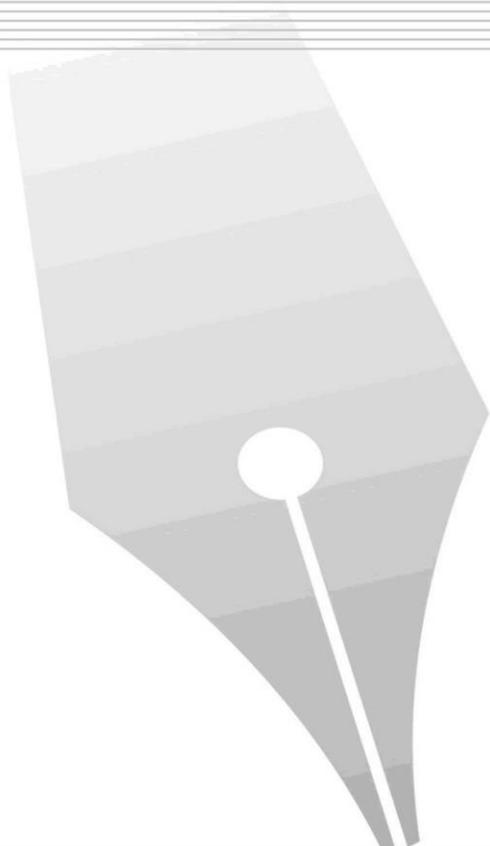


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



HÁ INCOMPATIBILIDADE ENTRE EFICIÊNCIA E LEGALIDADE?

Fernando B. Meneguim
Pedro Felipe de Oliveira Santos

Textos para Discussão **133**

Agosto/2013

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Doris Marize Romariz Peixoto – Diretora Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Claudia Lyra Nascimento – Secretária Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Consultor-Geral Adjunto

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

MENEGUIM, F. B.; SANTOS, P. F. O. **Há Incompatibilidade entre Legalidade e Eficiência?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, ago/2013 (Texto para Discussão nº 133). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 5 ago. 2013.

SUMÁRIO

I – LEGALIDADE E EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	5
II – CONCEITO DE EFICIÊNCIA: CONTRIBUIÇÕES DA DISCIPLINA <i>LAW AND ECONOMICS</i>	7
III – INTERAÇÃO E HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA 8	
A) DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO.....	8
B) DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	14
IV – CONCLUSÕES	14
V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	16

HÁ INCOMPATIBILIDADE ENTRE EFICIÊNCIA E LEGALIDADE?¹

*Fernando B. Meneguim*²

*Pedro Felipe de Oliveira Santos*³

Há um clamor da sociedade para um uso mais adequado dos recursos públicos. Espera-se que a prestação de serviços governamentais ocorra com qualidade, que o Estado aja diligentemente no atendimento das demandas coletivas essenciais, utilizando racionalmente os recursos dos contribuintes. Essa exigência posta pelos cidadãos passa, inexoravelmente, pelo aprimoramento do Estado de forma a torná-lo mais eficiente.

No entanto, no meio político, é comum ouvirem-se discursos argumentando a dificuldade de se conseguir eficiência dado o ordenamento jurídico vigente. Fala-se que as leis engessam sobremaneira o administrador público. É justamente nesse embate que está focado o presente texto.

Neste artigo, pretende-se discutir a interação (por vezes conflituosa) entre a legalidade e a eficiência, bem como a possibilidade de harmonizá-las concretamente. Por fim, analisar-se-ão casos práticos com que se têm deparado o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União, apresentando-se as soluções por eles alcançadas, na tentativa de obtenção de um melhor parâmetro de eficiência nas atividades administrativas.

I – LEGALIDADE E EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na essência do conteúdo político de um Estado de Direito, sobressai-se a *legalidade* como um princípio basilar, norteador das relações estabelecidas pelas pessoas naturais e jurídicas. No âmbito do regime jurídico-administrativo, a *legalidade* implica a submissão do Estado à lei, sujeitando os agentes públicos (exercentes do

¹ Os autores agradecem aos comentários de Renato Monteiro de Rezende a versão prévia deste texto. Quaisquer imprecisões remanescentes são de responsabilidade exclusiva dos autores.

² Doutor em Economia. Consultor-Geral Adjunto, Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal.

³ Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

poder em concreto) a um encadeamento normativo que embargue desvios de finalidades, favoritismos, improbidades, abusos de poder ou desmandos. Na máxima do Direito inglês, o Estado de Direito pretende-se um *governo das leis*, e não um *governo dos homens*, imperando a *rule of law, not for men*.

A legalidade é indispensável para o alcance de um parâmetro objetivo e abstrato de atuação dos administradores e dos administrados, orientando-os previamente acerca das condutas admitidas ou vedadas, dos ritos procedimentais a serem observados e das consequências aplicáveis em face de cada modalidade do *agir* administrativo. Normas extremamente complexas e rígidas em relação ao trato com a coisa pública, como as Leis nº 8.112, de 1990 (estatuto jurídico dos servidores públicos), nº 8.429, de 1992 (improbidade administrativa), nº 8.666, de 1993 (licitações e contratos administrativos), nº 8.987, de 1995 (concessão e permissão da prestação de serviços públicos), nº 9.636, de 1998 (regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União), nº 9.784, de 1999 (processo administrativo federal) e nº 11.079, de 2004 (parcerias público-privadas), entre diversas outras, visam a garantir, simultaneamente, a lisura na gestão pública e a observância dos direitos fundamentais dos administrados. Ademais, ensejam a desejável estabilidade das relações jurídicas, com a garantia de mínima certeza e previsibilidade na regência da vida social, consubstanciando a necessária segurança que pretendem os sujeitos para projetarem e empreenderem, sem os riscos de surpresas ou de abalos em suas atividades sociais, profissionais e econômicas.

Nos termos do art. 37 da Constituição Federal, figuram como princípios constitucionais da Administração Pública, ao lado da legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Tradicionalmente, os administrativistas muito se debruçaram sobre os três primeiros, pouco aprofundando os estudos sobre as implicações do princípio da *eficiência*, acrescentado à Constituição pela Emenda nº 19, de 1998.

A propósito, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar desse princípio, afirma que se trata de conceito *juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto* [1]. Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho sustenta que *a inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbas críticas por parte de alguns estudiosos; uma delas consiste na imprecisão do termo* [2].

Para o Professor Paulo Modesto, o princípio da eficiência pode ser percebido

como uma exigência inerente a toda atividade pública. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente [3].

A inserção, na atuação estatal, de noções de administração gerencial é uma decorrência clara da preocupação crescente dos agentes públicos em imprimir *eficiência* ao agir administrativo.

No entanto, a relação entre *legalidade* e *eficiência* nem sempre se mostra despida de conflitos. Percebem-se corriqueiramente situações em que o gestor público, ao perseguir o cumprimento estrito de todas as regras legais, imputa ao Estado uma ineficiência no aproveitamento dos recursos e na prestação dos serviços públicos. Nesse ponto, evidenciam-se hipóteses em que a escolha legislativa, sob a ótica do caso concreto, não apresenta a eficiência necessária para o êxito da atuação administrativa. Em face desses casos, qual escolha deve realizar o administrador? Qual a margem de interferência do Poder Judiciário, no âmbito de seu controle jurisdicional, em casos de conflito entre esses princípios? São essas perguntas que se pretende debater nas seções seguintes.

II – CONCEITO DE EFICIÊNCIA: CONTRIBUIÇÕES DA DISCIPLINA *LAW AND ECONOMICS*

Antes de adentrar a análise da interação entre os princípios constitucionais acima referidos, convém apresentar contribuições para a formulação de um conceito mais robusto de *eficiência* administrativa.

Considerando que o Direito Administrativo não tem se aprofundado sobre a questão, é indispensável buscar em outras áreas, sob uma perspectiva interdisciplinar, as bases teóricas necessárias. Nesse ponto, a disciplina *Law and Economics*, que no Brasil tem sido chamada ora de *Direito e Economia*, ora de *Análise Econômica do Direito*, fornece

instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico [4].

A questão da eficiência é assunto basilar para a Economia. Sabe-se que a sociedade deve fazer escolhas. Para tanto, realiza-se a análise custo-benefício para se comparar a diferença positiva entre os benefícios globais (econômicos e sociais) e os custos globais de cada opção.

Um conceito muito utilizado em Economia é o da *eficiência de Pareto*, que pode ser transposto para o Direito. Se uma nova norma buscar a eficiência de Pareto, será exigida uma alocação para os recursos de tal forma que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de qualquer outra pessoa. Note que, por esse critério, seria muito difícil haver qualquer mudança aprovada, a menos que os ganhadores explicitamente compensassem os perdedores. Se não houvesse essa compensação explícita, os perdedores poderiam vetar a alteração.

Para superar essa dificuldade, quando se discutem políticas públicas, adota-se outro critério de eficiência, o de Kaldor-Hicks, em que se reconhece a existência de ganhadores e perdedores nas modificações, sendo apenas exigido que o ganho total seja maior que a perda total para que a alteração seja considerada eficiente. Em essência, essa é a técnica da análise de custo-benefício, ou seja, vale empreender uma mudança se os benefícios excederem os custos.

Em suma, uma lei é dita eficiente se os benefícios oriundos da norma compensam os custos impostos por ela, além desses custos serem os menores possíveis. Esse é o conceito que será utilizado a seguir, focando no fato de que a norma jurídica e as decisões judiciais, ao buscarem eficiência, devem procurar propiciar uma estrutura de incentivos adequada de forma a não acarretar desperdício de recursos.

III – INTERAÇÃO E HARMONIZAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA

A) DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Estabelecidas as premissas conceituais, pretende-se analisar como a Administração e o Poder Judiciário tratam da relação entre a legalidade e a eficiência.

Nesse ponto, impende ressaltar ser indubitável que, num cenário ideal, legalidade e eficiência devam estar justapostas. Assim, seja no momento de criação da lei, seja no momento de aplicação da norma (quando se tratar de atos discricionários), as escolhas do legislador e do administrador, respectivamente, devem necessariamente

recair sobre a opção mais eficiente, tanto num viés objetivo (análise do conteúdo dos benefícios e dos custos, aprioristicamente – *quais são os benefícios e os custos?*), como num viés subjetivo (análise dos sujeitos sobre os quais recaem os custos e os benefícios, de modo que afetem ou aliviem, equitativamente, tanto os administradores como os administrados – *quem suporta os custos e quem se favorece com os benefícios?*). Trata-se da hipótese de *interação típica* entre a legalidade e a eficiência.

No entanto, a praxe administrativa descortina situações de *interação atípica* entre os dois princípios, em que a opção administrativa não se evidencia a mais eficiente para o alcance da finalidade de interesse público.

Em pesquisa de acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais Federais, verificam-se duas hipóteses: *a)* a situação supostamente ineficiente é também ilegal; e *b)* a situação ineficiente é legal.

No primeiro caso, de tranquila solução, não há dúvidas quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, para declarar a nulidade do ato administrativo impugnado e determinar as providências pertinentes para o restabelecimento da situação de legalidade. Nessas hipóteses, a interação atípica não se resolve pela análise do conteúdo da eficiência administrativa, mas decerto pela legalidade.

Um exemplo corriqueiro consiste na inobservância, por parte da Administração Pública, dos prazos legais para proferir decisões em processos administrativos. Multiplicam-se as ações judiciais com notícias de pedidos administrativos não apreciados em tempo hábil, nas mais diversas esferas (pedidos de desembaraço aduaneiro à Receita Federal do Brasil, de registro de medicamentos genéricos ou de autorização de importação e de comercialização de bens de consumo especiais à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, de certificação de georreferenciamento de imóveis rurais ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, etc.)⁴.

⁴ A título de exemplo, confirmam-se as seguintes ementas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO COM VISTAS À EXPEDIÇÃO DE CERTIFICADO DE GEORREFERENCIAMENTO PROTOCOLIZADO JUNTO AO INCRA. APRECIÇÃO ASSEGURADA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA EFICIÊNCIA E DA MORALIDADE.

1. Formulado requerimento administrativo objetivando a expedição de Certificado de Georreferenciamento, tal pleito deve ser analisado tempestivamente pela Administração, assegurando-se à impetrante a observância da garantia constitucional do devido processo legal, devida a todos os litigantes, na esfera judicial ou administrativa (Constituição Federal, art. 5º, LIV e LV), afigurando-se passível

Nesses casos, percebe-se que o parâmetro de eficiência encontra-se intimamente ligado ao parâmetro de legalidade, de modo que a violação da regra implica uma situação gravosa ao administrado, supostamente ineficiente.

No entanto, mais controversa é a segunda situação, em que a obediência à regra legal revela-se ineficiente para a gestão pública.

Em algumas dessas hipóteses, o Poder Judiciário tende, em caráter excepcional, a mitigar a obediência à estrita legalidade, em prol de uma solução que garanta resultados com maximização de benefícios e minoração de custos, tanto para os administrados, quanto para os administradores.

Nos autos da apelação nº 157-90.2000.01.3400, julgada em 3.5.2013, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1ª Região) afastou a aplicação da Instrução Normativa nº 13/99, da Secretaria de Defesa Agropecuária (Ministério de Agricultura e do Abastecimento), que previa prazo de 60 (sessenta) dias para licenciamento de importação de alho. Entendeu-se que o estabelecimento de prazo elástico violara o princípio da eficiência, especialmente considerando o caráter perecível do produto importado, bem como os riscos de perda do produto, caso cumprida a legislação, em seu rigor. Nesse sentido, o Estado-Juiz determinou que a União afastasse a regra impugnada, para processar o pedido de licenciamento em prazo exíguo.

Na ocasião, ponderou o TRF da 1ª Região:

A Administração Pública deve pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência, que se concretiza pela condução racional e célere dos procedimentos que lhe cabem. A função administrativa deve ser desempenhada, não apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas exigindo, outrossim,

de correção, pela via do mandado de segurança, a abusiva demora do Poder Público em apreciar o pleito, por ofensa ao princípio da eficiência e da moralidade inerentes aos atos administrativos.

2. Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.

(TRF 1ª Região, REOMS 2009.36.00.018093-3 / MT, Rel. Des. Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 18.4.2013).

TRIBUTÁRIO. RETENÇÃO DE MERCADORIAS COMO FORMA DE COBRAR TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 323, DO STF. [...]

2. O despacho aduaneiro é atividade fiscalizatória que não pode prolongar-se indefinidamente no tempo, causando prejuízo no patrimônio jurídico-financeiro das empresas e obstando sua atividade comercial. [...]

(TRF 1ª Região, AMS 2002.33.00.022694-0 / BA, Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza, Quinta Turma Suplementar, e-DJF1 03.05.2013).

resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros⁵.

Em outros julgados recorrentes, também balizados no princípio da eficiência, os Tribunais Regionais Federais têm permitido a posse de aprovados em concurso público para cargo de nível médio, de natureza técnica, que disponham de titulação superior em área compatível com a especialidade requerida. A título de exemplo, confira-se o seguinte trecho da ementa do acórdão da apelação nº 2007.38.12.000664-8/MG, julgada pelo TRF da 1ª Região:

É irrazoável, e contrário ao princípio da eficiência, o ato da Administração que, tendo em vista uma interpretação literal, limita o acesso ao cargo público por candidata que apresenta qualificação técnica distinta, mas superior à exigida pelo edital. Isso porque há de se presumir que tal qualificação lhe permite o exercício das atribuições inerentes ao cargo, com igual ou superior eficiência, não havendo a impetrada contrariado tal fato.⁶

⁵ CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE ALHO DA ARGENTINA. PEDIDO DE ANUÊNCIA PRÉVIA PARA O LICENCIAMENTO DE IMPORTAÇÃO. PRAZO DE 60 DIAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

1. A Instrução Normativa nº 13, de 25 de junho de 1999, da Secretaria de Defesa Agropecuária, dispõe que o Departamento de Defesa e Inspeção Vegetal processará os pedidos de anuência prévia para o licenciamento de importação de alho no prazo de 60 dias, desde que firmado Termo de Compromisso pela empresa, o qual deve conter informações sobre o porto de descarga, serviços de atracação, a utilização do produto após a autorização do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, além da disponibilização de toda a carga para a fiscalização.
2. A Administração Pública deve pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente o da eficiência, que se concretiza pela condução racional e célere dos procedimentos que lhe cabem. A função administrativa deve ser desempenhada, não apenas com a observância ao princípio da legalidade, mas exigindo, outrossim, resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.
3. Ao fixar um prazo elástico de 60 dias para processamento do pedido de anuência prévia para licenciamento de importação de alho, a Administração malferiu o princípio da eficiência, mormente tratando-se de mercadoria perecível.
4. Deve ser assegurado ao Apelado o direito de obter a apreciação do requerimento administrativo de anuência prévia formulado perante a autoridade coatora no menor prazo possível, em observância ao princípio constitucional da razoável duração do processo.
5. Apelação e à remessa oficial desprovidas.

(TRF 1ª Região, Apelação n. 157-90.2000.4.01.3400, Rel. Juiz Federal Wilson Alves de Souza, 5ª Turma Suplementar, e-DJF1 03.05.2013).

⁶ TRF 1ª Região, AMS 2007.38.12.000664-8/MG, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 21.11.2008.

Outros precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE NÍVEL MÉDIO. TÉCNICO DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR. POSSIBILIDADE DIREITO A NOMEAÇÃO.

Outra controvérsia corriqueira nas Cortes Federais é a acumulação de cargos por agentes de saúde. Com fulcro no art. 37, inciso XVI, alínea c, da Constituição Federal, permite-se excepcionalmente o acúmulo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, no âmbito do serviço público. Atento ao princípio da eficiência, o Estado-Juiz restringe essa permissão constitucional, quando verificado concretamente que, mesmo não havendo sobreposição de jornadas, o exercício efetivo das duas atividades gera risco à qualidade da prestação do serviço público e à própria saúde do servidor⁷.

1. É regular a apresentação de diploma de nível superior por candidato que é aprovado para o cargo de nível médio, quando o cargo tem correlação com o curso superior. No caso, o cargo de técnico em tecnologia da informação é possível à correlação com o curso de nível superior de ciência da computação.

2. Agravo regimental improvido.

(TRF 1ª Região, AMS 0003397-43.2008.4.01.3809/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 p.176 de 30/07/2010)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA. TÉCNICO EM LABORATÓRIO. CARGO DE NÍVEL MÉDIO. QUALIFICAÇÃO SUPERIOR DO CANDIDATO PORTADOR DE DIPLOMA DE BACHAREL EM CIÊNCIAS BIOLÓGICAS E DE MESTRE EM AGRONOMIA.

1. Os diplomas de graduação em Ciências Biológicas e de mestrado em Agronomia suprem o requisito de habilitação previsto no edital do concurso público para provimento de cargo de Técnico em Laboratório – na área de especialidade em análise de qualidade ambiental do solo – que exigia comprovação de conclusão de curso técnico de Técnico Agropecuário, de Técnico Agrícola ou Técnico em Química. Não caracterizada a violação das regras editalícias. Sentença concessiva da segurança para reconhecer o direito líquido e certo do candidato aprovado em primeiro lugar no certame à nomeação e posse no cargo público.

2. Apelação e remessa oficial às quais se nega provimento. Agravo retido prejudicado.

(TRF 1ª Região, AMS 2006.38.03.004725-3/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Conv. Juiz Federal Rodrigo Navarro De Oliveira, Sexta Turma, e-DJF1 p.56 de 20/07/2009)

⁷ A título de exemplo, confira-se o seguinte trecho do acórdão da apelação n. 2005.34.00.013994-3, do TRF 1ª Região:

“A questão aqui debatida diz respeito ao direito do autor cumular o cargo público de “auxiliar de enfermagem” na Fundação Universidade de Brasília – FUB com o de “técnico de enfermagem” no Hospital das Forças Armadas – HFA, em que o requerente fora aprovado em concurso público [...].

Verifico que, no caso em apreço, em verdade, a acumulação dos cargos resultaria em uma jornada de 70 horas semanais, o que configura uma carga horária elevada, que evidencia a impossibilidade de se cumprir todas essas horas com presteza, o que comprometeria a qualidade do trabalho, sobretudo se considerados os limites da condição humana, haja vista a necessidade de tempo para descanso, lazer, alimentação, deslocamento, etc., e implicaria em ofensa ao princípio da eficiência.

A exigência de compatibilidade de horários denota que não basta a permissão legal e não se trata de uma mera questão aritmética. Deve haver possibilidade fática, no sentido de que a acumulação não irá atrapalhar o bom andamento e a qualidade do serviço público. Autorizar a cumulação, nos termos presentes, significa compactuar para uma péssima prestação de serviço público pelo autor, em ambos os locais de prestação, com incalculável prejuízo para a Administração Pública, bem como para os administrados que se beneficiam direta ou indiretamente das funções por ele desempenhadas, e para o próprio servidor porque, de fato, não conseguirá executar suas tarefas com padrão de qualidade aceitável, nem tampouco preservar a higidez física e mental. [...]

(TRF 1ª Região, Processo n. 2005.34.00.013994-3, Rel. Juiz Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, Terceira Turma Suplementar, e-DJF1 28.02.2013).

A legalidade também foi mitigada em prol da eficiência para se afastar a aplicação do art. 9º da Lei nº 8.745, de 1993, com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.748, de 2008, que impede a contratação, como professor substituto temporário, em instituição pública federal de ensino superior, de candidato já contratado em oportunidade pretérita, ainda que aprovado em novo certame.

Além do princípio da isonomia, que impede restrições inoportunas a cargos públicos, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação nº 2009.81.00.013677-2, asseverou a ocorrência de violação do princípio da eficiência:

a vedação em debate, imposta exatamente contra quem já vinha prestando o mesmo serviço a que se visava atender com o novo concurso, ataca o bom senso e colide com o princípio da eficiência, incluído no referido art. 37 pela EC nº 19/98. É que enquanto a Carta Magna pugna pela eficiência no serviço público, aquele dispositivo legal veda que participem de novos concursos para celebração de contrato para professores temporários exatamente aqueles que já adquiriram experiência nesse ensino⁸.

Em outro julgado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a improcedência de pedido de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, que pleiteava a declaração parcial de nulidade de contrato administrativo celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e empreiteira, tendo por objeto a recuperação da BR-163. No entanto, a despeito de reconhecidas e comprovadas diversas irregularidades apontadas, especialmente quanto à dispensabilidade da licitação, entendeu-se que a situação calamitosa em que se encontrava a rodovia exigia uma atuação emergencial do gestor público, sob pena de afetar a segurança dos cidadãos. Confira-se trecho do acórdão:

Em que pese tal situação possa se mostrar irregular, entendo que não houve prejuízo algum para os cofres públicos nesse tópico, bem como para toda a população usuária da rodovia. Ao contrário do que sustenta a parte demandante, a celeridade no procedimento e início das obras de recuperação da malha rodoviária estão em fiel respeito ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF), que deve permear todos os atos da Administração Pública⁹.

⁸ TRF 5ª Região, Processo n. 2009.81.00.013677-2, Rel. Des. Francisco Wildo, DJ 21.07.2010.

⁹ TRF 4ª Região, Processo n. 4704-34.2006.404.7005/PR, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 25.05.2010

B) DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Ao fiscalizar a aplicação dos valores públicos, o Tribunal de Contas da União – TCU já abordou o dilema eficiência *versus* legalidade em alguns acórdãos. O que se nota é que existe a possibilidade de flexibilização do princípio da legalidade quando o objetivo é obter um maior retorno dos recursos públicos em prol da sociedade.

Um exemplo vem da determinação constante do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, que estipula que as *minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração*. Apesar de existir entendimento anterior do TCU sobre a necessidade de aprovação pela assessoria jurídica de todas as minutas de editais de licitação, o Acórdão nº 392, de 2006 – Plenário/TCU, admitiu a adoção da sistemática de utilização de minutas-padrão de editais e de contratos, sem que todos fossem analisados pela assessoria jurídica, em prol de uma *otimização de recursos financeiros, materiais e humanos desde o início da fase interna, até a assinatura e posterior execução do contrato*¹⁰.

Em outro caso, o inc. IV do art. 27, combinado com o inc. IV do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993 estipula que, para a habilitação nas licitações, será exigida dos interessados documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, que consistirá, entre outros, em prova de quitação com a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. O TCU entendeu, por meio do Acórdão nº 1105/2006 – Plenário, que,

quando a competição for inviável, por inexistirem outros prestadores de serviços essenciais ao funcionamento da Administração Pública, que não os inadimplentes, a única alternativa é realizar a contratação da empresa monopolista, estatal ou privada, ainda que ela esteja em débito com o INSS e o FGTS¹¹.

IV – CONCLUSÕES

A inclusão da *eficiência* no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública (EC nº 19/98), muito além de assumir um papel meramente retórico, descortinou um novo viés de análise jurídica sobre a gestão pública administrativa.

¹⁰ Plenário/TCU, Acórdão 392/2006, Processo n. 008.107/2005-4, Rel. Min Walton Alencar Rodrigues, DOU 31/03/2006.

¹¹ Plenário/TCU, Acórdão 1105/2006, Processo n. 002.994/2004-8, Rel. Min Marcos Vinícios Vilaça, DOU 10/07/2006.

Sempre em busca da satisfação do interesse público, a *eficiência* tem sido um prisma diferenciado de solução de conflitos.

O Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União acenam para a possibilidade de afastamento pontual de escolhas normativas que se repute ineficientes, desde que, harmonizado com o interesse público, sejam asseguradas (i) a inoportunidade de prejuízo ao erário; (ii) a boa-fé e a probidade dos agentes envolvidos; (iii) a ausência de violação ao núcleo essencial dos demais direitos e garantias fundamentais (a título de exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a duração razoável do processo, a isonomia, etc.); e (iv) a obtenção de resultado prático com preponderância considerável de benefícios sobre os custos, tanto para a Administração, como para os administrados. A mitigação da obediência à estrita legalidade deve necessariamente estar atenta a esses parâmetros objetivos, não podendo se aplicar a qualquer opção legal que o gestor repute ineficiente, sob pena de se adotar a indesejável noção de que os fins de interesse público convalidam quaisquer espécies de violação da norma.

A análise econômica do direito fornece instrumental teórico para o alcance do próprio conteúdo da *eficiência*, em suas vertentes objetiva (benefícios e custos) e subjetiva (sujeitos prejudicados e beneficiados). O Professor Bruno Salama argumenta que *o ponto central da análise econômica do direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios* [5]. Trata-se do resultado esperado ao se considerar de forma mais ativa o princípio da eficiência, garantindo, na aplicação do ordenamento jurídico, um incremento no bem-estar social.

Nesse ponto, impende ressaltar que a análise da *eficiência*, nos moldes propostos neste texto, transcende a análise da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* dos atos estatais, não se restringindo a esses parâmetros, notadamente mais casuísticos. O alcance do *agir eficiente* perpassa a incorporação de uma perspectiva de avaliação necessariamente econômica e, portanto, com conteúdo específico.

As decisões públicas podem e devem considerar critérios de eficiência, visando a uma otimização dos recursos públicos e a um incremento no bem-estar social. Para tanto, não é necessário que a eficiência seja vista como uma excludente da legalidade, bastando que haja uma reinterpretação das normas de forma favorável ao princípio da eficiência. Nas palavras do Professor Paulo Modesto, *ao contrário de contrastar com o princípio da legalidade, ou legitimar sua atenuação, [...] o princípio da eficiência pode ser*

percebido como componente da própria legalidade, percebida sob um ângulo material e não apenas formal [3].

Salutar também seria que o ordenamento jurídico fosse produzido e constantemente revisado já incorporando análises de eficiência, de forma que o gestor público não precisasse enfrentar essa aparente dicotomia. Torna-se fundamental, na fase de discussão das proposições legislativas, a confecção de uma avaliação cuidadosa, empreendida para analisar, previamente, eventuais impactos decorrentes da aplicação de uma nova lei. Deve-se examinar se a legislação será **efetiva** (*o comportamento adotado pelos destinatários da norma contempla os objetivos de edição da norma?*); **eficaz** (*o texto legal conduz ao alcance dos objetivos desejados?*); e **eficiente** (*os benefícios oriundos da lei compensam os custos impostos por ela e esses custos são os menores possíveis?*).

O amadurecimento da sociedade democrática torna o Estado cada vez mais questionado acerca do desempenho e da efetividade de suas ações. Nesse ponto, a *eficiência* será certamente um dos grandes desafios – teóricos e pragmáticos – com que os três Poderes da República se depararão, no mister de criação, de concretização e de controle das políticas de aprimoramento da realidade socioeconômica do país.

V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 28.

[3] MODESTO, Paulo. “Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência”. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, mai/jun/jul, 2007. Disponível no site: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>. Acessado em 11/6/2013.

[4] GICO JR., I. “Introdução ao Direito e Economia.” In: Timm, L. B. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2012.

[5] SALAMA, Bruno M. “De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?”. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 46, Jan/Jun, 2010.

Disponível no site: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewArticle/1461>.
Acessado em 11/6/2013.