

As leis podem atrapalhar a eficiência?¹

Fernando B. Meneguim²

Pedro Felipe de Oliveira Santos³

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.

Ante esse debate, vale discutir a interação (por vezes conflituosa) entre a legalidade e a eficiência, bem como a possibilidade de harmonizá-las concretamente.

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*

¹ Este texto é baseado no trabalho “Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade?”. O estudo integral consta do Texto para Discussão nº 133 do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado, disponível no seguinte link: www.senado.leg.br/estudos.

² Doutor em Economia. Consultor Legislativo e Diretor do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal.

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

implica a submissão do Estado à lei, sujeitando os agentes públicos (exercentes do poder em concreto) a um encadeamento normativo que embargue desvios de finalidades, favoritismos, improbidades, abusos de poder ou desmandos.

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 visam a garantir, simultaneamente, a lisura na gestão pública e a observância dos direitos fundamentais dos administrados.

Nos termos do artigo 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 19/1998.

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 outro lado, 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” [2].

Percebe-se que, nos fatos concretos, a relação entre *legalidade* e *eficiência* nem sempre se mostra despida de conflitos. São corriqueiras as 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?

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.

A questão da eficiência é assunto basilar para a Economia e, conseqüentemente, para a Análise Econômica do Direito. 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.

Podem-se utilizar conceitos econômicos e, por analogia, enunciar o seguinte: uma lei é dita eficiente se os benefícios oriundos da norma compensam os custos impostos por ela, além de esses 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.

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

Nesse ponto, cabe 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, como pedidos de desembaraço aduaneiro à Receita Federal do Brasil ou de registro de medicamentos genéricos à Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

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, uma vez que o atraso em decisões administrativas impõe custos à iniciativa privada.

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. A seguir são listados alguns exemplos.

O Tribunal Regional Federal da 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 (autos da apelação nº 157-90.2000.01.3400, julgada em 03.05.2013).

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, uma vez que não caberia, pelo princípio da eficiência, limitar “*o acesso ao cargo público por candidata que apresenta qualificação técnica distinta, mas superior à exigida pelo edital*”. (TRF 1ª Região, AMS 2007.38.12.000664-8/MG, Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, e-DJF1 21.11.2008)

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. Apesar de diversas irregularidades reconhecidas e comprovadas, 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 (TRF 4ª Região, Processo n. 4704-34.2006.404.7005/PR, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 25.05.2010).

Ao fiscalizar a aplicação dos valores públicos, o Tribunal de Contas da União – TCU já abordou também 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 está associado ao mandamento do inc. IV do art. 27, combinado com o inc. IV do art. 29 da Lei nº 8.666/93 que estipula ser necessário, para a habilitação nas licitações, exigir 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 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 FGTS”* (Plenário/TCU, Acórdão 1105/2006, Processo n. 002.994/2004-8, Rel. Min Marcos Vinícios Vilaça, DOU 10/07/2006).

O que se pode inferir é que 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. 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 inoccorrência 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.

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” [2].

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.

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 – enfrentados pelo Poder Público, como as inúmeras obras de infraestrutura paradas por irregularidades detectadas, a morosidade do processo de compras públicas decorrente de

muitas exigências de conformidade da lei de licitações, as regras desconexas e sobrepostas dos processos de licenciamento ambiental, entre outros.

Para saber mais sobre alguns desafios inerentes à questão da eficiência, veja neste site:

Como o setor privado pode ajudar a melhorar os serviços públicos de infraestrutura?

<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/04/26/como-o-setor-privado-pode-ajudar-a-melhorar-os-servicos-publicos-de-infraestrutura/>

Por que o licenciamento ambiental no Brasil é tão complicado?

<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2013/03/25/por-que-o-licenciamento-ambiental-no-brasil-e-tao-complicado-parte-i/>

Como tornar a gestão pública mais eficiente?

<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/11/21/gestao-publica-mais-eficiente/>

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

[2] 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 11/06/2013.

Este texto está disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/?p=1982>