração na tomada de decisão do administrador público. Por exemplo, entre duas respostas estatais possíveis, será legítima aquela que, com menor custo e maior qualidade, tiver a maior potencialidade de alcançar o resultado pretendido.

6.3.1 Especificidades do princípio da eficiência

6.3.1.1 Os vetores implícitos

O XXV Congresso Brasileiro de Procuradores de Estado, realizado em outubro de 1999, ou seja, pouco menos de um ano após a aprovação da Emenda Constitucional n.º 19/98, aprovou tese elaborada por Alzemeris Martins e Marisa Idalência de Souza, ambas procuradoras de Estado da Bahia, em que propõem uma série de valores – cinco vetores implícitos – para o princípio da eficiência (MARTINS, p. 4-6), embasados na economicidade, na celeridade, na neutralidade, na qualidade e na operacionalidade. Os quatro primeiros vetores versam sobre a relação pessoal que se estabelece entre o agir do agente público e o ato praticado. O quinto vetor, por sua vez, “liga-se ao aspecto orgânico” do princípio e sua relação com o aparelho estatal, hipótese em que o papel desempenhado pelo administrador público é meramente indireto.

A **eficiência-economicidade** seria o aspecto da eficiência “jungido à adoção do parâmetro ótimo para o desempenho administrativo”, evitando-se o “desperdício de recursos públicos”.

É como se o princípio da eficiência celebrasse um feliz casamento com o princípio da proporcionalidade, e cada um cedesse um pouco do seu espaço normativo, para orientarem o administrador a realizar a sua atribuição, atendendo ao máximo o resultado social do serviço com o mínimo de dispêndio do dinheiro público. (p. 5).

A **eficiência-celeridade**, entendem suas postuladoras, seria “o valor mais sensível” do princípio da eficiência, revelando que, na visão delas, o aspecto mais importante seria a celeridade da atuação estatal⁴⁶. Por este vetor, “mensurasse a rapidez em razão da finalidade e dos meios empregados”, sendo a produtividade “o resultado do trabalho eficiente”, “medida num espaço de tempo razoável para a consecução do objetivo” (p. 5).

A **eficiência-neutralidade** objetiva “injetar a impessoalidade concreta no atuar do agente administrativo” (p. 5).

Entendemos que um agente administrativo neutro, isto é, um agente administrativo imparcial, ao realizar suas tarefas, alveja a erradicação das diferenças entre os administrados e, atuando conforme a isonomia formal, aos poucos faz surgir a isonomia material, porquanto o Estado eficiente nada mais é do que o Estado que lega a todos os seus súditos, indistintamente, o aclamado “Bem Comum”.

Alexandre de Moraes (1999, p. 28) igualmente compreendeu a eficiência como um meio de controle da discricionariedade administrativa, apontando que aquela

[...] impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

⁴⁶ A título de parênteses, expomos que, a nosso juízo, o principal vetor implícito a ser considerado na eficiência deve ser relacionado à tecnificação da ação estatal, no sentido de que as políticas públicas - em que pese a imperiosidade do caráter político de sua definição, especial em um Estado Democrático de Direito - devem ser pautadas por critérios verdadeiramente técnicos, que levem em consideração, entre outros fatores preponderantes, o montante de recursos financeiros disponíveis e a emergencialidade de cada necessidade social constatada. A eficiência, mais do que um critério de controle dos atos de execução de políticas públicas, se constitui - e esse seria seu aspecto mais relevante - em parâmetro para a própria definição dessas políticas, com a redução do espaço para propostas amadoristas ou irresponsáveis, impostas, preteritamente, tão-somente em razão do poder de império do titular de determinada função pública.

Parece-nos correta a associação da eficiência com a discricionariedade, entendida a primeira como um mecanismo de controle da segunda, ainda mais quando levada em consideração, nessa equação, a razoabilidade, “de forma a atenuar o formalismo exacerbado em prol da proporcionalidade” (SILVA, c., 2001, p. 53).

A **eficiência-qualidade** volta-se à necessidade de “profissionalização do agente do Estado” (p. 6), associada à utilização de tecnologia adequada, ao “investimento na formação de quadros para a gestão pública” e à “melhoria de desempenho das pessoas”. As escolas de governo, previstas na Emenda Constitucional n.º 19/98, seriam a materialização desse vetor. A **eficiência operacional**, por fim, segundo os autores em tela, teria caráter instrumental, impondo a “necessidade de oferecimento de meios para que o agente seja eficiente, sob os ângulos da economicidade, celeridade e sobretudo da qualidade”. Em outras termos, o aparato estatal deve ser suficiente “para que o agente público atinja os fins a que se destina o seu labor – eficácia – da melhor forma possível - eficiência” (p. 6). É neste ponto que as autoras observam que a possibilidade de “realização do princípio da eficiência advém de uma postura do núcleo estratégico do Estado, donde partem as políticas públicas” (p. 6). Fazendo referência à última nota de rodapé apresentada, a eficiência, segundo nosso juízo, deve vincular o núcleo estratégico governamental à concepção e implementação de políticas públicas sérias e viáveis.

6.3.1.2 Características

Como ressalta Alvacir Correa dos Santos (2003, p. 197), Alexandre Moraes (2001, p. 34-38), com fundamento em contribuições de diferentes autores, elaborou uma lista das que entendeu serem as características essenciais do princípio da eficiência: direcionamento da atividade e dos serviços à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e, por fim, busca da qualidade.

O *direcionamento da atividade e dos serviços à efetividade do bem comum* seria uma imposição do inciso IV do artigo 3º da Constituição, o qual estabelece, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do “bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Ademais, qualquer leitura de dispositivo constitucional deve levar em conta, inquestionavelmente, os fundamentos do artigo 1º e os objetivos fundamentais do artigo 3º. No caso mencionado, Alexandre Moraes (2001, p. 34) define o conteúdo do mencionado inciso IV como um “vetor de interpretação” - a ser adotado pelo legislador ordinário ou pelo intérprete de qualquer diploma legal - “seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações”. O autor, exemplificando a partir das Constituições dos Estados de São Paulo (artigo 111), Rio Grande do Sul (artigo 19) e Bahia (artigo 13), pondera que diversos Estados da Federação, mesmo anteriormente à edição da Emenda Constitucional n.º 19/98, já estabeleciam dispositivos constitucionais expressos a respeito da necessidade de a administração pública obedecer ao “princípio do interesse público”, ou seja, a realização efetiva do bem comum.

A *imparcialidade*, na definição de Maria Teresa de Melo Ribeiro (apud MORAES, 2001, p. 34-35), teve como pressuposto, na história, a imperiosidade de o exercício da atividade estatal ser defendido de influências indevidas, provenientes de vontades alheias a um real interesse público. De tal modo, a imparcialidade é alcançada a partir da independência: “independência perante os interesses privados, individuais ou de grupo; independência perante os interesses particulares; independência, por último, perante os concretos interesses políticos do Governo” (apud MORAES, 2001, p. 35).

A *neutralidade*, para João Baptista Machado (apud MORAES, 2001, p. 35), seria característica de um Estado que, para “resolução de qualquer conflito de interesse, assume uma posição valorativa de simultânea e igual consideração de todos os interesses em presença”. Ainda segundo Machado, não se esta defendendo uma posição absenteísta do Estado, mas uma atitude de “isenção na

valoração de interesses em conflito”. Como conclui: “o Estado é neutro quando faz vingar a Justiça e estabelece regras do jogo justas”.

A *transparência* traduziria (MORAES, 2001, p. 35) “idéia de eficiência formal da administração pública”, pela qual “as atividades dos órgãos e agentes públicos devem ser nitidamente visíveis, possibilitando, assim, a eficiência da administração pública, pelo menos no aspecto formal” (SANTOS, 2003, p. 198). A transparência, segundo Alexandre de Moraes (2001, p. 35-36) seria instrumento de combate a práticas de suborno, corrosão e tráfico de influências.

Essa transparência, no intuito de garantir maior eficiência à administração pública, deve ser observada na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicos, exigindo-se, portanto, a observância tão-somente de fatores objetivos, como mérito funcional e competência, vislumbrando-se a eficiência da prestação de serviços, e, conseqüentemente, afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação. (MORAES, 2001, p. 36).

A característica da *participação e aproximação dos serviços públicos da população*, como decorrência do princípio da gestão participativa, seria um desdobramento do “princípio da soberania popular e da democracia representativa, previstos no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal” (MORAES, 2001, p. 36). A co-gestão de serviços administrativos, como aponta Canotilho (apud MORAES, 2001, p. 36), aproxima os representantes das comunidades envolvidas dos profissionais burocratas, sendo relevante a preocupação de Paulo Otero (apud MORAES, 2001, p. 36-37), para o qual

[...] uma excessiva participação e aproximação dos serviços públicos da população colectiva dos cidadãos na Administração pode deslocar o poder de decisão para grupos de interesse fortes, com desvalorização prática dos grupos de fraco poder associativo e mesmo conduzir a formas não democráticas de comportamento.

Indo mais além, temos de tomar o devido cuidado para que a falácia da universalidade da democracia participativa não acabe por subverter a democracia representativa, exatamente pela possibilidade concreta de os resultados produzidos pela primeira forma serem fruto de manipulação

indevida, por setores, embora organizados, que não traduzam a real vontade da coletividade. Em síntese, a preocupação de Paulo Otero era de que uma utilização indevida de um instrumento democratizante - a democracia participativa - pode conduzir ao reverso da própria democracia, traindo a transparência enquanto requisito fundamental de uma ação estatal verdadeiramente eficiente.

A característica da *eficácia* é assim observada por Alvacir dos Santos (2003, p. 198):

[...] a eficácia material pode ser visualizada quando ocorre o cumprimento, pelos entes administrativos, dos objetivos que lhes são próprios, estabelecidos consoante as regras de competências ordinárias; e a eficiência formal quando, por exemplo, o curso de um procedimento administrativo ocorre livre e desembaraçado, ante a obrigatoriedade do impulso ou resposta do ente administrativo a uma petição formulada por um dos administrados.

Quanto a esta característica, Alexandre de Moraes (2001, p. 37), busca lição de Tomás-Ramón Fernández, no sentido de que a lei deve “conceder à Administração - nos limites casuisticamente permitidos pela Constituição - tanta liberdade quanto necessite para o eficaz cumprimento de suas complexas tarefas”.

A *desburocratização*, por penúltimo, evidencia a necessidade de a administração pública evitar o desenvolvimento de uma burocracia administrativa, entendida esta, a partir de Canotilho (apud MORAES, 2001, p. 38), como um ente próprio, “substancial, impessoal” e hierarquizado, pautado por vontades e interesses a ele concernentes, não relacionáveis à “legitimação democrática” e aos interesses da população, com o potencial de estabelecer vícios “imanescentes às estruturas burocráticas”.

A *busca de qualidade*, por fim, pode ser entendida, conforme Alexandre de Moraes (2001, p.38), citando definição contida na Portaria n.º 05, de 14 de novembro de 1991, da Secretaria Geral da Presidência da República, como a

[...] qualidade de um serviço, sem distinção se prestado por instituição de caráter público ou privado; busca-se a otimização dos resultados

pela aplicação de certa quantidade de recursos e esforços, incluída, no resultado a ser otimizado, primordialmente, a satisfação proporcionada ao consumidor, cliente ou usuário [...]

Convém acrescentar que a *busca de qualidade* constitui um processo infinito, no sentido de que sempre será possível, no aspecto da prestação de serviços públicos à coletividade, a introdução de novas técnicas ou tecnologias que permitam tanto um atendimento mais imediato e adequado das necessidades públicas.

6.3.1.3 A eficiência como estruturante da administração pública

Percebe-se, até o momento, que o princípio da eficiência, no que pertine ao seu conteúdo, como aponta Humberto Ávila (2004, p. 425), pode ser sintetizado em duas ações distintas. A primeira se relaciona com a forma pela qual a administração deve se estruturar para alcançar os seus fins, enquanto que a segunda, com “a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue”. É o que já foi apontado anteriormente, no aspecto de a eficiência impor uma ação estatal de custo reduzido ou um agir que, com maior qualidade e resultado, satisfaça a necessidade pública envolvida.

A posição mais adequada é a que, de modo mais razoável e proporcional, consiga, com o menor custo possível, atender de maneira satisfatória os usuários dos serviços públicos. Essa é a relação otimizada: o “menor custo com o melhor resultado” (ÁVILA, 2004, p. 425). Acontece que, usualmente, os administradores se preocupam tão-somente com o primeiro aspecto.

Ávila (2004, p. 425) questiona, primeiramente, qual a forma de realização concreta da eficiência, se com “o melhor resultado” apenas ou sendo admissível “um resultado satisfatório”. Em seguida, indaga quanto à relação estabelecida entre a eficiência e o custo do serviço prestado, ou seja, se a eficiência é atendida pelo menor dispêndio financeiro ou se esse elemento deve ser ponderado, junto a outros, para a decisão discricionária do administrador público.

Juarez Freitas (1997, p. 85-86) observou os pontos de contato entre a eficiência e a economicidade, no aspecto da produção, pelo administrador público, do melhor resultado possível, diante da realidade posta diante dele.

O administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos.

Juarez Freitas (1997, p. 86), criticando os arraigados hábitos de nossa administração pública burocrática, faz outra referência ao princípio da economicidade:

É que nosso País insiste em praticar, em todas as searas, desperdícios ignominiosos de recursos escassos. Não raro, prioridades não são cumpridas. Outras tantas vezes, pontes restam inconclusas, enquanto se principiam outras questionáveis. Traçados de estradas são feitos e desacordo com técnicas básicas de engenharia. Mais adiante, escolas são abandonadas e, ao lado, inauguram-se novas. Hospitais são sucateados, mas se iniciam outros, que acabam por não serem concluídos. Materiais são desperdiçados acintosamente. Obras apresentam projetos básicos que discrepam completamente dos custos finais, em face de erros elementares.

Por tudo isso, torna-se conveniente frisar que tal princípio constitucional está a vetar, expressamente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor para o interesse público.

Éverton de Jesus (2000, p. 73), comentando o posicionamento do professor Juarez Freitas, afirma que a

[...] eficiência da Administração Pública está diretamente relacionada com a capacidade de utilizar os recursos disponíveis com a maior excelência possível. Desta forma, está diretamente relacionado ao princípio da economicidade, referido pelo mencionado doutrinador [Juarez Freitas]. Só é eficiente aquele que consegue administrar com economia, inteligência e senso de oportunidade.

A referida eficiência nada mais é do que a gestão comprometida e honesta da coisa pública que se confronta diretamente com o latente sistema de corrupções e privilégios que permeia o serviço público brasileiro.

Importante mencionar que, finalisticamente, a intenção do Plano Diretor estava focada em uma estratégia de redução dos custos envolvidos na prestação de serviços públicos e não em uma rediscussão do papel do Estado e suas formas de atuação e, nem ao menos, sobre o controle dos administradores públicos, mas tão-somente dos servidores públicos de menor escalão. Para Bresser Pereira, a eficiência estava associada à idéia de economia, no sentido de “mais barato”. Conforme Cláudio e Silva (2001, p. 65) tal estratégia

[...] é confessada expressamente no texto do Plano Diretor, como se percebe: No campo das atividades exclusivas de Estado, dos serviços não-exclusivos e da produção de bens e serviços o critério eficiência torna-se fundamental. **O que importa é atender milhões de cidadãos com boa qualidade a um custo baixo.** (grifo do autor).

Retornando a Humberto Ávila, este apresenta o princípio da eficiência diante de dois diferentes deveres, quais sejam o de “escolher o meio menos custoso *ceteris paribus*” ou o de “promover o fim de modo satisfatório”.

Para alguns, conforme o primeiro dever, a obrigação do administrador público eficiente é o de sempre atender as necessidades públicas despendendo os menores recursos financeiros possíveis, ou seja, selecionando sempre a de menor repercussão financeira. Ávila (2004, p. 426) pondera que essa opção pela economia administrativa pode ser entendida em um sentido absoluto e outro relativo. No modo absoluto, o critério da menor onerosidade financeira será sempre prevalente, independentemente de eventuais alternativas existentes, que apresentam outras vantagens. Já no modo relativo – preferido por Ávila como o mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro – o menor custo deve ser ponderado diante das vantagens proporcionadas pelas demais alternativas possíveis, devendo adotar o critério meramente econômico quando estas “não superarem o benefício econômico” (p. 426).

Com efeito, de uma medida administrativa podem surgir efeitos relacionados a vários fins que a administração deve atingir, uns primários, outros secundários. A avaliação de todos os fins administrativos afasta do dever de considerar o menor custo como excludente do exame de outros fins. O menor custo é, tão-só, um dos vários elementos a serem considerados. (2004, p. 426).

Ávila, em seguida, indaga qual a solução a ser privilegiada, a de menor custo administrativo e maior restrição da liberdade do administrado ou a de maior custo administrativo e de menor restrição ao administrado. Diante de tal impasse, aduz que a resposta, em princípio, “a favor do meio menos restrito, depende de uma ponderação sistematicamente orientada, sendo inviável uma supremacia *a priori* em favor do meio que causa menos custos administrativos” (2004, p. 426). Em outras palavras, entende o autor que somente uma ponderação em concreto pode resolver o mencionado impasse, não havendo um privilegiamento necessário do particular em face da coletividade, representada pela ação estatal. É claro que o administrador público deve levar em conta, principalmente, qual o direito a ser restringido do administrado, em especial sua natureza. Por exemplo, diante da restrição a um direito fundamental do particular, dificilmente a administração pública conseguirá fundamentar a necessidade de utilizar a via de menor custo, salvo que a ponderação, em concreto, demonstre uma abissal vantagem entre os custos das outras alternativas possíveis. O que importa é que somente o caso real permite a definição perfeita da ação estatal a ser adotada, o que afasta, peremptoriamente, o entendimento da eficiência (enquanto meio menos oneroso) absoluta. Diversamente, quando inexistir modificação no âmbito da restrição imposta aos administrados, mas apenas quanto aos custos financeiros envolvidos, a resposta será simples, devendo ser privilegiada a ação estatal mais econômica. Conclui Ávila que o poder público deve escolher “o meio menos dispendioso somente no caso de ficarem inalteradas (*ceteris paribus*) a restrição dos direitos dos administrados e o grau de realização dos fins administrativos” (2004, p. 427).

Ultrapassado esse momento de definição do agir estatal diante do custo envolvido - numa situação de idênticas restrições aos direitos dos administrados -, surge, como propõe Ávila (p. 427), questão envolvendo o grau de intensidade na promoção dos fins administrativos, se mínimo, máximo ou meramente satisfatório, a qual, para sua solução, demandaria uma análise dissociada das

“duas exigências que direcionam a realização das finalidades administrativas: a eficiência e a proporcionalidade” (p. 427).

Como já examinado no subitem 4.3.1 (princípio da proporcionalidade), o postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, no campo de sua aplicação ao campo do direito administrativo, implica que a administração pública, para alcançar sua finalidade, escolha os meios adequados, necessários e proporcionais. Os elementos da “necessidade”, da “adequação” e da “proporcionalidade em sentido estrito” foram objeto de explanação do supra mencionado subitem, motivo pelo qual nos limitamos a referir aquelas ponderações já apresentadas. Sinteticamente, um “meio é adequado se promove o fim”, ou seja, verifica-se se, numa “relação empírica entre o meio” escolhido e o fim pretendido, existe real viabilidade concreta. Um “meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restrito para o administrado”. E, por fim, é proporcional em sentido estrito “se as vantagens que promove supera [sic] as desvantagens que provoca” (2004, p. 427-428).

A relação de adequação entre o meio e o fim, conforme o autor em comentário (p. 428) – a partir de lição de Ota Weinberger –, uma análise dos aspectos quantitativo (intensidade: um meio promove mais, igual ou menos o fim do que outro meio), qualitativo (qualidade: um meio promove pior, igual ou melhor o fim do que outro meio) e probabilístico (certeza: um meio promove com menos, igual ou maior certeza o fim do que outro) da relação. Convém mencionar que a análise discricionária realizada pelo poder público deve, necessariamente, sempre verificar esses três referidos aspectos, de acordo com os diferentes graus envolvidos (maior, igual ou menor).

Posiciona-se Ávila (2004, p. 429) afirmando que a administração pública, diante da eficiência, não está condicionada a escolher o meio “mais intenso” (aspecto quantitativo), “melhor” (aspecto qualitativo) e “mais seguro” (aspecto probabilístico), mas um meio que “simplesmente” produza o fim. Isso não implica, ressalta o autor (p. 430) que a administração pública está autorizada a escolher o meio “menos intenso”, “pior” e “menos seguro”, visto que,

evidentemente, neste caso, haveria infringência ao dever de eficiência administrativa.

Quando a administração emprega um meio que, embora adequado à realização de um fim, não serve para atingi-lo minimamente em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, o fim não é promovido satisfatoriamente. A instituição de fins a serem promovidos pela administração impede que ela escolha meios que não os promova de modo satisfatório. Essa exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à administração é o próprio dever de eficiência administrativa. (ÁVILA, 2002, p. 430).

Assim, a eficiência seria o grau de satisfatoriedade finalística do agir estatal diante dos aspectos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, não sendo suficiente que os meios sejam simplesmente adequados, na medida em que, mesmo adequados, podem os meios ser menos intensos, piores e menos certos quanto ao resultado, o que importa em violação ao princípio da eficiência. “O dever de eficiência, traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim” (ÁVILA, 2004, p. 430).

6.3.1.4 Razoabilidade e eficiência

Onofre Alves Batista Júnior (2004, p. 384) alerta que o “vício de desarrazoabilidade” de uma conduta administrativa “é um poderoso indicador de ineficiência”, embora nem sempre o segundo, em que pese presente o primeiro, seja verificado em concreto. Pode esse vício de desarrazoabilidade ser detectado em inúmeros casos, como, por exemplo, na “contradição interna do ato”, no “absurdo, ilogicidade ou incoerência do objeto”, na “falta de motivação da atuação administrativa ou no uso arbitrário das faculdades administrativas”, na “fundamentação sobre motivos insuficientes”, na “falta de consideração a fatos públicos e notórios” (p. 383).

Assim, a conduta administrativa jamais pode estar afastada de uma coerente racionalidade – ou seja, de uma utilização razoável e proporcional dos

meios disponíveis, visando o atingimento do objetivo socialmente demandado -, cuja ausência pode inquiná-la com o vício da antijuridicidade, impondo sua anulação.

O autor em tela (2004, p. 683) entende que a razoabilidade “exige um equilíbrio entre os diversos interesses públicos intervenientes, no caso concreto”, enquanto que a eficiência demanda que, “dentre as opções razoáveis, abstratamente possíveis”, deve ser selecionada aquela que “proporcione o melhor interesse público possível”, ou seja, “a otimização do bem comum”. A razoabilidade, nessa visão, impõe ao administrador público, frente ao caso concreto, a obrigatória adoção de “um mínimo aceitável de eficiência”, de forma que “tanto o resultado deve ser razoável, como o sacrifício não pode ser desarrazoado”.

Como resume José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 273),

[...] o dever de razoabilidade, objeto de princípios constitucional autônomo, dado sua natureza instrumental, é que vai operacionalizar o controle do atendimento da eficiência administrativa, em suas dimensões estruturais e funcionais, sintetizadas, por Emerson Gabardo, como obrigação de “realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da atividade, evitando-se gastos além dos necessários, dentro da adequada estrutura institucional”.

Alexandre de Moraes (2001, p. 33) contribui à discussão da relação estabelecida entre a razoabilidade e a eficiência:

Ressalta-se a interligação do *princípio da eficiência* com os princípios da razoabilidade e da moralidade, pois o administrador deve utilizar-se de critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária e, como salientado por Diogo de Figueiredo, deve-se considerar como imoralidade administrativa a ineficiência grosseira da ação administrativa pública.

O mesmo autor, mais adiante (p. 41), acrescenta ser importante salientar que a introdução do princípio da eficiência “pretende solucionar, principalmente, o clássico defeito da administração pública na prestação dos serviços públicos e do Poder Judiciário em analisar e fiscalizar a eficiência da administração”.

Sandra Pires Barbosa (2001, p. 206-207) afirma:

Convém ressaltar, finalmente, que o princípio da eficiência, além de extremamente vinculado ao princípio da legalidade, como destacado, está intrinsecamente relacionado também aos princípios da razoabilidade e da moralidade. **Ao da razoabilidade porque o administrador deverá dotar critérios razoáveis por ocasião de sua atividade discricionária, evitando, dessa forma, cometer abusos;** ao da moralidade porque a imoralidade administrativa é, em si, um ato que representa ineficiência grosseira. (grifo nosso).

Wallace Paiva Martins Júnior contribui, igualmente, a respeito da relação entre a eficiência e a razoabilidade ([1998]):

O princípio da eficiência comunga os propósitos do princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade), na medida em que este contribui para a escolha da solução mais adequada ao interesse público, de modo a satisfazer plenamente a demanda social. A Administração Pública deve empregar meios idôneos e adequados ao fim pretendido, não mais, nem menos.

[...]

A eficiência não é um critério subjetivo ou pessoal que inviabilize o exercício de um juízo de valor sobre a demanda social, o meio ofertado ou empregado, e a relação de adequação entre ambos, tendo condições de inserir um controle de razoabilidade da atividade administrativa com maior campo de abrangência. Pelo contrário, o princípio da eficiência adquire importância quando se apresenta como uma ferramenta para aferir a validade jurídica da atividade administrativa, notadamente a discricionária, sob esse aspecto, fornecendo critérios para medição da adequação da conduta à necessidade social reclamada. [...]

Terá, pois, o princípio da eficiência o papel de novo ingrediente na fórmula da atividade administrativa no campo discricionário, justamente para aquilatar se a administração pública deve agir e, sobretudo, se agiu da maneira juridicamente adequada. Significa uma revitalização da discricionariedade administrativa. A eficiência é encarada como um parâmetro de medição da juridicidade da conduta administrativa pela adequação entre meios e fins, de modo que a decisão discricionária poderá ser invalidada (ou confirmada sua validade) no controle judiciário sob esse prisma.

Para Emerson Gabardo (2002, p. 133), é exatamente por intermédio do “dever de boa administração que são ligados de forma íntima a eficiência, a moralidade e a razoabilidade”, constituindo estas as “três características básicas da boa gestão da *res pública*” (p. 134).

Ensina Emerson Gabardo, mais adiante (2002, p. 135):

Como já explanado, o princípio da eficiência ultrapassa os limites do princípio da razoabilidade na medida em que implica uma maior exigência, decorrente do cumprimento do princípio da finalidade, que impõe não somente uma atuação suficiente (razoável/racional), mas sim ótima (a melhor possível). Ou seja, entre duas opções que observem o princípio da razoabilidade, deve o administrador optar pela mais eficiente.

Não podemos deixar de mencionar, que a administração pública, em geral, já demonstra uma enorme resistência para a aplicação isolada dos princípios da razoabilidade e da eficiência. De tal modo, as dificuldades diante de uma proposta de leitura conjunta de ambos serão certamente multiplicadas. A obrigação de respeito à eficiência e à razoabilidade é própria de regimes efetivamente democráticos, em que haja um padrão ético mínimo a informar a conduta dos exercentes de cargos públicos.

Nossos administradores públicos, em sua maioria, deixando de lado a cínica retórica social por eles adotada, não percebem que o objeto primordial da administração pública é a promoção do bem comum à sociedade, não importando a titularidade de determinado cargo público – por concurso, nomeação ou eleição – em autorização para uso pessoal da parcela do poder estatal por eles exercida.

A razoabilidade e a eficiência são exigências de um real e efetivo Estado Democrático de Direito. Cabe aos tribunais de contas, prioritariamente, e ao Poder Judiciário, em segundo lugar, sem a indevida invasão do espaço de discricionariedade administrativa – que, ressalta-se, não foi reduzido, mas condicionado pelos princípios em comento – impor aos administradores público a observância, em suas ações, de uma razoável eficiência.

Podemos, por fim, apontar que a relação entre razoabilidade e eficiência se estabelece na medida em que o administrador público realiza um racional e otimizado uso dos meios disponíveis, visando alcançar a maior satisfatoriedade possível quanto aos resultados da ação estatal realizada.

CONCLUSÕES

O Brasil, assim como um grande número de outros países periféricos, tem enfrentado, nas últimas décadas, uma perversa realidade, em que os recursos financeiros disponibilizados para o atendimento de necessidades públicas, mesmo essenciais, estão cada vez mais reduzidos, diante de uma complexa realidade de crescentes demandas sociais.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, apontando a impossibilidade de ser mantido o modelo administrativo nacional - alegadamente burocrático e inviabilizador de uma eficiente prestação de serviços públicos - serviu como fundamento retórico de uma "reforma administrativa", a qual tinha como justificativa a introdução de um novo modelo de administração pública - gerencial -, adaptado à nova realidade de um mundo em acelerada globalização, permitindo o estabelecimento de parâmetros de controle da atividade estatal, principalmente a eficiência administrativa. Consoante o discurso governamental, as parcerias entre os setores público e privado seriam essenciais para a gestão ou o financiamento de projetos de desenvolvimento científicos e tecnológicos, permitindo agregar, na administração pública, modelos de gestão empresarial, assegurando o incremento da qualidade e eficiência dos serviços públicos, os quais passariam a ser geridos, em determinados casos, por entes privados, mantendo, o Estado, no entanto, o seu papel de controlador e fiscalizador.

O Plano Diretor (1996, p. 52-53), ainda, propôs uma nova repartição das atividades administrativas de responsabilidade do Estado, das três tradicionalmente aceitas pela doutrina - serviços administrativos; serviços comerciais e industriais; e, serviços sociais do Estado - para quatro - núcleo estratégico; atividades exclusivas; serviços não-exclusivos; e, produção de bens e serviços para o mercado -, envolvendo a terceira atividade - serviços não-exclusivos -, em especial, tarefas envolvendo direitos humanos fundamentais, como os da educação, saúde e assistência social. A intenção manifesta do Plano Diretor era de que esses serviços fossem transferidos para organizações públicas não-estatais e privadas, as denominadas "organizações sociais", num processo

que foi apelidado de “publicização”, sendo que o Estado subsidiaria a prestação desses serviços, tendo, como argumento fundamental, a maior eficiência destas.

Em que pese a regulamentação das organizações sociais, através da Lei Federal n.º 9.637/98, não houve a implementação concreta dessa sistemática, mas, indevidamente, a partir da crença estabelecida de uma maior eficiência inata das entidades públicas não-estatais, a adoção, pelos administradores públicos, da prática de, imotivada e asistematicamente, formar parcerias com organizações não-governamentais, visando a prestação direta e remunerada, por estas, de serviços públicos, sem, no entanto, o estabelecimento de mecanismos eficazes de controle.

A prestação de serviços públicos à coletividade constitui uma responsabilidade fundamental da administração pública, no seu papel de proporcionar os meios essenciais para o cumprimento dos objetivos fundamentais traçados no artigo 3º da Constituição, os quais modelam o perfil de execução dos serviços públicos, sendo que as parcerias públicas, obviamente, não podem estar afastadas destes ideais.

Infelizmente, como alerta Emerson Gabardo, (2002, p. 69) o princípio da eficiência foi utilizado, pelo poder público, como “instrumento de legitimação da desestatização”, aduzindo que a ineficiência do poder público serviu como “sustentáculo retórico da flexibilização do regime administrativo, notadamente através da política de desestatização” (2002, p. 69), a qual visava, fundamentalmente, a “obtenção de fundos para o financiamento do déficit fiscal e incrementação da participação do capital estrangeiro na ordem econômica nacional” (2002, p. 69). Criou-se, assim, diante da “retórica do sistema de gerência por resultados”, como denunciou Gabardo, o mito de que “a privatização é requisito de eficiência” (2002, p. 69). Maria Clara Di Pierro (2001), analisa esse cenário denunciando que a degradação da noção de serviço público produziu uma “ambiência cultural favorável para a produção do consenso” em torno do referido mito da eficácia das organizações da sociedade civil.

O próprio Plano Diretor reconhece - expressamente - que a maior eficiência das organizações da sociedade civil, em relação ao poder público,

constitui uma premissa, não esclarecendo a natureza específica do silogismo empregado. O equívoco do Plano Diretor foi o de não esclarecer o fato de se tratar de mero silogismo dialético – fundado em uma argumentação construída a partir de enunciados meramente prováveis, possíveis ou contingentes, podendo ser refutados a qualquer momento, gerando, portanto, conclusões apenas verossímeis – e não de um silogismo analítico ou apodítico, no qual a refutação não é possível, por envolver proposições universais e necessárias, produzindo, assim, conclusões necessariamente evidentes. E nem cogitamos acusar de se tratar de um silogismo erístico (propositalmente falacioso).

Diante disso, o que era mera premissa se transformou em uma verdade absoluta para a quase unanimidade dos administradores públicos brasileiros, transbordando seus efeitos para o campo das parcerias firmadas pelo poder público com as organizações não-governamentais, para a prestação de serviços públicos. Como conseqüência, houve a infringência a princípios constitucionais informadores do direito administrativo, especialmente os princípios da motivação e da eficiência (que deve ser sempre motivada). Importante ressaltar que a eficiência é o único motivo apto a permitir que o Poder Público transfira à sociedade civil, legitimamente, a execução de serviços públicos.

A compreensão sobre a natureza “eficientista” ou não das organizações não-governamentais foi, de tal modo, contaminada, sendo estabelecido o mito de uma maior capacidade inata – ôntica -, o qual não encontra suporte na realidade concreta dessas entidades, nem em uma leitura contemporânea dos princípios administrativos.

A prática administrativa nacional demonstra que os administradores públicos adotaram a lógica da eficiência inata das organizações não-governamentais, não realizando o necessário e prévio questionamento se esse elemento essencial estava ou não presente. As distorções e denúncias que atualmente povoam os meios de comunicação, apontando graves desvios na escolha de entidades e no controle dos recursos concedidos, demonstram o quanto o procedimento adotado está equivocado.

O grande problema se dá na resistência à quebra do paradigma da dita eficiência ôntica das organizações não-governamentais, cuja superação não importa na impossibilidade de a administração pública continuar a se utilizar dessa sistemática. O administrador público, no entanto, deverá, sob pena de responsabilidade pessoal, diante de cada caso concreto, verificar as reais necessidades públicas a ser atendidas, fundamentando qual entidade detém – por critérios tecnicamente estabelecidos – a capacidade técnica, humana e operacional suficiente a superar a do Poder Público. Além do mais, a eficiência, salvo em situações excepcionais, devidamente motivação, não pode justificar a ausência de competente procedimento licitatório para a seleção da organização não-governamental.

É necessário que não esqueçamos que a mera superação do paradigma da eficiência inata não representa, para a grande maioria dos administradores públicos atuais, qualquer diferença, tendo em vista que a nossa administração pública é pautada por outro paradigma, de influência ainda mais relevante, qual seja, o paradigma do positivismo-normativista. Quando se discute a questão do falacioso paradigma da eficiência ôntica das organizações não-governamentais, chegamos a duas possibilidades concretas. Em primeiro lugar, os administradores públicos, conscientemente, reconhecendo a existência da falácia argumentativa referida, optam por adotá-la como verdadeira, como um silogismo apodítico, defendendo, cinicamente, essa mistificação. Ou, em segundo lugar, os administradores públicos aderem, inconscientemente, por um processo identificatório, aos argumentos do Plano Diretor, e passam a acreditar, verdadeiramente, no já mencionado mito da eficiência inata.

O modelo de ensino superior brasileiro, ainda eminentemente positivista, dá origem a um ambiente cultural acrítico que possibilita a formação de sucessivas gerações de profissionais do direito carentes de uma experiência crítica em relação ao conhecimento recebido, sendo incapazes de perceber, em toda sua complexidade, a realidade social que os envolve e suas constantes mutações, tornando improvável, quando não impossível, a produção de soluções

jurídicas que sejam efetivamente compatíveis com a principiologia estabelecida pela Constituição Federal, bem como à realidade social em que serão aplicadas.

Luís Alberto Warat desmascara de forma brilhante o papel ideológico da argumentação jurídica - enquanto mecanismo de convencimento - de produtor de representações verossimilhantes, aptas, em uma sociedade pautada pelo espetáculo, a produzir - agregando-se as lições de Sloterdijk e Žižek - identificações imaginárias ao discurso oficial, o qual, no caso concreto, é o da eficiência ôntica das organizações não-governamentais. Tão-somente uma visão crítica do discurso estatal, fundamentada em uma leitura atualizada da principiologia administrativo-constitucional, permite superar esse processo identificatório.

Para demonstrar como estamos influenciados pelo paradigma da eficiência ôntica das organizações não-governamentais, basta perceber que, diante das crescentes denúncias envolvendo desvios de verbas ou aplicação incompetente dos recursos públicos recebidos por estas entidades, o primeiro pensamento que temos se volta, eventualmente, para a necessidade de aumentar as formas de controle sobre elas, mas dificilmente nos questionamos se essas entidades possuíam, verdadeiramente, o requisito essencial de eficiência, condição de possibilidade do processo de formação de parcerias com tal objetivo. Ou seja, não questionamos a eficiência das organizações não-governamentais, como se este fosse um atributo inafastável. Quando ocorre alguma denúncia, questionamos a seriedade de algum dirigente, o qual, subvertendo a natureza dessas entidades, teria praticado atos incompatíveis com a função pública assumida. Esse é o efeito do paradigma "mitológico": podemos até nos questionar quanto aos mecanismos de controle da eficiência, no seu aspecto *a posteriori*, no entanto, dificilmente conseguimos alcançar a cognição necessária a permitir vislumbrar que a eficiência constitui um pressuposto apriorístico da constituição de parcerias, pelo poder público, com organizações não-governamentais. Sem a eficiência, não há como transferir o serviço; sem a eficiência, o Estado não pode abrir mão de prestar, ele próprio, serviços públicos

O mais grave é que essa dúplici possibilidade - se real ou irreal o mito apontado - importa em conseqüências diametralmente opostas, do ponto de vista do correto agir do administrador público. Se real o mito, as organizações não-governamentais serão sempre mais eficientes que o próprio poder público e, portanto, não há opção administrativa, tendo em vista que o administrador público está “vinculado” à obrigação de dar a melhor resposta razoável e proporcionalmente possível às demandas da sociedade.

Surge, aqui, um paradoxo, qual seja o de que o titular natural da obrigação pela prestação de serviços públicos é o “pior prestador”. Como o administrador público está, hoje, adstrito, entre outros, ao princípio da eficiência, deveria, necessariamente, sempre transferir ao ente privado a execução dos já mencionados serviços públicos. Caso se acredite no mito da eficiência ôntico - o qual repelimos, veementemente - cria-se a hipótese absurda em que o próprio titular da prestação de serviços públicos estaria vedado de prestá-los diretamente. Nesta situação, para que o poder público pudesse prestar qualquer serviço, diretamente, teria de demonstrar sua maior eficiência. Ou seja, haveria uma inversão da lógica natural de que é o Estado, por princípio, o responsável pelo atendimento das necessidades fundamentais da sociedade.

Por outro lado, se irreal o mito, as organizações não-governamentais podem ou não ser mais eficientes que a administração pública na prestação de serviços públicos, de forma que se demonstra imprescindível que, diante de cada caso concreto, seja cotejada a qualificação e a capacidade técnicas, tanto da entidade privada, com do ente público, de forma a permitir uma deliberação consciente e coerente, no sentido de ser escolhido o mais “eficiente”. Se o poder público é, por definição, o titular da obrigação quanto à prestação de serviços públicos, somente com a comprovação de sua menor eficiência é que será admissível, do ponto de vista administrativo-constitucional, a formação de parceria, visando a execução de serviço público por organização não-governamental.

Como diversos autores têm veementemente ressaltado, atualmente, o exercício do poder discricionário, especialmente nas hipóteses envolvendo a

necessidade de concretização de normas contendo conceitos indeterminados, demandam, em maior medida, uma motivação plena e suficiente a demonstrar que a ação estatal realizada era idônea, necessária e conveniente.

Uma hermenêutica constitucional pós-positivista, aplicada ao direito administrativo, superou, felizmente, o tradicional e equivocado paradigma da insindicabilidade dos atos administrativos discricionários, em que o mérito administrativo, ou seja, os critérios de oportunidade e conveniência do administrador público jamais poderia ser objeto de exame por parte do Poder Judiciário. Infelizmente, tendo em vista a força auto-replicadora do paradigma positivista-normativista, vemos, ainda hoje, que algumas modernas compreensões teóricas do direito administrativo continuam a sustentar a impossibilidade quanto à “apreciação judicial de uma imensa gama de atos administrativos”, como denuncia Germana de Oliveira Moraes (apud GABARDO, 2002, p. 128). Acrescenta Gabardo (2002, p. 128) que “a inclusão expressa do princípio da eficiência, vem, no bojo de uma hermenêutica mais adequada, ultrapassar as barreiras da impossibilidade de sindicabilidade total dos atos administrativos” discricionários.

Ribeiro Lopes (1993, p. 45-51), com propriedade, infere que “a história da discricionariedade administrativa é a história de sua contenção em nome de um conceito de maior responsabilidade e de um sistema mais efetivo de controle da Administração Pública”. Para o autor, o poder discricionário é baseado, sobretudo, em critérios de mérito (oportunidade, conveniência, justiça, igualdade) a serem examinados pelo agente público - “segundo critérios consistentes de razoabilidade” -, visto que não previamente definidos pelo legislador, sendo indispensável, para a adequação ética do ato, que a solução adotada seja válida perante o direito, pois a ilegalidade afasta, de imediato, a discricionariedade.

Considerando-se que onde há discricionariedade, há vinculação e vice-versa, um ato puramente discricionário não seria um ato jurídico, mas apenas politicamente editado, demonstrando-se, assim, a impossibilidade tanto da vinculação total, quanto da absoluta discricionariedade, o qual ultrapassaria o

âmbito de validade das normas jurídico-positivas. A discricionariedade deve ser, necessariamente, adstrita a determinados balizamentos, sob pena de o arbítrio administrativo se converter em arbitrariedade, além disso, a inexistência de limites entraria em contradição em face do princípio constitucional da universalidade da jurisdição.

Rosimeire Leite (2001, p. 261) afirmou com veemência, que a Administração Pública “tornou-se refúgio de práticas inescrupulosas, completamente distanciadas do interesse coletivo e o serviço público passou a se identificar com a ineficiência, a burocracia e a lentidão”, com impressionante descaso pelas necessidades urgentes da coletividade. Hoje, felizmente, como acentua Onofre Alves Batista Júnior, “não existem comportamentos estatais invulneráveis ao controle da juridicidade; a própria oportunidade e conveniência não mais ficam imunes a um controle da juridicidade administrativa”.

Pois bem, o administrador público, em um Estado Democrático de Direito, jamais pode adotar uma conduta absolutista, no seu sentido despótico, mas um agir voltado ao benefício da coletividade. Existe, evidentemente, uma grande margem de possibilidades para a definição das ações estatais, de forma que a seleção, em concreto, exige um cuidadoso exame dos fatores envolvidos, bem como uma minuciosa observação dos princípios administrativo-constitucionais porventura envolvidos. A percepção da força instituinte dos princípios constitucionais e a superação das limitações impostas por um paradigma positivista vinculado ao domínio insuficiente das regras são fundamentais para que a construção da discricionariedade administrativa, em concreto, não seja viciada desde o seu nascedouro.

Ronald Dworkin (2002, p. 127) contribuiu imensamente para a hermenêutica do pós-positivismo, ao propor a retomada da força normativa dos princípios de direito e seu significado no ordenamento jurídico, aduzindo não ser adequada, como solução hermenêutica, a simples subsunção da regra jurídica ao caso concreto, possuindo o aplicador do direito o poder discricionário para decidir, em concreto, a problemática apresentada, elegendo,

dentre as diversas possibilidades de interpretação da norma, a mais correta, justa, de forma que este não cria direito novo a ser aplicado ao caso concreto, competindo-lhe a obrigação de estabelecer os direitos dos interessados, mesmo que ainda não positivados no ordenamento jurídico, por intermédio de uma norma que possibilite tal aplicação, não estabelecendo jamais, como já afirmado, um novo elemento de legislação. Para ele, a motivação do ato administrativo acarreta na redução da insegurança e da incerteza das razões adotadas pelo administrador público em seu decidir, negando a possibilidade de um atuar discricionário do aplicador do direito e, por consequência, dos atos discricionários em geral, visto que o modelo por ele proposto de uma única resposta correta evita a concessão de qualquer liberdade ao administrador público.

Evidencia-se, de tal modo, que, num Estado Democrático de Direito, a atividade estatal jamais pode ser concebida como irrestritamente livre, mesmo nas hipóteses em que a Constituição ou o ordenamento positivado estabelecem certa margem aberta de discricionariedade, estando o administrador público sempre vinculado à proibição de excesso (arbitrariedade) e à proporcionalidade. O postulado da proporcionalidade tem crescido de importância no Direito brasileiro, especialmente como instrumento de controle dos atos do Poder Público, sendo utilizado na ponderação entre o gravame ocasionado e a finalidade precípua do ato pretendido, no estabelecimento da proporção entre vantagens e desvantagens, sem, no entanto, limites ou critérios claros. Teria a proporcionalidade aplicabilidade em hipóteses em que se estabelece “uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”, não possuindo, portanto, aplicabilidade irrestrita, dependendo sempre de um “meio”, um “fim” e uma “relação de causalidade”. Em outras palavras, exige-se uma relação entre uma medida concreta e um resultado extrajurídico concreto ambicionado, sendo indispensável à determinação progressiva do fim para estruturar a aplicação do postulado.

É necessário que seja reconhecido, igualmente, que o princípio da razoabilidade exerce função preponderante no exame da correção das políticas

públicas, de forma que não pode ser ignorada sua importância dentro do presente estudo. A razoabilidade importa, conforme Celso Antônio, na percepção de o agir discricionário da administração pública obedecer a “critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”, de forma que “ninguém pode aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências *insensatas* que o Administrador queira tomar” (1993, p. 54). No âmbito da administração pública, como aponta Luís Roberto Barroso, esse exame deve levar em conta, igualmente, “os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, com a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça”, constituindo, assim, a razoabilidade, na “adequação de sentido que deve haver entre estes elementos”. Convém mencionar que o princípio da razoabilidade permite, efetivamente, o estabelecimento de um critério aferidor da regularidade da atuação administrativa, tanto na hipótese dos atos discricionários, mas igualmente na dos atos vinculados (MEIRELLES, 2003, p. 91).

Propõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a observância, no âmbito do direito administrativo de um princípio da realidade, pautado por uma estrita vinculação entre o real (ou o realizável) e a motivação apresentada ao ato administrativo, como requisito essencial de sua validade, cujo exame deveria ser realizado ao largo do princípio da razoabilidade (2002b, p. 53-55). No caso, a eficiência das organizações não-governamentais não é uma realidade concreta, mas uma presunção relativa. Assim, em cada caso em que o poder público abre mão de prestar diretamente determinado serviço público, deve haver uma fundamentação, baseada em dados concretos, demonstrando que aquela entidade escolhida - em regra, pela via da licitação - possui as condições necessárias para atender, com maior eficiência o interesse público relevante. Não basta a mera alegação, pois a eficiência dessas entidades é apenas uma presunção. Os critérios de delegação e as condições reais da entidade devem ser explicitadas, de forma a conduzir à conclusão da maior conveniência da conduta

proposta. Quando não ocorrer essa demonstração, há violação ao princípio da realidade.

Diante do ato praticado no exercício do poder discricionário, ou seja, em havendo liberdade de escolha do atuar administrativo, o administrador público deve, na motivação de sua decisão, expor as razões para a sua escolha, demonstrando ser esta a mais razoável e adequada às características do fato concretamente observado, gerando a maior eficiência possível, permitindo, assim, o controle desses atos, tanto pelos sistemas de controle interno e externo como pelo Poder Judiciário.

A atividade do administrador público, enquanto aplicador do Direito, não consiste mais na simples tarefa de “enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada”, através da qual “se procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado” (MAXIMILIANO, 2001, p. 5) – atos seriam meramente legais ou ilegais -, passando a adotar, conforme a moderna hermenêutica, critérios sintonizados com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma que os atos devem ser igualmente razoáveis e adequados, podendo ser juridicamente invalidáveis.

Podemos apontar, assim, que uma das mais importantes conquistas da modernidade, em sua superação do absolutismo, foi o estabelecimento da obrigação de motivação, inicialmente nas sentenças e atos judiciais, tendo sido esse princípio, ao longo do tempo, transportado para o campo da administração pública. No absolutismo, a vontade pessoal do soberano alcançava patamar de lei; atualmente, o que impera, é a vontade das normas. Abandonamos a imperatividade da vontade pessoal do rei e optamos pela vontade impessoal – teoricamente – da lei, conferindo duas garantias fundamentais aos cidadãos, sustentáculos do denominado Estado de Direito: a igualdade de todos perante a lei (CF/88, art. 5º, *caput*) e a submissão de todos somente à lei (CF/88, art. 5º, II). Assim, a idéia de uma motivação dos atos administrativos tornou-se, hoje, uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental, na medida em que a vontade individual livre do administrador não é mais admissível, devendo ser contida e condicionada pela vontade da lei. De tal modo, a validade e a

obrigatoriedade de um determinado ato praticado por um agente administrativo não encontra suporte na autoridade em que se encontra investido, mas em sua conformidade com os ditames estabelecidos pela legalidade. Consoante tal princípio, todo ato administrativo necessita de um pressuposto de fato – um motivo – que lhe confere legitimidade e, finalisticamente, determina o rumo e o conteúdo da decisão administrativa proferida, permitindo, assim, sua sindicabilidade, tendo em vista a necessidade de haver um nexo causal direto entre o motivo, ou seja, a razão concreta da ação administrativa e o serviço efetivamente prestado. É exatamente pelo exame da motivação do ato administrativo, em confronto com o resultado da ação administrativa, que será concebível a realização do controle de sua legalidade, onde os requisitos essenciais da proporcionalidade e da razoabilidade serão verificados, visto que condicionantes do poder administrativo, como leciona Caio Tácito. Segundo ele, o “conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam *razoáveis* e o objetivo do ato *proporcional* à finalidade declarada ou implícita na regra de competência” (1996, p. 4).

A verificação da razoabilidade, enquanto adequação jurídica estabelecida logicamente entre o motivo e o objeto do ato administrativo, com fins ao atendimento de uma necessidade pública, demanda, inafastavelmente, a apresentação, pelo administrador público, da sua motivação, a qual não se limita mais à mera exposição dos pressupostos de fato e de direito, devendo, hoje, conter “os elementos indispensáveis para o controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade”, permitindo, assim, a verificação “se o ato decorre da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra da proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins” (DI PIETRO, 2001, p. 207). Acrescenta José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 277), que é exatamente na fundamentação que o agente público deve “demonstrar exteriormente a razoabilidade da atividade administrativa” (p. 279), não sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências de uma moderna leitura dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo, a mera alegação, pelo autor

do ato praticado, que sua ação foi razoável. Diante de tal assertiva, seria possível cogitar, como o faz o autor, da “razoabilidade da motivação” (p. 280) - além da “motivação da razoabilidade” - onde seria possível a efetiva verificação dos requisitos básicos da motivação, quais sejam a suficiência, a clareza e a congruência. Assim, para determinar “o grau de insuficiência, obscuridade e incongruência apto a revelar o vício invalidante da motivação recorrerá o aplicador do Direito a um juízo de razoabilidade, preso às circunstâncias de caso a caso” (p. 281).

E como afirmado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002b, p. 53), o direito público, “tem, na inveracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade”. A inveracidade pode ser afastada pela motivação, através da qual o administrador público, antes de decidir por adotar qualquer ação estatal, relatará o motivo de fato e de direito que justifica seu pretendido agir. Se inexistir motivação, não há como ser atendido o princípio da realidade. A impossibilidade, por sua vez, é igualmente atacada por intermédio da motivação, momento em que o agente do Estado pondera qual o meio que proporcionará, de modo mais razoável e proporcional, o melhor atendimento da necessidade pública constatada. Neste caso, novamente, é a motivação que permitirá a verificação da eficiência planejada pelo poder público, critério que hoje se entende fundamental em qualquer forma de atividade estatal, ainda mais diante de uma realidade nacional de reduzidos recursos financeiros disponíveis e uma assustadora demanda reprimida de serviços públicos de qualidade. Como bem leciona Diogo de Figueiredo, a *“lei não se cumprirá se não houver um mínimo de pertinência razoável entre oportunidade e conveniência, de um lado e a finalidade, de outro”* (2002b, p. 57, grifo do autor).

O Plano Diretor é expresso quanto à sua preocupação de que somente a superação do paradigma de uma administração pública burocrática permitirá uma ampla reforma do Estado, conferindo o substrato necessário a que os futuros administradores públicos possam incrementar a qualidade das relações estabelecidas entre o Estado e a sociedade. A eficiência administrativa, como relata Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e Silva (2001, p. 51), está lá definida

como sendo “a busca de uma relação ótima entre qualidade e custo dos serviços colocados à disposição do público”. Vale mencionar, diante desse comentário, o extraordinário papel que um real e efetivo controle da eficiência administrativa pode desempenhar no controle da corrupção no seio da administração pública e na redução do desperdício de recursos públicos e ações ineficazes. Basta que a compreensão prática de eficiência não seja limitada apenas ao mero controle dos servidores públicos, hipótese que tornaria “ineficiente” o próprio princípio da eficiência instituído pela Emenda Constitucional n.º 19/98.

José Eduardo Martins Cardozo (apud SILVA, C., 2001, p. 53) propõe uma leitura da eficiência diante do inciso IV do artigo 3º da Constituição, ou seja, a partir do objetivo fundamental da República de promover o bem comum de todos. Assim, conforme o autor, somente se deveria entender por “eficiente a conduta da Administração Pública quando, em todas as dimensões possíveis apresentadas no plano de nossa realidade, estiver voltada para a satisfação do valor maior expresso pela idéia de o ‘bem de todos’”.

Como temos alertado neste estudo, a eficiência não se constitui tão-somente em um *a posteriori* (em concreto), mas – no que consideramos muito mais importante – em um *a priori* (em abstrato), de forma que o controle da eficiência se inicia obrigatoriamente antes da efetivação do ato administrativo, sendo elemento essencial do processo mental de determinação de alternativas pelo administrador público. E mais ainda, no que percebe Ruy Espíndola, somente podem ser instituídas como alternativas aquelas que, a partir de um exame técnico, sejam condições de possibilidades de resultados eficientes.

Importante ressaltar que a visão que defendemos da eficiência não a limita a um *a posteriori*, ou seja, a um elemento a ser observado, quantificado e analisado em momento posterior à prática do ato estatal. Por tal motivo, os administradores públicos em geral entendem a eficiência apenas como um controle do realizado, quando, em verdade, sua esfera de abrangência é muito mais ampla, constituindo, igualmente, um *a priori* do ato administrativo, tendo em vista não ser razoável ao agente público, em sua motivação, especialmente nos atos discricionários, deixar de fundamentar que a atuação escolhida é aquela

que detém, onticamente, as características que, com maior certeza - ou probabilidade - possam atender, da melhor forma, a necessidade pública observada. Propomos, assim, a eficiência não apenas como um elemento de controle - alheio à formação do ato administrativo -, mas como um dos requisitos volitivos que devem ser levados em consideração na tomada de decisão. Por exemplo, entre duas respostas estatais possíveis, será legítima aquela que, com menor custo e maior qualidade, tiver a maior potencialidade de alcançar o resultado pretendido.

A eficiência seria o grau de satisfatoriedade finalística do agir estatal diante dos aspectos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, não sendo suficiente que os meios sejam simplesmente adequados, na medida em que, mesmo adequados, podem os meios ser menos intensos, piores e menos certos quanto ao resultado, o que importa em violação ao princípio da eficiência. “O dever de eficiência, traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim” (ÁVILA, 2004, p. 430).

Não se pode deixar de ressaltar que a eficiência administrativa deve ocorrer em quatro momentos distintos. O primeiro momento é o da constatação e verificação das necessidades públicas que urgem uma atuação estatal. O aparelho do Estado deve ser eficiente no sentido de conseguir verificar, com certeza e presteza, o que deve ser realizado pelo poder público, especialmente as necessidades mais prementes, levando-se em conta a impossibilidade de atendimento da universalidade das demandas públicas. O segundo momento é o da definição de qual o agir estatal correto e adequado ao atendimento da demanda pública eficientemente constatada. Não é qualquer resposta do poder público que representa um agir eficiente, uma vez que uma resposta açodada e tecnicamente incorreta pode, ao contrário, agravar a situação verificada. É neste segundo momento que devem ser definidas as prioridades e as metas do serviço público envolvido. O terceiro momento é o da seleção de uma organização social que possua, verdadeiramente, a necessária capacidade técnica para, de forma

eficiente, prestar serviços públicos. Em regra, a seleção da organização social deve decorrer de competente procedimento licitatório - e não da escolha isolada e exclusiva do administrador público -, no qual os critérios de pontuação sejam os critérios de eficiência exigidos. O quarto momento, por fim, pertinente à realização de um controle eficiente dos serviços prestados, não devendo se limitar os órgãos estatais de controle à mera verificação formal das prestações de contas apresentadas, as quais, via de regra, apresenta gritantes incongruências.

Vê-se, assim, que a eficiência possui, ao menos, quatro facetas que devem ser sucessivamente observadas, sendo que a prática atual da administração é, de forma meramente formal, observar tão-somente o aspecto do controle dos serviços prestados. A conduta administrativa jamais pode estar afastada, ainda, de uma coerente racionalidade - ou seja, de uma utilização razoável e proporcional dos meios disponíveis, visando o atingimento do objetivo socialmente demandado -, cuja ausência pode inquiná-la com o vício da antijuridicidade, impondo sua anulação. Nossos administradores públicos, em sua maioria, vinculados à cínica retórica social por eles adotada, não percebem que o objeto primordial da administração pública é a promoção do bem comum à sociedade.

Pedindo emprestado a expressão cunhada por Fábio Medina Osório (1999, p. 62), necessitamos, realmente, estabelecer, em nosso país, uma “cultura político-administrativa democrática”, que esteja efetivamente conectada a uma doutrina constitucionalizante da administração pública, apta a estabelecer um novo paradigma na condução da coisa pública.

De tal modo, não há como subsistir, na atualidade, a arraigada prática da administração pública brasileira de não motivar as decisões pertinentes à formação de parcerias entre o poder público e organizações não-governamentais, visando a execução direta e remunerada de serviços públicos, na medida em que tal procedimento demanda o reconhecimento técnico, individual e expresso de que o parceiro privado apresenta condições concretas de prestar tais serviços de forma mais eficiente.

A inexistência da motivação quanto à maior eficiência apriorística do parceiro privado, importa em necessária invalidade do ato administrativo praticado. Além do mais, consoante a doutrina hoje estabelecida a respeito da correta interpretação dos princípios administrativos contidos expressa e implicitamente na Constituição, não é viável o entendimento de que, na espécie, estaria envolvida situação de discricionariedade pura, na medida em que já de longa data se refuta a possibilidade de sua invocação. E não convence, ainda, a alegação quanto a uma eventual eficiência inata das organizações não-governamentais, constituindo tal argumento em mero silogismo erístico, para dizer o menos, quando não uma tentativa expressa de – consoante nossos reiterados hábitos no trato da coisa pública – violar os limites da legalidade administrativa.

Alguns, levemente, influenciados por uma visão eminentemente positivista, podem suscitar a disposição do inciso XIII do artigo 24 da Lei Federal n.º 8.666/93 (Lei Federal de Licitações) como uma abertura do sistema, na medida em que é possível a contratação, por dispensa de licitação, de “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional”. Acontece que, além de todos os argumentos principiológicos apresentados, o inciso II do parágrafo único do artigo 26 desse mesmo diploma legal estabelece, por sua vez, expressamente, que os processos tanto de dispensa como de inexigibilidade de licitação deverão ser instruídos com a “razão da escolha do fornecedor ou executante”. Ou seja, não há abertura do sistema, mas uma imposição direta deste no sentido de que exista a evidenciação da razão da escolha, razão essa que se consubstancia no atendimento do princípio da motivação, onde será demonstrado que o escolhido possui as condições necessárias ao atendimento da necessidade existente, estando a verificação da maior eficiência entre os pressupostos obrigatoriamente analisados.

Podemos trabalhar com inúmeros exemplos práticos, sendo que, em todos os casos possíveis, não será admissível, do ponto de vista técnico e do

atendimento dos princípios da Constituição, a omissão quanto ao exame da eficiência, estando esta devidamente expressa (motivação).

Em síntese, respondendo o problema de pesquisa suscitado no início do presente estudo, diante de uma hermenêutica calcada numa visão pós-positivista da Constituição, a efetivação de parcerias entre o poder público e organizações não-governamentais, objetivando a execução direta e remunerada de serviços públicos, por estas, somente poderá ocorrer se o administrador público apresentar, prévia ou contemporaneamente, através de motivação expressa, uma justificativa que demonstre, tecnicamente, qual a necessidade pública a ser atendida, bem como o motivo pelo qual o parceiro privado pretendido apresenta maiores condições para prestar, com ganhos de eficiência e qualidade – além de menor custo – determinado serviço à coletividade.

Na introdução deste estudo foi mencionada reportagem do jornal Zero Hora (ETCHICHURY; WAGNER, 13 out. 2006, p. 4) em que, entre outros problemas, era apontada a ausência de quantificação de metas e de indicadores de desempenho nos contratos de gestão, atinentes ao Programa Saúde da Família (PSF), firmados por prefeituras com organizações não-governamentais, o que impossibilitaria a avaliação dos resultados alcançados, bem como a concretização de uma fiscalização real e efetiva. Pois bem, a escolha de determinada organização não-governamental exige, diante dos princípios da realidade e da eficiência, que a municipalidade, em manifestação escrita – conforme o princípio da motivação –, baseada em requisitos técnicos estabelecidos, conclua que aquela determinada entidade detém, diante dos requisitos técnicos necessários à realização das atividades próprias do Programa Saúde da Família, condições de prestar, com maior eficiência do que o poder público municipal, aqueles serviços objeto de conveniamente firmado com a União. Essa é a eficiência apriorística, a ser verificada antes do estabelecimento de qualquer compromisso entre o ente público e o parceiro privado. Se inexistir motivação, ou se esta foi falha ou incompleta, houve, na hipótese, violação ao princípio da eficiência no seu aspecto *a priori*. Por outro lado, se não houve previsão de indicadores e metas, impossibilitando o controle real dos serviços

prestado, além de infringência apriorística, ocorreu, igualmente, violação à eficiência em seu aspecto *a posteriori*.

Não há dúvida de que o tratamento correto, do ponto de vista administrativo-constitucional, é a impugnação das contas dos administradores públicos responsáveis, aplicando sobre eles as demais cominações legalmente previstas. Não deve a punição recair apenas sobre os administradores das organizações não-governamentais parceiras.

Acrescenta Rosimeire Leite (2001, p. 262), no que concordamos plenamente, ser “imprescindível uma mudança de valores sociais e culturais, a fim de que os recursos da Administração possam ser utilizados de maneira equilibrada, sem desperdícios, sem favoritismos, como coisas públicas que são”.

Em suma, o presente, a partir do conhecimento já construído, procurou estabelecer uma visão pouco discutida a respeito do correto tratamento a ser observado diante da discricionariedade administrativa envolvida na formação de parcerias entre o poder público e as organizações não-governamentais, notadamente diante de uma leitura atualizada dos princípios da motivação e da eficiência, princípios os quais, se aponta, são solenemente esquecidos pelos administradores públicos quando diante da decisão de abrir mão ou não da prestação direta, pelo poder público, de tais serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Revista CEJ**, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n.º 7, p. 143-150, jan./abr. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARISTÓTELES, **Tópicos**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, janeiro/março de 1999, n.º 215.

_____. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo: Malheiros, 2003.

BALEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 4. ed., 1993.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 8. ed., 1996.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 10. ed., 1998a.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 12. ed., 2000.

_____. _____. São Paulo: Malheiros, 21. ed., 2006.

_____. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed., 1991.

_____. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998b.

_____. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

BARBOSA, Sandra Pires. Impacto da globalização sobre o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 2001, n. 224, p. 197-210.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br>>. Acesso em 05 nov. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERTELLI, Flávio Eustáquio. **Eu não falei?** [Buenos Aires]: fev. 2002. Disponível em: <<http://www.psicomundo.com>>. Acesso em 16 jun. 2004.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília: UNB, 1996.

_____. **Liberalismo e democracia**. 6. ed., 1ª reimp. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BORBA, Michele Brás. **As falácias não formais e a Teoria da Argumentação**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br>>. Acesso em 18 fev. 2004.

BORGES, José Souto Maior. Limites da Discricionariedade: Uma Introdução. **Revista do Instituto dos Advogados Pernambucano**, Pernambuco, v. 1, n. 1, p. 88, 1995.

BORTOLI, Adriano de. **A reforma do aparelho do Estado brasileiro**: entre a eficiência administrativa e a garantia dos direitos fundamentais. Nov. 2000. 213 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, nov. 2000.

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado; CARDOSO, Fernando Henrique. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: [s.N.], 1996.

BULOS, Uadi Lammêgo. Aspectos da reforma administrativa. **Revista CEJ**: Revista do Centro de Estudos Jurídicos, Brasília, n. 6, set./dez. 1998. Disponível em: <<http://www.cjp.gov.br/revista/numero6/artigo17.htm>>. Acesso em: 14 set. 2006.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: [s.e.], 1943.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITTO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

_____. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COELHO, Luiz Fernando. **A teoria crítica do direito na pós-modernidade**. Disponível em: <<http://www2.uerj.br>>. Acesso em 30 nov. 2004

COUTINHO, Kalyani R. Muniz. **A proposta de Ronald Dworkin na interpretação judicial dos hard cases**. Disponível em: <<http://www.avocato.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. Ato Administrativo: a tridimensão da discricionariiedade. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 119, p. 33-39, 1975.

_____. **Direito administrativo do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 1961.

DALLARI, Adílson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, v. 24, p. 63-74.

DEBBASCH, Charles. **Droit administratif**. Paris: Éditions Cujas, [19--?].

DI PIERRO, Maria Clara. **Descentralização, focalização e parceria: uma análise das tendências nas políticas públicas de educação de jovens e adultos**. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 27, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 30 sep. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas [s.d.].

_____. _____. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. _____. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIEPOIX, Gilbert. **Délégations de service public:** pour un renouveau. Paris: Chambre de Commerce et D'Industrie de Paris, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Controle de constitucionalidade e teoria da recepção.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia e FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1. ed., 1991.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais:** elementos teóricos para uma formação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. _____. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa:** anotações em torno de questões contemporâneas. Disponível em: <http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/ruy_2.htm>. Acesso em 19 out. 2006.

ETCHICHURY, Carlos; WAGNER, Carlos. A caixa-preta das ONGs. **Zero Hora,** Porto Alegre, 24 set. 2006.

_____; _____. Saúde terceirizada. **Zero Hora,** Porto Alegre, 11 out. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. **Revista do Direito,** Santa Cruz do Sul, n. 13, jan./jun. 2000. Edunisc.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **A crise do ensino jurídico**. Disponível em: <<http://www.roney.floripa.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2004.

FARIA, Edimur Ferreira. **Curso de direito administrativo positivo**. 3. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Daniel. Probidade e Razoabilidade como Limitações à Discricionariedade Administrativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 18, p. 233-239, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1985.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. _____. 4. ed. rev. ampl. atual. com as Emendas 19 e 20, de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. _____. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Discricionariedade: poder ou dever? **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FLEINER, Fritz. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Labor, 1933.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Fundamentos da Discricionariedade Administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 768, p. 60-75, 1999.

_____. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. _____. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo; Dialética, 2002.

GADAMER, Hans Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GENRO, Tarso. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1985.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Parcerias na administração pública. In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHOS, Valmir (Orgs.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, p. 233-307, 2006.

GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

HARADA, Kiyoshi. **Dicionário de direito público**. São Paulo: MP Editora, 2005.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Recueil Sirey, 1927.

HAUSER, Denise. Teoria dos princípios: para uma aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 37, dez. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=317>>. Acesso em: 14 nov. 2006.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. Considerações Atuais sobre o Controle da Discricionariedade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 118, p. 127-138, 1993.

JESUS, Éverton Luís Mendes. **Os princípios de direito administrativo e a hermenêutica da Constituição Brasileira de 1988**. 2000. 115 p. (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e

Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, setembro de 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

_____. _____. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LANNA, Carlos Lindenberg Ruiz. **Manual dos atos administrativos**. Leme: LED, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LAUBADÉRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1953.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001, p. 251-263.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, Alsemeri. A norma principiológica da eficiência numa abordagem prefacial relativamente desapaixonada. **Jurídica: Administração Municipal**. Salvador, [s.d].

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência**. Disponível em: <http://www.suigeneris.pro.br/direito_dadm_aluz.htm>. Acesso em: 01 out. 2004.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. _____. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1966.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDONÇA, Antônio Sérgio. **Identificação imaginária e razão cínica**. Rio de Janeiro, [?1999]. Disponível em: <<http://www.riototal.com.br/coojornal>>. Acesso em: 24 maio 2004.

MINGHELLI, Marcelo. Crítica waratiana à Teoria do Direito: os mitos do ensino jurídico tradicional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, ano 33, v. 36, 2001, p. 93-104.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 3. ed. aument. Tradução de: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98**. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e revisão**. São Paulo: Forense, 1991.

_____. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.

_____. **Legitimidade e discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. _____. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

_____. Mutações nos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1,

fev. 2005. 26 p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04 out. 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Aspectos vetoriais da Reforma Administrativa. **Jurídica**: Administração Municipal. Salvador, n. 10, out. 1998, p. 3-19.

MURANIM, Antonio. **Construção coletiva**: contribuições à educação de jovens e adultos. Brasília: UNESCO, MEC, RAAAB, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 10. ed. São Paulo: [S.e.], 1988.

NEDEL, Antonio. **Uma tópica jurídica**: clareira para a emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NOGUEIRA, Otaviano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**: os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **A garantia do contraditório**. **Gêneses**: Revista de Direito Processual Civil, 1998, n.º 10, p. 667-680.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. O princípio constitucional da motivação dos atos administrativos: exame de sua aplicabilidade prática aos casos de promoção e remoção de membros do Ministério Público e magistratura por merecimento nas respectivas carreiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar, out./dez. 1999, v. 218, p. 11-70.

PARCERIA. In: NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. p. 631.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de direito administrativo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários. **Revista da OAB**, v. 28, n. 67, p. 39-46, jul./dez. 1998.

PINHEIRO, Michel. O princípio da eficiência na administração pública e o cidadão. **IDAF: Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**, Curitiba, Zênite, dez. 2003, ano 3, n. 29, p. 509-519.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

POLONI, Gustavo. A Caixa-preta das ONGs. **Exame**, São Paulo, ed. 879, ano 40, n. 21, 25 out. 2006. p. 30-34.

POLTRONIERI, Renato. **Parcerias público privadas e a atuação administrativa: reflexões sobre a instituição de parcerias entre a administração pública e o setor privado e os contratos administrativos aplicáveis a esta forma especial de concessão de serviço público**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras: 1937**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PRÉFONTAINE, Lise; RICHARD, Line; SICOTTE, Hélène. **Nouveaux modèles de collaboration pour la prestation de services publics: état de la situation**. Québec: CEFRIO, jan. 2001. Disponível em: <<http://www.cefrio.qc.ca>>. Acesso em: 02 out. 2006.

RAMOS, Miguel Antônio Silveira. Ensino jurídico. **Âmbito Jurídico: Revista Jurídica Eletrônica Trimestral**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 16 jun. 2004.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

_____. Transdisciplinariedade e direito. In SOUZA, Ielbo M. Lobo de e FOLLMANN, José Ivo (organizadores). **Transdisciplinariedade e universidade: uma proposta em construção**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 40-44.

RAYMUNDIE, Olivier. **Gestion déléguée des services publics: en France et en Europe**. Paris: Le Moniteur, 1995.

SANCHES, Marcelo Elias. O conceito do princípio da eficiência. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 12, v. 55, mar./abr. 2004, p. 13-21.

SANTO, Ataliba Pinheiro Espírito. As organizações sociais e a reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, out./dez. 2002, p. 75-100.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTr, 2003.

SCHÄFFER, Jairo Gilberto. **Restrições a direitos fundamentais**. 2000. 173 p. (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, dezembro de 2000.

SCHAFFNER, Fábio. Farta distribuição de recursos. **Zero Hora**, Porto Alegre, 24 set. 2006.

SÉMINAIRE FRANCO-AMÉRICAIN SUR LA GÉSTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX, 04 maio 2004. **La gestion des services urbains: l'expérience française**. Paris: National League of Cities, Maires de Grandes Villes de France e Cites Unies France, 2004. Disponível em: <<http://www.grandesvilles.org>>. Acesso em: 01 out. 2006.

SILVA, Alfredo Canellas G. da. **A nova hermenêutica e o ato da administração pública praticado no exercício de sua competência discricionária**. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br>>. Acesso em 17 fev. 2004.

SILVA, Cláudio Eduardo Régis de Figueiredo e. **Administração gerencial e reforma administrativa no Brasil**. 2001. 161 p. (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, fevereiro de 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed., 1990.

SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual elementar de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

SIRAQUE, Vanderlei. **O controle social da função administrativa do Estado possibilidades e limites na Constituição de 1988**. 2004. 207 p. (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

SODRÉ, Nelson Werneck. **A farsa do neoliberalismo**, 1. ed. Rio de Janeiro: Graphia Editorial, 1995.

SÖHNGEN, Clarice Costa. **Nova retórica e argumentação**: a razão prática para uma racionalidade argumentativa de Perelman. 26 abr. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Ao contrário do Ministro, devemos nos importar (muito) com o que a doutrina diz**. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br>>. Acesso em: 25 mar. 2006.

_____. **Hermenêutica e(m) crise**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. _____. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**, n. 206, p. 1-8, out./dez. 1996

_____. Vinculação e Discricionariedade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 205, p. 127, 1996.

VEDEL, Georges. **Derecho administrativo**. Madri: Aguilar, [S.d.].

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Discricionariedade judicial e direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 17 fev. 2004.

VIZENTINI, Paulo Gilberto Fagundes. **História do século XX**. 2. ed. Porto Alegre: Novo Século, 1998.

WADE, H. W. R., **Derecho administrativo**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1971,

WALD, Arnold. O direito de parceria. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n. 130, p. 133-137, abr./jun. 1996.

WALINE, Marcel. **Traité élémentaire de droit administratif**. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, [S.d.].

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito - interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Disponível em: <http://members.fortunecity.com/danilonl/luiz_alberto_warat.html>. Acesso em: 02 dez. 2004.

_____. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. Disponível em: <<http://www.ceut.com.br>>. Acesso em 30 ago. 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos y justicia**. Madrid: Trotta, 1995.