



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

PEDRO JUCÁ DE OLIVEIRA

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: A INEFICIÊNCIA COMO IMORALIDADE
QUALIFICADA PELO RESULTADO

FORTALEZA

2013

PEDRO JUCÁ DE OLIVEIRA

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: A INEFICIÊNCIA COMO IMORALIDADE QUALIFICADA
PELO RESULTADO

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à Coordenação Acadêmica do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre William Paiva
Marques Júnior.

FORTALEZA

2013

PEDRO JUCÁ DE OLIVEIRA

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: A INEFICIÊNCIA COMO IMORALIDADE QUALIFICADA
PELO RESULTADO

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à Coordenação Acadêmica do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Aprovada em: __/__/_____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professora Doutora Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A minha avó Nydia, minha eterna Vovó
Fofinha.

AGRADECIMENTOS

Ao professor William, por ter aceitado orientar este trabalho e por tê-lo feito de maneira tão generosa e presente.

Aos professores Hugo e Tarin, pela gentileza de terem disposto de seu tempo para compor a Banca e pelas contribuições que trouxeram ao trabalho.

À minha família, minha base, meu sangue, meu refúgio maior. Ao meu pai, pelo amor sólido com que nos sustenta. À Jack, por ter me ensinado a possivelmente mais preciosa lição de minha vida – “Isso também vai passar”.

À minha irmã, Jequinha, por ter compartilhado comigo experiências que não são de mais ninguém, só nossa (e isso ninguém apaga).

Ao Vovô Beto, pelo exemplo firme e constante (até mesmo na Difícil Hora), e à Vovó Nydia, por ter sido sempre o Ninho de nossas várias gerações.

Aos meus tios Jeritza, Bernardo e Fabi, pelas ajudas (de tantas e diversas formas) ao longo da vida. À minha tia Mônica, Mon Mon, pelo cuidado e pelo desprendimento maternal com que sempre nos tratou (e criou).

Ao Vovô Lelê, pela cultura que nos deixou por legado, e à Vovô Tetê, por ter me inserido no mundo da Arte e da Música.

Aos meus tios Saulo, Tânia e Dedé, por, quando mais precisamos, terem nos dado lar, esteio e suporte. À minha tia Carina, Cacá, pelo carinho de mãe e pela cumplicidade de melhor amigo que pudemos sempre (com)partilhar.

Ao Luquinhas e à Sarinha, pela infância que vivemos juntos; ao João Vitor e ao José Pedro, pela vontade que me dão de ser pai.

Aos tantos e bons demais amigos que fiz ao longo de todos esses anos. Aos meus amigos Dilmar, Emily, Karena e Yana, pelos anos todos de convivência e de confidências trocados – mudaram as estações, meu caros, mas nada mudou.

Ao Renam e à Sara, por, de Pequenos, terem nos feito Grandes, marcando e definindo um período muito característico, pedaço (indelével) de vida.

À Gabriela, Gabi, Gabizinha, Garbosa, pela melhor-amizade, pelas tantas piadas e risadas (só nossas), pelos tantos choros e dores (pelos joelhos que tantas vezes molhei), pelas confissões inefáveis, pelo encontro espiritual, pelo pedaço de alma (um do outro) que carregaremos para sempre conosco e, enfim, pelas faltas todas que já se anunciam.

À minha mãe, pelo amor grande demais e pelas saudades indizíveis.

“Meus irmãos, que aproveita se alguém disser que tem fé, e não tiver as obras? Porventura a fé pode salvá-lo? E, se o irmão ou a irmã estiverem nus, e tiverem falta de mantimento quotidiano, e algum de vós lhes disser: Ide em paz, aqueantai-vos, e fartai-vos; e não lhes derdes as coisas necessárias para o corpo, que proveito virá daí? Assim também a fé, se não tiver as obras, é morta em si mesma.” Tiago 2:14-17.

RESUMO

O presente estudo analisa a possibilidade de configuração de ato de improbidade por violação ao princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. Entender o fenômeno exige que se determine um conceito de princípios, suas características e sua funcionalidade no Direito Administrativo. Importa também, para aquilo, diferenciar os modelos patrimonialista, burocrático e gerencial de Administração Pública, a fim de perquirir das formas e dos conteúdos possíveis da eficiência administrativa. A improbidade, cujo estudo pressupõe a explanação da moralidade administrativa, se revela por formatos diferenciados e renovados, e já é defasado o entendimento de que se restringe a atos de enriquecimento ilícito ou de dano imediato ao erário, traduzindo-se também pela grave violação a princípios, inclusive o da eficiência. Urge demonstrar não só o conceito, a caracterização e o elemento subjetivo dos atos de improbidade tipificados à Lei nº 8.429/92, mas também, a partir da construção de uma casuística hipotética, a maneira com que o princípio estudado inspira a interpretação do diploma legal.

Palavras-chave: Princípio da Eficiência. Improbidade Administrativa. Violação a princípios. Ineficiência.

ABSTRACT

The current study analyzes the possibility of improbity act configuration due to violation of the constitutional principle of efficiency in the Public Administration. Understanding the phenomenon requires that one determine a principle concept, its characteristics and functionality in Administrative Law. It also demands distinguishing patrimonial, bureaucratic and New Public Management models of Public Administration, in order to inquire possible administrative efficiency forms and contents. Improbity, whose study is premised by the administrative morality explanation, reveals itself in different and renewed shapes, and the understanding that it is restrict to illicit enrichment or immediate public purse damages acts is already antique, also showing itself as the severe principles violation, including the efficiency one. It urges to demonstrate not only the concept, the characterization and the subjective element of improbity acts typified by the Law 8.429/92, but also, with the construction of a hypothetical casuistry, the ways with which the studied principle inspires that legal diploma interpretation.

Key-words: Efficiency principle. Administrative improbity. Principle violation. Inefficiency.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	OS PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	14
2.1.	Conceito de princípio – diferenciação entre princípios e regras.....	15
2.1.1.	<i>A colisão entre regras.....</i>	15
2.1.2.	<i>A colisão entre princípios.....</i>	16
2.1.2.1.	<i>Observações sobre a colisão de princípios.....</i>	17
2.1.3.	<i>A colisão entre regras e princípios.....</i>	19
2.2.	Funções e eficácia dos princípios.....	21
2.2.1.	<i>As funções e a eficácia dos princípios.....</i>	22
2.3.	Os princípios no Direito Administrativo.....	25
2.3.1.	<i>Princípios e constitucionalização no Direito Administrativo.....</i>	25
2.3.2.	<i>Características dos princípios no Direito Administrativo.....</i>	26
2.3.2.1.	<i>A generalidade.....</i>	26
2.3.2.2.	<i>A aproximação à ideia de Direito: o princípio da Juridicidade.....</i>	27
2.4.	Os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados.....	28
2.4.1.	<i>Conceitos jurídicos indeterminados – definição.....</i>	29
2.4.2.	<i>Classificações.....</i>	31
2.4.3.	<i>A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados.....</i>	33
3.	OS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTEÚDO ESPECÍFICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	37
3.1.	Os modelos de Administração Pública.....	37
3.1.1.	<i>A Administração Pública Patrimonialista.....</i>	37
3.1.2.	<i>A Administração Pública Burocrática.....</i>	38
3.1.3.	<i>A Administração Pública Gerencial.....</i>	43
3.2.	O conteúdo específico do princípio da eficiência.....	48
3.2.1.	<i>A questão terminológica.....</i>	48
3.2.2.	<i>Caracterização geral.....</i>	50
3.2.3.	<i>A eficiência como economicidade.....</i>	54
3.2.4.	<i>A eficiência como utilidade</i>	56
3.2.5.	<i>A eficiência como celeridade.....</i>	59

4.	MORALIDADE ADMINISTRATIVA, IMPROBIDADE E INEFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	61
4.1.	Moralidade administrativa	61
<i>4.1.1.</i>	<i>Moral e Direito.....</i>	<i>61</i>
<i>4.1.2.</i>	<i>Moralidade e legalidade – autonomia dos princípios.....</i>	<i>64</i>
<i>4.1.3.</i>	<i>O conteúdo específico da moralidade administrativa.....</i>	<i>65</i>
4.2.	Improbidade Administrativa.....	70
<i>4.2.1.</i>	<i>Corrupção e improbidade.....</i>	<i>70</i>
<i>4.2.2.</i>	<i>Moralidade e conceito de improbidade.....</i>	<i>74</i>
<i>4.2.3.</i>	<i>Improbidade, gravidade da violação a princípios e espécies de dano.....</i>	<i>78</i>
<i>4.2.3.1.</i>	<i>Supremacia do interesse público e regime jurídico-administrativo.....</i>	<i>81</i>
<i>4.2.3.2.</i>	<i>Ideia de Democracia e confiança no Estado.....</i>	<i>82</i>
<i>4.2.3.3.</i>	<i>Dano moral.....</i>	<i>84</i>
<i>4.2.3.4.</i>	<i>Dano material.....</i>	<i>86</i>
<i>4.2.4.</i>	<i>Revisitação do elemento subjetivo dos atos de improbidade por violação ao caráter principiológico do Direito Administrativo.....</i>	<i>87</i>
<i>4.2.4.1.</i>	<i>Conceito de dolo e de culpa.....</i>	<i>88</i>
<i>4.2.4.2.</i>	<i>Violação a princípios e culpa grave.....</i>	<i>92</i>
<i>4.2.5.</i>	<i>Improbidade e ineficiência – demonstrações finais do liame.....</i>	<i>95</i>
<i>4.2.6.</i>	<i>Casuística propositiva da ineficiência como improbidade.....</i>	<i>99</i>
<i>4.2.6.1.</i>	<i>Ineficiência em atos de ofício como atos vinculados.....</i>	<i>100</i>
<i>4.2.6.2.</i>	<i>Ineficiência em atos de ofício como atos discricionários.....</i>	<i>104</i>
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
	REFERÊNCIAS.....	113

1. INTRODUÇÃO

A análise da experiência brasileira de Administração Pública parece levar ao reconhecimento de dois problemas metastáticos a ela inerentes: a ineficiência e a corrupção dos agentes públicos. No primeiro caso, não é raro que se ouçam afirmações como “Fulano assumiu um cargo público! Agora vai levar uma vida boa...”; no segundo, é emblemática a ideia de “Todo político é ladrão!”, frases que infelizmente soam como resumo e brasão lúgubre daquela realidade.

Com relação à corrupção (que, em rigor, não é sinônimo exato de “improbidade”), a doutrina nacional é farta, pois o fenômeno desse tipo de escândalo público parece se inserir na própria história do País – e se, por um lado, afirmar isso é correr o risco de emitir afirmação extrema e sem fundamento científico, por outro, salta aos olhos que é para isso que converge a opinião pública, o que por si só é já motivo de alerta social e, daí, de estudo jurídico.

Com efeito, não são incomuns notícias de imoralidades, de desvios de verbas, de malversação dos recursos públicos, de utilização do erário para favorecimentos pessoais, de enriquecimento ilícito à custa do preço tributado pelo cidadão ao Estado, de violação, enfim, a princípios caros à Administração Pública.

A respeito da ineficiência, a ideia de notícia cede espaço à de vivência. É corrente na opinião pública a afirmação de que basta que se adentrem as repartições públicas para constatar empiricamente o cotidiano de despreparo e de má-vontade com que, muita vez, os agentes públicos trabalham.

Aqui, a doutrina ainda é nova: o ideal de eficiência emerge com maiores potencialidades a partir do surgimento do paradigma gerencial de Administração Pública, paulatinamente absorvido pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, que, com a Reforma Administrativa levada a efeito nos últimos anos, elevou a Eficiência à categoria de princípio constitucional.

Os dois assuntos – (in)eficiência e improbidade – são, em geral, estudados de forma apartada. É nesse ponto, portanto, que se lança a pergunta-fundamento do presente trabalho: não poderia a grave violação ao Princípio da Eficiência configurar Improbidade administrativa?

Tal pergunta atrai uma série de outros questionamentos. Assim, (1) o que se entende por “princípios”? (2) A que servem e de que forma atuam no Ordenamento

jurídico? (3) Que fenômenos sociais foram esses que construíram o padrão de Administração Pública gerencial e, daí, a noção de Eficiência? (4) Qual o conteúdo específico do dito Princípio da Eficiência? (5) O que é Improbidade? (6) De que formas a violação a princípios – com que gravidade, com que repercussão jurídico-social, sob o signo de qual elemento subjetivo – consubstancia tal mácula administrativa? (7) Em que casos, afinal, a ineficiência configura improbidade?

A resposta a essas perguntas são antecedidas, como se é de presumir, pelo estudo de todos e de cada um dos elementos que as compõem. Assim, quer-se estruturar esse trabalho em três diferentes capítulos, que antecedem logicamente as considerações finais possíveis.

No primeiro capítulo, de viés mais instrumental – porque se presta antes a refinar muitos dos conceitos *a priori* e da terminologia de que se vão valer os capítulos seguintes –, debatem-se os conceitos básicos do trabalho. Impossível, portanto, não enfrentar, de início, o conceito de princípios, as diferenças e as aproximações que mantêm com as regras, as formas de resolução de suas colisões, suas funções.

Em seguida, de maneira cada vez mais concentrada, pretende-se entender a principiologia do Direito Administrativo, trazendo à tona as características dos princípios nessa seara de conhecimento e as consequências de sua constitucionalização.

Por fim, deparam-se as formas de relação entre princípios e conceitos jurídicos indeterminados – já adiantando, nesse sentido, informação sobre o conteúdo relativamente vago da Lei de Improbidade Administrativa –, o que fatalmente conduz a pesquisa ao enfrentamento, embora perfunctório, da discricionariedade administrativa.

No segundo capítulo, verificam-se as características de cada um dos chamados modelos de Administração Pública, pautando o contexto histórico de evolução entre o Patrimonialismo, a Burocracia e o Gerencialismo, que culmina com o surgimento do dever de eficiência do agente público.

Em seguida, procura-se entender o princípio da eficiência – já também reconhecida como um conceito jurídico indeterminado – e o seu conteúdo específico, realizando o recorte epistemológico de analisá-lo sob os aspectos da economicidade, da utilidade e da celeridade.

No último capítulo, por fim, pretende-se esmiuçar a ideia de Improbidade administrativa. Estudar-se-á ali, por questão de coerência com o objeto do trabalho (em grande medida, a principiologia administrativa), a moralidade administrativa, a relação

entre direito e moral, o conteúdo específico daquele princípio e a sua eventual autonomia com relação a outras normas daquela mesma espécie.

Depois, associando-a à (i)moralidade, conceitua-se e caracteriza-se a improbidade administrativa, estudando sua configuração por violação a princípios e, daí, sua gravidade, a depender do dano ou das consequências sociais que possa acarretar – o que, por certo, passa necessariamente por entender (e mesmo revisitar) o elemento subjetivo dos atos de improbidade por desrespeito ao caráter principiológico do Direito Administrativo.

Cabe, por fim, identificar exemplificativamente de que formas e em que situações a violação ao princípio da eficiência terá configurado improbidade administrativa.

2. OS PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A definição e, logo, a conceituação do que seja Princípio é não só uma das tarefas mais árduas que enfrentam os doutrinadores, mas também, por natural consequência, uma das matérias sobre que mais copiosamente hão versado os autores. Natural, portanto, encontrar-se uma profusão de considerações – muitas vezes contraditórias, inclusive por problemas de terminologia ou de tradução¹ – sobre o tema, havendo mesmo quem tenha adotado posição niilista, resignando-se em tachar impossível a pacificação da questão.

Não se almeja, portanto, por se esgotarem, aqui, os conceitos possíveis de Princípio (e, daí, os de Regra). Primeiro porque, antes de adentrar a matéria, a doutrina parece esbarrar em empecilho metodológico, adotando-se premissas e critérios absolutamente diferenciados para o enfrentamento teórico² do assunto. Depois porque não é o enfoque principal de estudo. Finalmente, porque o espaço aqui disponibilizado é de todo diminuto.

Assim, prefere-se trazer à baila o posicionamento de autores mais debatidos na seara, a fim não de destrinchar à minúcia os conceitos por eles elaborados, mas, um pouco menos, de estabelecer entre eles ligações lógicas que permitam, mantendo a coerência interna do trabalho, ressaltar quase artificialmente este ou aquele aspecto funcional³, notadamente no que diz respeito às interações que pode haver entre um Princípio e uma Lei – supostamente berço de Regras – repleta de Conceitos Jurídicos Indeterminados, como parece ser a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

¹ Mello (2010, p. 53) traz o alerta de que a palavra “princípio”, que diz não ter dono, pode servir a inúmeros “objetos mentáveis”. Carrió (1970 *apud* MELLO, 2010, p. 53) refere-se a rol de 11 significados para a expressão.

² Canotilho (1992, p. 172-173) cita uma série de critérios possíveis: “grau de abstração” – a abstração de princípios seria relativamente elevada, em comparação ao (grau) relativamente reduzido de regras –, “grau de determinabilidade” – princípios carecem de mediação concretizadora de legisladores ou de juízes, enquanto regras se podem aplicar diretamente –, “carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito” – princípios seriam mais importantes, seja pela sua posição hierárquica, seja pela sua notabilidade estruturante do próprio sistema –, “proximidade’ da ideia de direito” – princípios seriam “standards” vinculados a exigência de justiça; regras podem ter “conteúdo meramente funcional” –, “natureza normogenética” – princípios são fundamento, base ou *ratio* de regras jurídicas.

³ Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 17, grifo dos autores) ressaltam que “Qualquer classificação, para ter alguma valia – observava o mestre Roberto Lyra Filho –, deve ser *lógica* e possuir certa *utilidade*.”

2.1. Conceito de princípio – diferenciação entre princípios e regras

Os estudos de Alexy (2008, p. 85) se voltam precipuamente para a teoria dos direitos fundamentais, que, embora não seja objeto desta pesquisa, traz à tona a distinção entre regras e princípios como primeiro norte.

Reconhecendo haver “uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos”, sobre que acima se escreveu, qualifica regras e princípios como “razões para juízos concretos de dever-ser”, espécies do gênero norma (ALEXY, 2008, p. 87).

Afirma, munido disso, que existem basicamente três grandes grupos teóricos sobre a questão: aquele a partir de que a diferenciação entre regras e princípios seria, na verdade, impossível; aquele em que, não obstante possível estremar tais normas, o ponto distintivo residiria no *grau* (de generalidade, por exemplo⁴); e, por fim, aquele a que o autor se filia: a diferença não seria meramente gradual, mas sim *qualitativa*⁵ (ALEXY, 2008, p. 89-90).

Afinal, define o autor:

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...] Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; [...] Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. (ALEXY, 2008, p. 90-91, grifo do autor).

Em seguida, o autor aprofunda sua teoria partindo do pressuposto da *colisão*: (1) colisão entre Regras, (2) colisão entre Princípios e, embora mais discretamente, (3) colisão entre Princípio e Regra.

2.1.1. A colisão entre regras

Alexy (2008, p. 92-93) vincula a resolução de uma situação de colisão (denominada *conflito*) de Regras (1) à noção de validade, qualidade impassível de

⁴ Canotilho (1992, p. 173) aponta ainda que a tal diferença de grau poderia se dar “quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo”.

⁵ Ávila (2006, p. 39) dispõe os autores entre aqueles que sustentam suas teorias em “distinções fracas” e em “distinções fortes”.

graduação: ou há cláusula de exceção a eliminar o atrito⁶ ou uma das normas deve ser declarada inválida (incapaz de gerar efeitos jurídicos)⁷, segundo os critérios propostos por Bobbio (1982, p. 71-115). Regras se aplicam, assim, por uma lógica de tudo-ou-nada (DWORKIN, 2010, p. 39).

2.1.2. A colisão entre princípios

Por sua vez, a colisão entre Princípios (2), que se resolve não no campo da validade, mas sim na *dimensão do Peso*⁸ (DWORKIN, 2010, p. 42), gera a precedência (não invalidade) de uma norma sobre a outra, desde que verificadas *certas condições*: se abstratamente estão no mesmo nível, resolve-se o impasse, *no caso concreto*, a partir do “sopesamento dos interesses conflitantes”⁹ (ALEXY, 2008, p. 93-95).

Ainda sobre essa precedência condicionada, Alexy (2008, p. 97) aponta que “A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder”. Para isso, constrói breve teorema de que resulta o seguinte postulado:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma *regra* que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.¹⁰ (ALEXY, 2008, p. 99, grifo nosso).

⁶ É clássico o seu exemplo: os alunos sabem que só podem sair da escola quando tocar a sirene sinalizando o término da aula. Se, todavia, algumas horas antes, o alarme de incêndio soar? Como se devem portar os alunos? Ou melhor: que enunciado deve prevalecer? A resolução vem do matiz da excepcionalidade: *os alunos só devem sair da aula quando a sirene tocar, salvo se, antes, soe o alarme de incêndio*. (ALEXY, 2008, p. 92)

⁷ Para Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 53, grifo dos autores), “as *regras* são aplicadas à maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, [...] as suas prescrições incidirão necessariamente sobre esses fatos, [...] afastando – como *inválidas* – outras regras que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com elas.”

⁸ Rothenburg (2003, p. 37; 39) fala em incidência de princípios inteiros, mas de força modulada. Tais normas, assim seriam aplicadas segundo uma lógica do “pouco a pouco”.

⁹ Existe, portanto, um claro enfoque hermenêutico na questão. Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 55) convertem a noção de “conflito” em “tensão” ou “mal-estar hermenêutico”, que o jurista, ao longo do processo interpretação-aplicação do direito, teria de superar. Canotilho (1992, p. 196) aponta que essa superação, no caso concreto, é imprescindível, pois, caso algum princípio detivesse validade absoluta, poderia haver um “destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental”. Zagrebelsky (2009, p. 110) afirma que, para a análise de regras, o intérprete se deve munir de “*métodos de la interpretación jurídica*” e volver sua análise à linguagem do legislador. Para a lida com Princípios, que teriam “*significado lingüístico [...] autoevidente*”, deve-se manter o enfoque não propriamente sobre as palavras, mas, antes, sobre “*tradiciones históricas, contextos de significado, etc., y que, más que ‘interpretadas’ a través del análisis del lenguaje, deben ser entendidas en su ethos*”. Tem-se, assim, uma aproximação das ideias de Princípio e de Valor (CANOTILHO, 1992; MORAES, 2004; CUNHA, 2006; MARTINS, 2008).

¹⁰ Em outras palavras: “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (ALEXY, 2008, p. 102).

Disso decorre, portanto, que a diferença entre regras e princípios reside também em sua diferente natureza *prima facie*: aos princípios corresponderiam mandamentos de índole maleável que, todavia, devem ser realizados, *diante do caso concreto*, na “maior medida possível”; às regras, mandamentos definitivos¹¹, em que se contornam com mais clareza as possibilidades jurídicas e fáticas¹² (ALEXY, 2008, p. 103-104).

Assim, regras se aplicam por subsunção; princípios, por sopesamento (SILVA, 2009, p. 46). Além disso, regras estabelecem *direitos definitivos*, enquanto princípios, considerados isoladamente, geram direitos *prima facie* (ALEXY, 2008; SILVA, 2009).

2.1.2.1. *Observações sobre a colisão de princípios*

Conforme predita Ávila (2006, p. 62-63), entende-se – e isso é de extrema importância para o que aqui se analisa – que as interações Regra-Regra, Princípio-Princípio e Princípio-Regra (as duas últimas com maior importância para o presente trabalho) vão além da *colisão*, que, assim, seria uma *interação de inibição* (total ou parcial)¹³, podendo mesmo haver *interações de estímulo*¹⁴. O autor menciona ainda haver princípios cuja aplicação em nada interfira nos fins ideais de outra norma da mesma natureza¹⁵.

A coerência interna da obra de Alexy – cujos conceitos, adiante-se, são afinal adotados como preliminares teóricos deste trabalho –, claro, não é prejudicada pelas

¹¹ Alexy (2008, p. 106) descreve que princípios são sempre “razões *prima facie*” e que regras, salvo as exceções possivelmente estabelecidas, são “razões *definitivas*”.

¹² Silva (2009, p. 59-60) ressalva, todavia, que tal distinção não pode levar à confusão entre “tudo-ou-nada” ou “subsunção” – que são vocábulos referentes à aplicação – e “automatismo” ou “facilidade na interpretação” – que, assim, diriam respeito à quantidade, ao refinamento ou à dificuldade do trabalho do hermenêuta. Em outras palavras, a diferença entre os dois tipos de norma não se funda na dificuldade de interpretação ou na vagueza de seus termos.

¹³ Ávila (2006, p. 62-63) esclarece que existem situações em que a concretização do fim estipulado por dado princípio exclua a realização do fim estipulado por outro, desde que tais normas apontem para “finalidades alternativamente excludentes”. Em algumas situações, a realização do “estado ideal de coisas” de um princípio leva à realização parcial do fim designado por outro. O autor alerta que, nesse caso, existe também interação positiva (complementação). Silva (2003, p. 621) ressalva que, apesar de possível diante de determinado caso concreto, esse tipo de interação em nada influencia o conceito de princípios de Alexy: em outra situação, condições diversas podem conduzir a um resultado diferente, não havendo, assim, exclusão, por invalidade, do Ordenamento.

¹⁴ O autor (ÁVILA, 2006, p. 62) menciona hipóteses em que “a realização do fim instituído por um princípio sempre leve à realização do fim estipulado por outro [...] Nessa hipótese não há limitação recíproca entre princípios, mas reforço entre eles”.

¹⁵ Ávila (2006, p. 63) relata que pode haver situações em que certos princípios, que apõem fins indiferentes entre si, não interfiram nos fins respectivamente estipulados.

considerações de Humberto Ávila. Com efeito, o doutrinador alemão expõe que seu *conceito* de Princípios (mandamentos de otimização) só existe quando da pressuposição de um choque entre eles – e daí viria a “relação constitutiva que os princípios têm com outros princípios”. De outra forma, vistas isoladamente, tais normas seriam “mandamento de maximização relativo apenas às possibilidades fáticas”, não jurídicas (ALEXY, 2008, p.95).

Entende-se que há inafastável razão em seu pensamento, mas ligeira incompletude (a par das lições de Humberto Ávila acima referidas): se é verdade que a *possibilidade* de coexistência conflitante (que se resolve de uma maneira específica) de princípios seja imanente ao seu *conceito* e, desde logo, estabeleça certa forma de interação (o que se quer aqui chamar de constituição negativa ou por *limitação* – a dita interação de inibição), nada impede (e por essa outra máxima não se exclui) que um princípio possa, em dado caso concreto, matizar ou catalisar a ação de outro (o que aqui se quer chamar de constituição positiva ou por *catálise* – interação de estímulo).

É nesse sentido a lição de Rothenburg (2003, p. 37), ao admitir que, em determinados casos, existe concorrência de princípios quando tais normais ajam por convergência e, conseqüentemente, por composição sobre determinado caso, a exemplo da moralidade e da impessoalidade na Administração Pública.

Em outras palavras, quer-se dizer que, embora o fenômeno da colisão (e, principalmente, *da maneira específica* como se resolve essa eventual colisão no caso concreto) seja essencial ao conceito de princípio, não ficam prejudicadas, ultrapassada essa premissa, interações de outra ordem ou qualidade.

Dessa forma, embora a noção de *colisão* seja essencial para o estabelecimento de um *conceito* do que seja princípio, o estudo sobre o *conteúdo específico* de tal ou qual princípio pode ser feito de forma *isolada*¹⁶ ou mesmo em *interação positiva* com outro princípio. Trata-se, assim, de uma análise *caeteris paribus*, em que se afastam algumas circunstâncias possivelmente incidentes¹⁷ sobre um caso concreto para melhor analisar determinado fenômeno.

¹⁶ O próprio Alexy (2008, p. 96) faz a ressalva: “ela [a definição geral escolhida por ele] não exclui, se for conveniente, a adoção de um ponto de vista no qual princípios sejam considerados em si mesmos ou de forma isolada, o que ao longo do texto ocorrerá com frequência”.

¹⁷ Silva (2009, p. 50) defende que, em um caso concreto, devido à “tendência expansiva do conceito de princípios”, muito dificilmente a realização ideal de um princípio não vá esbarrar – entrar em rota de colisão – na realização de outra norma da mesma natureza.

Entende-se, aliás, ser *impossível* o estudo de princípios de outra forma. Isso porque *hipótese de incidência* (aqui lida como o conteúdo *prima facie* típico dos princípios) – ficção – não se confunde com *fato gerador* (aqui visto como o “*caso concreto*”, acima referido por várias vezes) – realidade –, que, em verdade, encontra-se no campo do *inefável*¹⁸. Seria impossível apreender todos os elementos, circunstâncias e fatores que influenciam determinado fenômeno ou resultado¹⁹ (no caso, a definição precisa da *regra* de que fala o teorema acima descrito).

Ora, se, por isso, somente a *hipótese de incidência* é linguisticamente apreensível, e se ela é sempre uma forma de ficção, nada impede que se module o seu âmbito de abrangência para que se tente analisar, *de forma isolada* – ou, quando muito, em interação (positiva) com o Princípio da Moralidade –, o Princípio da Eficiência.

2.1.3. A colisão entre regras e princípios

Resta ainda tratar das interações entre Princípio e Regra (3), que, em Alexy, também ganha contornos exclusivos de colisão. Na realidade, o autor trata do assunto de forma rarefeita, que pode ser resumida ao seguinte pensamento:

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados ‘princípios formais’. (ALEXY, 2008, p. 105, grifo do autor).

¹⁸ Para aprofundamento da matéria, verificar Carvalho (2007, p. 255-262). Lá, aponta-se que “A respeito do fato que realmente sucede no quadro do relacionamento social, dentro de específicas condições de espaço e de tempo, que podemos captar por meio de nossos órgãos sensoriais, e até dele participar fisicamente, preferimos denominar *evento jurídico tributário*, reservando a locução *fato jurídico tributário* para o relato linguístico desse acontecimento. Fato jurídico porque tem o condão de irradiar efeitos de direito [...]”.

¹⁹ Surge aqui a referência linguística e filosófica imagetivamente sugerida por René Magritte no célebre quadro “*Ceci n’est pas une pipe*” (em tradução livre, “isto aqui não é um cachimbo”), em que tal frase é colocada logo abaixo do desenho de um cachimbo. Tudo o que se fale aqui será sempre, por necessidade, mera representação de um objeto. Com efeito, para o recorte perfeito da dita *regra* que resulta do teorema de Alexy, precisar-se-ia entender todas as microvariantes do caso: o que levou as partes a agirem como agiram, os processos históricos, sociais, psicológicos e econômicos que fundaram determinados valores, princípios e regras em determinada sociedade, os fatores que levaram o juiz do caso concreto – que variam desde sua experiência idiossincrática global (Carvalho (2007, p. 264, grifo do autor) menciona que “na realidade social em que vivemos, experimentamos sensações visuais, auditivas, tácteis, que suscitam noções”), até elementos conjunturais, como uma morte na família que o sensibilize mais, uma dor de cabeça que o torne mais irritado – a decidir de tal ou qual forma etc.

O assunto é mais aprofundado por Silva (2009, p. 51-56), ao ensinar que as duas soluções que vêm por intuição – resolução do conflito por sopesamento ou resolução do conflito no campo da validade – são deveras problemáticas, tendo em vista que o conceito de regras e princípios surge exatamente do método característico – e, portanto, necessariamente distinto – de ultrapassar uma eventual colisão no caso concreto²⁰.

O pensamento do autor é complexo (e se fixa à casuística), mas ali se esclarece que ou a regra (R) já foi resultado de um sopesamento de princípios levado a efeito pelo próprio legislador – caso em que não haveria, de fato, colisão, mas sim restrição (SILVA, 2009, p. 52) – ou a ela se adiciona, por obra de juízes, uma outra regra (R’), fruto de um sopesamento inicial (mas, claro, posterior àquele que pode ser realizado pelo Legislativo) entre o princípio que sustenta a regra (R) e o princípio com ela colidente.

Como R’ já se encontraria, por assim dizer, consolidada, não caberia um sopesamento posterior a ser realizado caso a caso (como acontece com princípios, segundo as noções de *precedência condicionada*), devendo ser aplicada por mera subsunção. R’, que surge pelo sopesamento *a priori* de certos princípios e que, a partir daí, é aceita uniformemente pelos tribunais, resolve o conflito e passa, então, a comandar um dever definitivo, “típico das regras” (SILVA, 2009, p. 55-56).

De todo modo, a questão da resolução do conflito entre princípios e regras, que ainda aparenta ser um pouco problemática²¹, perde um pouco da utilidade ao assumir-se aqui a mesma posição que se assumiu ao tratar do conflito entre princípios: mais importante aqui será delinear os resultados possíveis de interações *positivas* entre um Princípio – o da Eficiência, na espécie – e determinadas regras da Lei nº 8.429/92, notadamente a do seu artigo 11, inciso II²².

²⁰ Na primeira hipótese, assim, poderia haver alguma regra que, diante de um caso concreto, seja afastada, embora não expelida do Ordenamento Jurídico – o que já subverte a ideia de que regras não tem dimensão de peso. Na segunda situação, se o princípio tivesse de ceder em favor de outra norma, teria de ser irrevogavelmente expelido do Ordenamento, o que vai de encontro ao próprio conceito de princípio (SILVA, 2009, p. 51).

²¹ Inclusive porque, em certa medida, os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva parecem pressupor uma *absoluta pacificação de entendimento jurisprudencial*, a afastar o sopesamento caso-a-caso. É verdade empiricamente sabida que, em nossos tribunais, pululam decisões divergentes e que, ainda que haja um consenso, ele só vem depois de um período considerável de tempo.

²² “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...) II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.”. (BRASIL, 1992).

Entende-se, assim, que a norma inserta no inciso supramencionado tem natureza de regra. Reproduz-se, desde logo, a fim inclusive de afastar qualquer crítica à coerência dos raciocínios aqui desenvolvidos, a pergunta com que Silva (2009, p. 60) pretende desconstituir um dos exemplos trazidos por Ávila²³ (2006, p. 53): com base em que parâmetros essa norma pode ser classificada como regra?

Pode-se dizer: por escolha. Isso porque, como se entende, para a análise que aqui se quer levar adiante, esse esclarecimento é desimportante: seja (sub)princípio, seja regra, a norma inserta no art. 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa sofrerá as mesmas influências do Princípio da Eficiência. Ademais, o próprio Alexy (2008, p. 141) admite que um mesmo enunciado tenha *dúplice préstimo*, albergando regras e princípios.

Mais importante, portanto, será discorrer sobre as funções dos princípios e, ainda mais, sobre os efeitos e consequências de sua aplicação sobre um princípio decorrente (subprincípio) ou sobre uma regra com que estabeleçam uma *interação positiva*, nos termos supradelineados. Como já adiantado, tais efeitos e consequências são de todo similares, motivo por que, repita-se, foge ao espaço deste trabalho tentar definir a natureza jurídica da norma mencionada.

É tempo, portanto – e abstendo-nos de analisar as críticas que Humberto Ávila tece às teorias de Alexy²⁴ – de proceder ao estudo das funções e da eficácia de princípios.

2.2. Funções e eficácia dos princípios

Cabe, de início, retratar que, embora se tenham adotado as premissas teóricas (sobre o conceito de princípios) de Alexy, nada impede que, no estudo das funções ou

²³ O autor quer afirmar que nem a ponderação é método privativo de resolução de conflito de princípios (podendo-se, portanto, aplicar ao de regras), nem a dimensão de peso é exclusiva desse tipo de normas. Para isso, contrapõe duas normas do Código de Ética Médica que tacha de *regras*: uma que determina que o médico não se pode furtar de dizer toda a verdade ao paciente sobre sua doença, outra que estabelece que o médico deve tomar mão de todos os meios disponíveis para tratar o paciente (e, nesse caso, omitir informações sobre a doença seria de imensa valia ao próprio tratamento).

²⁴ Ávila (2006, p. 41-64) critica inúmeros pontos da teoria de Alexy – muitas das críticas, aliás, rebatidas por Silva (2003, 2009). A polêmica parece existir também (com argumentos não exatamente coincidentes) entre Dworkin e Raz (DWORKIN, 2010, p. 113-125). Por falta de espaço, preferimos não analisar tais críticas, inclusive porque não é nossa principal finalidade, aqui, definir rigorosamente o que sejam princípios.

da eficácia de princípios, remetamos o leitor às ideias de autores que adotem outros referenciais teóricos.

Não há contradição no raciocínio, tendo em vista que, aqui, repita-se, realiza-se um estudo *caeteris paribus*, em que o Princípio da Eficiência surge, senão isolado – o que, reitere-se, é admitido pelo próprio Alexy –, afastado de possíveis colisões.

Disso decorre outra consequência (ou, antes, recorte epistemológico): a análise feita nos capítulos seguintes parte do pressuposto daquilo que Ávila (2006, p. 97-99) chama de “eficácia interna”, atuação de norma sobre norma, sobre o próprio sistema²⁵. A eficácia externa – que, de resto, dirige-se à “compreensão dos próprios fatos e normas” – será, por ora, relegada ao segundo plano.

2.2.1. As funções e a eficácia dos princípios

Canotilho (1992, p. 173) defende que “os princípios são multifuncionais”. Podem servir de cânone hermenêutico, travestidos de função argumentativa; podem ser fator de integração ou complementação do direito, ao “revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo”, por exemplo.

Ávila (2006, p. 97), relatando que princípios são normas importantes para a compreensão exata das regras, reconhece neles uma aptidão a “produzir efeito em diferentes níveis e funções”, o que já revelaria, por si mesma, uma “função eficaz”.

Cunha²⁶ (2006, p. 191), ressaltando que seria sempre possível perquirir de uma função específica de determinado princípio (ao princípio da moralidade corresponderia uma função moralizadora; ao da isonomia, “igualizadora” etc.), elenca rol de funções genéricas:

²⁵ Sobre o assunto, Caetano (1977, p. 51, grifo do autor) ensina que “Semelhantemente, num sistema de normas, existe para cada setor individualizado – no nosso caso o administrativo – o trajeamento característico formado pelas normas que chamamos *fundamentais*. [...] Mas essas normas são depois completadas, desenvolvidas, aplicadas pelas disposições acessórias ou complementares que têm caráter *construtivo* ou instrumental. Quero dizer com isto que se trata de preceitos que vão, em diversos planos, tornando eficaz, mediante providências preventivas ou outras, o objetivo visado pelas normas fundamentais”.

²⁶ O autor utiliza nomenclatura própria, um tanto confusa e volátil, diferenciando regras, princípios e normas (CUNHA, 2006, p. 52-58). De toda forma, quando entendermos que se utilizou “norma” por “regra” (segundo os preliminares teóricos aqui adotados), faremos a observação. Não parece ser, de toda forma, total distorção do pensamento do autor, que, quando fala em “a mediatidade é característica do princípio jurídico, assim como a imediatidade é característica da norma”, remete-nos às ideias de “razões *prima facie*” e de “razões definitivas” de Alexy.

Quanto à operação (em sentido lato) do sistema, parecem-me seis as funções dos princípios: a) gerar normas (função nomogenética); b) orientar a interpretação (função hermenêutica); c) inibir a eficácia de norma que os contrarie (função inibitória); d) suprir a falta de norma (função supletiva); e) regular o sistema (função de regulação do sistema); f) projetar o texto sobre a sociedade (função de projeção).

Cunha (2006, p. 197) estrema eficácia, referente ao plano lógico de incidência da norma (*rectius*: regra), mundo jurídico, de efetividade, que diz respeito ao “plano concreto da efetividade” que é sua aplicação, mundo fático. Para Modesto (*apud* Cunha, 2006, p. 197), tratam-se, respectivamente, de “eficácia jurídica de vinculação” e de “eficácia jurídica de aplicação”.

O autor, que define eficácia como “a produção de efeitos pela norma [regra], mediante sua incidência”, ainda alerta que, ao se ouvir falar nesse mecanismo, é-se levado automaticamente à “realidade”, como se as consequências só se projetassem no mundo fático: salta-se, assim, uma série de outros “planos da realidade” (a lógica de conceitos, classes, categorias e, principalmente, de relações), excluindo, com isso, a possibilidade de a dita incidência se dar sobre outra norma (*rectius*: regra) (CUNHA, 2006, p. 198).

Como aqui se quer defender, as considerações acima podem, sem ressalva, recair sobre princípios, cuja eficácia Cunha (2006, p. 199) ainda vincula ao “modo como se exerce sua função”. Ora, se, como visto acima, são seis as funções possíveis, tantos serão os tipos de eficácia (assim, fala-se em eficácia projetiva, nomogenética etc.).

As ideias do autor são de extrema importância para o trabalho aqui desenvolvido. A uma, porque relembra que as considerações aqui expandidas, a relativamente se afastarem de uma análise fática (ou do “caso concreto”), são, em verdade, um estudo *em tese* – ou, para usar termo alhures utilizado, uma *ficção*. A duas porque reforça a importância da observação, ainda no mundo lógico, da interação eficaz entre normas (sejam dois princípios, sejam um princípio e uma regra²⁷).

Assim, nessa toada de “eficácia interna”, Ávila (2006, p. 97-99) destaca duas possibilidades. Primeiro, os princípios atuam *diretamente*²⁸ no Ordenamento, sem interposição de outro subprincípio ou regra. Surgiria, daí, a função integrativa (aptidão a

²⁷ Sobre o assunto, Rothenburg (2003, p. 40) declara que “os princípios incidem sobre as regras, sempre que a estas caiba – como normalmente cabe – disciplinar mais diretamente a realidade”.

²⁸ Barroso (2009, p. 318) se refere a uma eficácia positiva ou simétrica. Binenbojm (2008, p. 49, grifo do autor) descreve que “o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de *mediação* do legislador, ações ou omissões da Administração”.

“agregar elementos não previstos” em outras normas). Nesse sentido, Rothenburg (2003, p. 22; 43) deduz que, mesmo que princípios não sejam retomados ou desenvolvidos por regras, é possível atender a pretensões oriundas exclusivamente dos tais princípios, no que chama “função regulativa”.

Segundo, a atuação dos princípios pode-se dar de forma *indireta*, quando é intermediado por outra norma. Extraem-se, daí, uma “função definitória” – em que um princípio ajuda a delinear o conteúdo de um princípio mais abrangente –, uma “função bloqueadora”²⁹ – ao afastar normas patentemente incompatíveis – e, principalmente, uma “função interpretativa”, “na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos”³⁰ (ÁVILA, 2006, p. 98).

Alexy (2008, p. 107) defende que tanto princípios quanto regras são razões para normas, sejam elas “universais (gerais-abstratas)” ou “individuais (juízos concretos de dever-ser)”. Assim, princípios podem ser razões para regras (ou, segundo aqui se entende, para um subprincípio) ou para “juízos concretos do dever-ser.”³¹; regras podem ser razões para outras regras ou para o deslinde concreto de uma questão.

Como já se deve ter percebido, envereda-se com maior detalhe pela seara da função interpretativa, notadamente nos efeitos dessa função sobre a definição de Conceitos Jurídicos Indeterminados. Como aduz Rothenburg (2003, p. 44), “Permitem, os princípios, revelar os valores que imantam os preceitos normativos, nem sempre tão evidentes sob a especificidade que as regras de ordinário assumem”. Barroso (2009, p. 319) fala em princípios como “vetores da atividade do intérprete”, sobretudo no trabalho com normas que admitam mais de uma interpretação.

²⁹ A ideia aparece no trabalho de Barroso (2009, p. 320) como “eficácia negativa”.

³⁰ O autor ainda menciona uma “função rearticuladora”, por que seriam responsáveis sobreprincípios, princípios de extrema generalidade que, a organizarem a própria lógica do Ordenamento e, por isso, a não poderem exercer função integrativa, permitem e dinamizam a relação entre os princípios menos abrangentes.

³¹ Relembrando seu Teorema, Alexy (2008, p. 108) complementa: “é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas”.

2.3. Os princípios no Direito Administrativo

2.3.1. *Princípios e constitucionalização do Direito Administrativo*

Cabe, aqui, breve observação. Embora já se tenham afastado do *conceito* de Princípio as noções de grau (de generalidade, v.g.) e de aproximação à ideia de direito, entendemos que, no Direito Administrativo (ou, ao menos, na parcela do Direito Administrativo objeto de nossa análise), tais qualificações não só podem, como devem ser levadas em conta. O próprio Alexy (2008, p. 108-109) admite tais qualificações, ao declarar que “Normalmente, princípios são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo” e que “sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial”.

Em outras palavras, no Direito Administrativo, princípios são, sim, mandamentos de otimização, razões *prima facie*, mas o são de forma qualificada por *generalidade* e por *aproximação da ideia de Direito*, notadamente diante do fenômeno de sua Constitucionalização.

Sobre o assunto – em breve parêntese, pois foge do enfoque deste Trabalho –, Barroso (2009, p. 374) descreve que “mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais”. Binenbojm (2008, p. 13; 26, grifo do autor) fala em “*filtragem constitucional* do Direito Administrativo”, relatando ainda que “a supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos”.

Assim, falava-se de duas características dos princípios na seara Administrativa: a generalidade e a proximidade à ideia de Direito, ambas decorrentes do sobredito fenômeno da Constitucionalização e ambas de rara importância para a coerência de nosso raciocínio.

2.3.2. *Características dos princípios no Direito Administrativo*

2.3.2.1. *A generalidade*

Com relação à generalidade, ela é pressuposto necessário do estudo de uma “função interpretativa”, ao menos da forma como a concebe Ávila (2006, p.98). O movimento, aqui, portanto, seria de cima para baixo – o que, claro, pressupõe uma diferença de grau. A conclusão vem do cotejo com aquilo que se chama de “função definitória”, que pressupõe o contrário, ação de baixo para cima: certa norma ajuda a definir o conteúdo de outra, mais abrangente. Além disso, o autor mesmo reconhece que a função interpretativa se dá sobre “normas de abrangência mais restrita”³².

Nesse sentido, ecoa também a voz de Mello (2010, p. 53, grifos atuais):

Princípio é, pois, por definição, *mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas*, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

A ele fazendo coro, Caetano (1977, p. 22) aponta que, ao se falar em “sistema de normas”, já se lida com uma construção científica que abarca conceitos diversos, alguns dos quais, se se queira, serão princípios, “cuja generalidade lhes dá maior importância na estruturação e caracterização do sistema e donde será lícito extrair, por dedução, as consequências logicamente neles contida”.

Rothenburg (2003, p. 17-19) anuncia que princípios são dotados de um elevado grau de abstração e de vagueza. Naquele primeiro sentido, seriam normas dotadas de largo âmbito de abrangência; neste último, de conteúdo largo e aberto, muita vez traduzido em enunciado de baixa densidade semântico-normativa³³.

³² De toda forma, seria leviano desconsiderar o caminho contrário. Rothenburg (2003, p. 31) menciona um “paradoxo da vinculação integral mas nunca exaustiva” de regras a princípios, que, assim, implicar-se-iam mutuamente. Canotilho (1993 *apud* Rothenburg, 2003, p. 32), citando Larenz, fala em “processo bi-unívoco de ‘esclarecimento recíproco’”.

³³ O que, todavia, não corresponde a uma completa diluição de sentido. Canotilho (1992, p. 197) revela que a indeterminabilidade dos princípios não se confunde com imprevisibilidade. Assim, os princípios não permitiriam opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios), mas sim projeções ou irradiações normativas com certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), que o autor interpreta serem “sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios”. Arremata, ao final, “Como diz DWORKIN, o ‘direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa’”.

De qualquer forma, desconsiderar que os princípios já carregam seu significado próprio e, assim, sustentar sua total indeterminação (ou vagueza) é retirar-lhes a “funcionalidade em termos de vinculação” (ROTHENBURG, 2003, p. 22).

2.3.2.2. *A aproximação à ideia de Direito: o princípio da Juridicidade*

Com relação à proximidade à ideia de Direito, querem-se reforçar os ideais supratranscritos de “mandamento nuclear do sistema” e de “importância na estruturação e caracterização do sistema” e, com isso, a importância dos princípios, cuja violação seria, assim, algo de considerável gravidade – o que também será de essencial importância ao desenvolvimento das ideias deste trabalho, notadamente quando se enfrentar a questão do elemento subjetivo dos atos de Improbidade administrativa.

Por enquanto, insta relatar que decorre do ideal de proximidade à ideia de Direito (que, por sua vez, decorre da generalidade e da Constitucionalização do Direito Administrativo³⁴) o chamado Princípio da Juridicidade (também chamado de “Princípio da Constitucionalidade” (GARCIA; ALVES, 2006, p. 50; BARROSO, 2009, p. 375)), que não só ganhou força em seio doutrinário, mas também aparenta já ter sido positivado³⁵.

Ora, com a chegada de determinados princípios à Norma Fundamental, fácil foi perceber que a atuação da Administração Pública não poderia se circunscrever à concepção clássica de legalidade – de contornos meramente formais –, mas, mais, também à de “harmonia com o Direito”, o que já traz em si embutida regras e princípios e, em última medida, é um matiz *substancial* da legalidade³⁶ (GARCIA; ALVES, 2006, p. 49).

Moraes (2004, p. 30, grifo da autora) observa que:

³⁴ Binenbojm (2008, p. 12, grifo do autor) afirma que “Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. (...) Talvez o mais importante aspecto dessa *constitucionalização* seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais”. Mais à frente, o mesmo autor arremata que “A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em *juridicidade administrativa*.” (BINENBOJM, 2008, p. 26).

³⁵ O art. 2º da Lei 9.784/99 traz: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I – *atuação conforme a lei e o Direito*”. (BRASIL, 1999, grifo atual).

³⁶ Freitas (2008, p. 198) escreve que o “*légicentrisme*” caducou. A adequação dos atos da Administração Pública deve-se dar também ao Direito em seu todo, “tarefa extremamente mais fecunda” do que o mero encaixe às regras de conduta.

A noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de *conformidade* dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direitos previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

Após a “crise da lei formal”, a juridicidade, que se mostra de várias formas, expressa-se, em primeiro lugar, “pelo conjunto de regras e princípios constitucionais” (BINENBOJM, 2008, p. 11-14)

Assim, se o vetusto conceito de “direito por regras” – ou de “Administração legal”, segundo o qual a “Administração é posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições” (FLEINER, 1933 *apud* MELLO, 2010, p. 75) – perde espaço para o chamado “direito por princípios” (GARCIA; ALVES, 2006; MORAES, 2004), urge reconhecer que a violação a princípios é tão ou mais grave que a violação a regras. Nesse sentido, também Bonavides (2007, p. 255-258), ao reconhecer a superioridade e a hegemonia material (não meramente formal) dos princípios na pirâmide normativa. O pensamento, repita-se, vai servir de ideal bisturi à dissecação do elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa.

2.4. Os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados

Não sem razão se disse, acima, que a tônica do estudo dos princípios recairia sobre sua função interpretativa ou hermenêutica. Ora, se a Lei de Improbidade Administrativa traz em seu bojo uma série de Conceitos Jurídicos Indeterminados; se tais conceitos, por carecem de perfeito delineamento linguístico ou normativo, demandam, cedo ou tarde, pela Administração – por critérios mais ou menos discricionários – ou pelo Juiz algum tipo de complementação de sentido, e se, em última medida, os princípios se prestam também a suprir (ou mitigar) essa incompletude, outra não poderia ser a abordagem.

Assim, para que um princípio – o da Eficiência, no caso – bem se proponha a resolver essa transitividade de sentido, é necessário que ele próprio tenha seu âmbito e sua qualidade de incidência esclarecidos. Em outras palavras e sob essa perspectiva, adianta-se, desde logo, que a própria noção de Eficiência se incrusta em uma espécie de Conceito Jurídico Indeterminado.

Dessa maneira, mister se faz estudar o conceito e a tipologia básica dessa categoria jurídica, cuja análise está intimamente atrelada, ao menos da forma como a maioria da doutrina aborda o assunto, à análise da discricionariedade administrativa. Daí também resultarão pensamentos que parcialmente adiantam um dos principais objetivos deste trabalho: conhecer do conteúdo específico do princípio da Eficiência.

2.4.1. Conceitos jurídicos indeterminados - definição

É necessário, de início, afastar qualquer pretensão de esgotar o tema. Com efeito, assim como o estudo dos princípios, as ideias em torno do que sejam – e a que servem e como se interpretam – conceitos jurídicos indeterminados são de todo tormentosas, motivo de imbróglios doutrinários de longa data. Trata-se, no dizer de Sousa (1994, p. 31) de verdadeira “*questio diabolica*”³⁷.

Adota-se, desde já, o posicionamento de alguns autores. Assim, de início, é pertinente diferenciar – e, com isso, já esclarecer um dos motivos de tal assunto ser tão controverso – dois momentos da análise de conceitos jurídicos indeterminados: de início, deve-se aclarar o próprio conceito, entendendo sua amplitude e sentido, seu padrão normativo, enfim; depois, voltam-se os questionamentos para a aplicação ao caso concreto³⁸ (SOUSA, 1994, p. 18).

A análise aqui expendida, como já se deve presumir, vestir-se-á daquelas primeiras lentes, procurando, de início e logo mais, entender o que sejam conceitos jurídicos indeterminados e qual a sua tipologia (segundo as premissas aqui adotadas). Depois, procura-se esmiuçar o sentido e o alcance das normas objeto de nosso estudo, o que deve acontecer nos próximos capítulos e, em última medida, é o objeto central deste trabalho. Esta outra análise (a partir da perspectiva do caso concreto) acontecerá, quando muito, para melhor densificar, por meio de exemplos, aquela primeira.

³⁷ Canotilho (*apud* Moraes, 2004, p. 66) anuncia que a própria *indeterminação* pode recair sobre diferentes elementos de uma norma, o que, por si, já torna dificultosa sua análise. Assim, poderia haver conceitos polissêmicos (com plurissignificação), conceitos vagos (de significação indefinida e obscura), conceitos ambíguos (que padecem de falta de clareza sintática), conceitos porosos (em que um conceito empírico deve ser revisto por ocasião de descobertas não previstas pelo legislador) e conceitos vazios (de sentido extremamente impreciso).

³⁸ A diferença parece estar também nas lições de Barroso (2009, p. 313). Embora já adentre, segundo sua própria classificação, a noção de discricionariedade, o autor revela ser problemática a diferenciação entre os elementos da estrutura binária de uma norma de conduta: “(i) a previsão de um fato e (ii) a atribuição a ele de uma consequência jurídica.”

Ultrapassada essa digressão, retoma-se Moraes (2004, p. 62-63), que ensina que, se o Direito é princípio de conduta, é a ele intrínseca a necessidade de comunicação, de transferência de conteúdo, que procura ser satisfeita quando as normas se constituem ou se estruturam por meio de palavras, signos linguísticos. Assim, “conceito”, para a Autora, seria “pensamento exteriorizado em palavras – isoladas ou em conjunto”, motivo por que algumas normas revelam conceitos jurídicos determinados – alguns com absoluta perfeição referencial, como “litro”, “metro”, “dólar”, “dó” (a nota musical) etc. –, outras, indeterminados.

Para Barroso (2009, p. 312), conceitos jurídicos indeterminados – que, junto aos princípios, seriam espécie do gênero “cláusulas gerais”³⁹ – seriam “expressões de sentido fluido”, que surgem quando o legislador, por falta ou por escolha, não esgotou, em sua normatização abstrata, as possíveis hipóteses de incidência.

Pietro (1991, p. 65) ensina que a expressão “conceitos jurídicos indeterminados” se presta a designar “vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado”.

Sousa (1994, p. 23-24) relata que é muito comum que se associem os “conceitos indeterminados” àqueles que detenham “elevado grau de indeterminação”. Embora teça críticas à ideia, revela que, para ele, entre conceitos determinados e indeterminados haveria apenas uma diferença de grau de indeterminação.

Assim, é de se concluir que, mesmo entre os conceitos jurídicos indeterminados, o grau de indeterminação pode abranger diferentes espectros (SOUSA, 1994, p. 23). Barroso (2009, p. 314) declara que “Na verdade, conceitos indeterminados têm áreas de certeza positiva, de certeza negativa e zonas de penumbra”. Jellinek (*apud* SOUSA, 1994, p. 24) admoesta que, mesmo nos conceitos jurídicos indeterminados, existem juízos isentos de dúvida, sejam positivos, sejam negativos – entre eles, haveria uma “zona intermédia de simples possibilidade”, verdadeira zona de “juízo problemático”. Moraes (2004, p. 64), citando terminologia de Bertrand Russel, menciona uma “zona de certeza positiva”⁴⁰, uma “zona de certeza negativa” e uma “zona de penumbra”, em que pululam incertezas.

³⁹ Sousa (1994, p. 20) aponta que é comum, na doutrina, a diferenciação entre cláusulas gerais – técnica legislativa – e conceitos jurídicos indeterminados.

⁴⁰ Nesse sentido, Mello (2006, p. 29) relata que mesmo os conceitos vagos, fluidos etc. apresentam “um conteúdo mínimo indiscutível”.

2.4.2. Classificações

Munido dessas ideias, Sousa (1994, p. 25-31) propõe uma tipologia dos conceitos jurídicos indeterminados⁴¹.

De início, depara-se com os chamados “conceitos descritivos”⁴², que não encerram tanta dificuldade hermenêutica: referem-se a objetos reais, sensíveis, que participam da “realidade” e que, embora possam suscitar dúvida em um primeiro contato, podem-se delinear objetivamente ao se recorrer à experiência empírica comum ou a conhecimentos técnicos ou científicos. São o caso de “homem”, “vermelho”, “morte”, “nascimento”.

Depois, têm-se os conceitos normativos, que podem ser “conceitos normativos em sentido estrito” e “conceitos normativos de valor”⁴³.

No primeiro caso, há aqueles que, não sendo apreensíveis pelos sentidos, encontram esteio hermenêutico diretamente no mundo das normas, de forma objetiva o suficiente a não se exigir uma complementação com valores. Como aqui se quer defender, são conceitos atinentes a uma terminologia tipicamente jurídica. Assim, além de “menor”, “casamento”, “indigno”, trazem-se os exemplos de “dação em pagamento”, “obrigação”, “competência” e, principalmente – porque o termo está na Lei de Improbidade Administrativa – “de ofício”.

No segundo caso (“conceitos normativos de valor”), há aqueles que, mais que se conectarem ao mundo jurídico, carecem de uma valoração, recorrendo-se a elementos alheios ao Direito. No dizer de Azevedo Moreira (apud SOUSA, 1994, p. 26), “enquanto a concretização dos primeiros se realiza através de uma remissão rigorosamente normativa, a dos segundos pressupõe valorações de base quase sempre extra-legal”⁴⁴. Nesse sentido, Moraes (2004, p. 63) ainda anuncia que, para além das dificuldades linguísticas, alguns conceitos exigem uma análise conjuntural, contextual⁴⁵.

⁴¹ As tipologias são várias e partem de diferentes pressupostos. Moraes (2004, p. 70), por exemplo, cita ainda conceitos vinculados e não vinculados, que se subdividem em conceitos discricionários e em conceitos de prognose.

⁴² Karl Engisch (apud MORAES, 2004, p. 67) usa a mesma terminologia.

⁴³ Karl Engisch (apud MORAES, 2004, p. 67) usa a mesma terminologia.

⁴⁴ Sousa (1994, p. 22) ainda alerta que o perfeito deslinde da questão dos conceitos jurídicos indeterminados passa pelo confronto com os princípios e direitos fundamentais do Estado de Direito, notadamente a partir das consequências sobre as garantias fundamentais do cidadão.

⁴⁵ Pietro (1991, p. 65) associa esse apego (apego à contextualidade) à ideia de mutabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados.

Uma terceira espécie de conceitos jurídicos indeterminados – que se relaciona intimamente com os conceitos normativos de valor – chama-se “conceitos discricionários”⁴⁶, que também necessitam de uma valoração, mas, agora, em âmbito celular: se a valoração dos conceitos normativos de valor parece ser fruto de processos sociais mais genéricos, no caso ora estudado ela se dá pessoalmente; trata-se de uma “valoração pessoal”.

Sobre o assunto, Barroso (2009, p. 312) relata que a complementação de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados passa por questões técnicas, baseadas em regra de experiência, em precedentes ou, por vezes, em elementos externos ao Direito. A discricionariedade, por sua vez, é resultado de juízo de conveniência ou de oportunidade, dentro de possibilidades previamente determinadas pelas normas pertinentes.

O autor, todavia, aproxima as duas noções, ao ressaltar que “o emprego dessa técnica [a do uso de conceitos jurídicos indeterminados] abre para o intérprete um espaço considerável – mas não ilimitado ou arbitrário – de valoração subjetiva.”.

Onde situar, portanto, a noção de “eficiência”? Se é certo que se trata de conceito jurídico indeterminado, seria de que espécie, “normativo de valor” ou “discricionário”?

A interrogação, por ora, parece desimportante. Adiantamos que, segundo a noção de discricionariedade aqui adotada e logo mais exposta, as duas espécies acabam se aproximando, sendo certo que, em um ou outro caso, tem-se de recorrer a elementos axiológicos, históricos, econômicos, conjunturais, todos, enfim, sindicáveis, em menor ou maior medida, pelo Judiciário – diante do Princípio da Juridicidade – no controle da Administração Pública.

É nesse sentido que Moraes (2004, p. 43) admoesta que:

A principalização do Direito, antes de abolir a categoria da discricionariedade administrativa, de erradicar a margem de liberdade de decisão como nota que a caracteriza ou de identificá-la à esfera do mérito do ato administrativo, modificou as conexões entre discricionariedade, lei e Direito; forneceu novos parâmetros jurídicos – não legais e que antes eram políticos, de exercício dessa liberdade e destacou o mérito como o ‘núcleo político’ da discricionariedade insuscetível de revisão jurisdicional. Deste modo, propiciou o controle jurisdicional de aspectos discricionários dos atos administrativos, distintos do mérito [...].

⁴⁶ Existe uma enormidade de posicionamentos sobre a relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa (SOUSA, 1994, p. 20-21). Não é aqui o enfoque do trabalho, motivo por que nos abtemos da discussão, adotando já uma premissa para a construção do raciocínio.

A questão passa, assim, pelo entendimento do que seja discricionariedade administrativa. Caminha-se ao largo pelo assunto, evitando-se maiores discussões sobre a relação entre conceitos jurídicos indeterminados, margem livre de apreciação pelo administrador público e, em última medida, discricionariedade administrativa. Um norte mínimo sobre o assunto, todavia, faz-se imprescindível.

2.4.3. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados

Aqui, as posições também são as mais diversas.

Há posições extremas, que dissolvem a ideia de discricionariedade administrativa.

Rupp (*apud* MORAES, p. 74) nega, sob premissa de repúdio à ideia de margem de livre apreciação, qualquer diferença de qualidade entre conceitos determinados ou indeterminados: a Administração está totalmente vinculada à lei (e, como já se viu, aos Princípios regentes).

Garcia de Enterría (*apud* MORAES, p. 75) anuncia que o controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados é sempre possível, pois se trata naturalmente de uma questão jurídica, em torno da lei ou da Constituição. A ideia reaparece em Bachof (*apud* SOUSA, 1994, p. 48), quando fala na “interpretação de conceitos” (embora a estreme da aplicação, subsunção dos fatos ao conceito, caso em que, aí sim, poderia haver margem de livre apreciação pelo administrador público).

São, repita-se, posições extremas. Houve-as também para o outro lado, ao se defender que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados dá sempre margem a livre apreciação do administrador. Posição intermédia – que aqui se adota – revela que existe, de fato, discricionariedade no emprego de tais conceitos, mas ela não implica “livre apreciação”, antes exigindo da Administração o alcance ao interesse público: a discricionariedade começa apenas onde termina a interpretação (PIETRO, 1991, p. 84).

Nessa toada, Mello (2006, p. 43) reduz o âmbito da discricionariedade, que ficaria restrita às situações em que a providência ideal – não obstante a existência de

conceitos jurídicos indeterminados na redação legal⁴⁷ – é “objetivamente incognoscível”⁴⁸, não se sabendo, no caso concreto, qual a solução ótima⁴⁹.

É interessante aqui reproduzir o périplo do autor rumo a essa conclusão.

Mello (2006, p.13-16) inicia este seu trabalho monográfico revisitando a ideia de “poder” discricionário. Ora, a Administração é responsável por uma função – realização obrigatória e inafastável de uma finalidade no interesse de outrem, realização essa que só é alcançada com o manejo de “poderes indispensáveis”, de natureza instrumental – que só existe por força de determinação legal, segundo o conceito clássico de Legalidade Administrativa. O eixo principal do Direito Público, assim, não é a ideia de “poder”, mas de “dever”. A discricionariedade seria “dever de alcançar a finalidade legal”.

Assim, a lei pode definir, de maneira estritamente objetiva, o único comportamento jurídico possível – tem-se, aqui, a ideia de vinculação. Noutros casos, a lei dá margem a um “juízo subjetivo do administrador”, que recai seja sobre a “imprecisão do pressuposto”, seja sobre a “força de liberdade no comando”, seja ainda sobre a “imprecisão da finalidade”. De toda forma, o Autor resume que a discricionariedade sempre se encontraria no *conteúdo* do ato, na providência que ele manda adotar.

Com essa premissa, Mello (2006, p. 25-27) ensina que, embora essencialmente diferentes, a ressonância jurídica dos conceitos jurídicos indeterminados (aspectos “intelectivos” ou interpretativos da lei) e da noção de mérito (aspectos “volitivos”, de conveniência e de oportunidade dados à Administração)⁵⁰ seria “perfeitamente igual na esfera do Direito”. As duas categorias são sindicáveis pelo Judiciário: no primeiro caso,

⁴⁷ Para alguns autores, a discricionariedade é minimizada *porque* a redação legal recorreu a conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, Consuelo Sarria (*apud* PIETRO, 1991, p. 94-95) estabelece que a utilização de tais conceitos constitui limites à liberdade de apreciação de que se podem eventualmente valer as autoridades administrativas.

⁴⁸ Pietro (1991, p. 86) reproduz parte da ideia ao entender que “se a autoridade administrativa, pelo método da interpretação, não puder chegar a uma solução única, mas a várias soluções igualmente válidas perante o direito, devendo a escolha ser feita segundo critérios puramente administrativos (e não jurídicos), estar-se-á no campo da discricionariedade”.

⁴⁹ O autor define discricionariedade como “*a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.* (MELLO, 2006, p. 48, grifo do autor).

⁵⁰ A terminologia de “momento intelectual” e “momento volitivo” é encontrada também em Azzariti (*apud* PIETRO, 1991, p. 85).

para ver se os conceitos vagos ou imprecisos “foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam”; no segundo, para saber se não houve desvio de poder.

Concentrando a análise sobre os primeiros, o Autor arremata que “*a discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda*” (MELLO, 2006, p. 31-32, grifo do autor).

Com essa verdade, o Autor retoma a comparação entre vinculação e discricionariedade. Se, no primeiro caso, o legislador já predefiniu a conduta ideal do administrador, no segundo, ele só deixou margem de escolha para o administrador porque lhe impõe o dever não de praticar “*qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*” (MELLO, 2006, p. 33, grifo do autor).

Assim, em outras palavras, haveria uma maleabilização dos termos legais com o fim exclusivo de, evitando o engessamento da lei, maximizar a finalidade que lhe é subjacente, finalidade qualificada pela ideia de *função*, acima descrita.

Com isso, Mello (2006, p. 37, grifo do autor) arremata que:

[...] em sendo corretas – como certamente o são – as lições de Guido Falzone, segundo quem existe um dever *jurídico* de boa administração e não apenas um dever moral ou de Ciência da Administração, porque a norma so que a solução excelente, *se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade.*

O autor conclui, com isso, que o âmbito de discricção do administrador público é “muito mais angusto do que habitualmente se admite”⁵¹, seja porque ou muito se o reduz (ou mesmo extingue) diante do caso concreto, seja porque a Administração está submetida a esse “dever de boa administração” (MELLO, 2006, p. 45).

Assim, sem o saber, o Autor se adianta e, perfectibilizando o nexó lógico entre tudo o que até agora se explicou, deixa entrever parte do conteúdo específico do Princípio da Eficiência. Se, como um princípio, serve-se a bem prestar sua função interpretativa sobre alguns conceitos jurídicos indeterminados da Lei de Improbidade Administrativa e se, para isso, ele próprio demandava, em momento anterior, uma

⁵¹ Figueiredo (2008, p. 257, grifo do autor) escreve que “a *discricionariedade* administrativa é cada vez mais contido e mais controlada pelo Poder Judiciário”.

mínima complementação de sentido – o que veio como resultado da própria análise da relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionabilidade administrativa –, parte (ínfima, reconhece-se) deste trabalho parece ter sido completada.

3. OS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTEÚDO ESPECÍFICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

3.1. Os modelos de Administração Pública

Tentar entender a Eficiência é, antes, procurar concatenar os processos históricos e as demandas sociais que convolveram o respectivo valor (que, em geral, antecede e sustenta um princípio) em categoria jurídica.

Nessa perspectiva, a ideia (*rectius*: o Princípio) aparece como um *resultado*, um *cume* (mesmo uma *conquista social*), que, embora ainda careça de aperfeiçoamento, apresenta-se, por assim dizer, como verdadeira *tecnologia jurídica de ponta*, servindo, como logo se vê, aos mais diferentes propósitos e técnicas jurídicos, inclusive – e é assim que se entoa a tônica do presente trabalho – o controle da ação dos agentes da Administração Pública.

Assim, o painel que, desde a formação dos Estados Nacionais até a contemporaneidade, há se formado levou a uma tripartição dos modelos de Administração Pública, que se sucederam cronologicamente (embora não seja exatamente correto falar em *total superação* de um modelo por outro): a Patrimonialista (ou Personalista), a Burocrática e a Gerencial⁵².

3.1.1. A Administração Pública Patrimonialista

Sobre o Estado Patrimonialista (ou Paternalista) Diniz (2003, p. 20), citando Ricardo Lobo Torres, entende que aí as relações são constituídas com a marca da promiscuidade e da confusão entre patrimônio público e privado, dando ensejo ao nepotismo, ao empreguismo, à corrupção e, afinal de contas, à ineficiência, verdadeiras tônicas dos Estados Absolutos.

Camargo (2010, p. 34-35, grifo do autor) entende que a concepção do Patrimonialismo remonta à decadência do Império Romano após as invasões bárbaras.

⁵² Construindo gráfico para demonstrar a experiência brasileira, Camargo (2010, p. 33) ilustra a sucessão cronológica dos modelos de administração pública: de 1808, com a chegada da Família Real ao Rio de Janeiro, até 1930, com a instauração do Estado Novo, teria vigido o Patrimonialismo; desta última data até a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e da Emenda Constitucional nº 19/98, o modelo burocrático ter-se-ia instaurado e aperfeiçoado; por fim, desde então e até os dias atuais, vislumbramos o ideal da *New Public Management* (gerencialismo) querendo-se instalar no Brasil.

Os reis bárbaros acumulavam riquezas obtidas por meio do trabalho de seus súditos e consumiam os tesouros sem preocupação alguma com prestação de contas, sem tipo algum de controle, seja por órgão externo, seja pelos próprios súditos. Nesse sentido, constitui-se uma lógica em que “o Estado é a *longa manus* do soberano”, de que só pode resultar a corrupção, o clientelismo e o nepotismo. Aqui, a máquina pública é utilizada em prol exclusivo do próprio soberano ou de seus aliados, em detrimento egoísta do interesse público.

Luiz Carlos Bresser Pereira (*apud* CAMARGO, 2010, p. 33) escreve que:

A administração patrimonialista é a do Estado, mas não é pública, na medida em que não visa ao interesse público. É a administração típica dos Estados que antecederam o capitalismo industrial, mais particularmente das monarquias absolutas que antecederam imediatamente o capitalismo e a democracia. É a administração que confunde o patrimônio privado do príncipe com o patrimônio público. Sobrevive nos regimes democráticos imperfeitos através do clientelismo.

O Estado Patrimonialista é, assim, terreno fértil para o nepotismo e para o subjetivismo (ARAGÃO, 1997, p. 105), retirando sua legitimidade do tradicionalismo⁵³ (GABARDO, 2002, p. 24) e enaltecendo o privilégio e os tratamentos individualizados (LUZ, 2005, p. 84).

O modelo, claro, não poderia resistir. Sua decadência, inevitável, resultou de um longo fortalecimento da incipiente burguesia, do próprio sistema capitalista, da democracia e da “sociedade civil”, que, doravante, não mais admitiria confusão de gastos de despesas pessoais do governante com aqueles destinados à salvaguarda do interesse público (CAMARGO, 2010, p. 35).

3.1.2. A Administração Pública Burocrática

Nesse momento, o governado se desloca do *status* de súdito para o de *cidadão*, sujeito de direito que cede ao Estado o direito de governar em seu nome e lugar desde que devidamente limitado pela lei, evitando-se o arbítrio da Administração contra o Indivíduo; esmaece-se, assim, a ideia de “desigualdade jurídica apriorística”, presente

⁵³ As normas, aqui, derivariam da tradição, da “crença na rotina de todos os dias como forma inviolável de conduta” (LUZ, 2005, p. 84).

no Feudalismo, entre o cidadão e o aparato estatal (CORREA e LUZ SEGUNDO, 2009, p. 5867).

Gabardo (2002, p. 34) afirma, todavia, que, no Brasil, a evolução do Estado Personalista para o Estado Moderno não se realizou de forma perfeitamente clara. Inúmeras consequências (negativas) terão decorrido disso.

Não obstante isso, emerge a ideia de Administração Pública burocrática, que vem substituir as formas patrimonialistas de gestão e que se fundamenta em função da “necessidade de maior previsibilidade e precisão no tratamento das questões organizacionais” (ARAGÃO, 1997, p. 105).

Historicamente, no Brasil, tal modelo teria surgido após o declínio econômico da elite agrária. O setor privado se viu impossibilitado de sustentar o desenvolvimento econômico e social do País, o que foi agravado pela recessão e pelo desemprego característicos do pós-Crise de 1929. Transfere-se ao governo, assim, uma série de novas responsabilidades, a demandar uma administração melhor estruturada e profissionalizada na mira da consecução de seus objetivos (WLOCH, 2006, p. 8-9). Tácito (1998, p. 31) comenta que, até 1930, os órgãos paraestatais não iam além de 17. Após o quadro supracitado, em que as funções estatais se alargam, há sucessivo aumento da compleição estatal: nos anos 1950, o número de órgãos teria subido para 70 e, durante a década de 1980 (quando, na verdade, o paradigma gerencial começa a emergir), para 582.

O modelo burocrático, assim, acabar por optar pelo controle de processos sobre o controle de resultados, primando, muita vez, pelo excesso de formalismos, embora disso decorram, como vantagens, a segurança e a efetividade das decisões. Entende-se, aqui, que a punição dos transgressores é muito difícil, reforçando-se, por isso, a prevenção, mesmo que isso acarrete muitos custos (LUZ, 2005, p. 55). Decorre, daí, a ideia de rígidos controles *a priori* dos processos (na admissão de pessoal, nas compras, no atendimento a demandas etc.), evitando-se a corrupção e o nepotismo (MIRANDA, 2004, p. 32-33).

Baseado na meritocracia – garantia de impessoalidade e proteção às decisões do Estado contra particulares –, o modelo burocrático puro, típico da sociedade moderna, constitui-se sobre um “racionalismo legal, despersonalizado e não-patrimonialista, determinado pelos procedimentos”, com ênfase na dominação racional, na busca de

igualdade perante a lei, na normatização dos procedimentos, na melhoria de qualidade nos serviços etc. (LUZ, 2005, p. 82-84).

Com efeito, para alguns, o germe do Estado interventor eficiente surge, de fato, a partir da idealização do modelo legal-burocrático: se o que define o Estado é sua capacidade de bem manejar os “meios” (que, aqui, se confundem com procedimentos), não importa que os “fins” sejam os mais diversos, reflexo de inúmeros e discrepantes interesses (GABARDO, 2002, p. 32-33).

Bresser (*apud* CAMARGO, 2010, p. 36) escreve que o modelo burocrático seria pautado por um “serviço civil profissional, na dominação racional-legal weberiana e no universalismo de procedimentos, expresso em normas rígidas de procedimento administrativo”.

Na Burocracia, assim, emerge a obrigação de uma “atividade estatal profissionalizada, impessoal, formal, legal, racional”, em que, por meio do controle sistematizado dos processos administrativos, a *res publica* seria definitivamente separada do patrimônio privado (DINIZ, 2003, p. 21), pautando-se ainda a Administração pública por uma ideia de carreira, de hierarquia funcional e, enfim, por um poder racional legal (MIRANDA, 2004, p. 32).

Aragão (1997, p. 105) parece querer resumir o ideal *weberiano* da seguinte forma:

[...] o tipo ideal weberiano (modelo analítico) reúne o que seria a modelagem de um sistema baseado em critérios de eficiência (considerando a estrutura formal da organização), dada por: a) estrutura de autoridade impessoal; b) hierarquia de cargos baseada em um sistema de carreiras altamente especificado; c) cargos com claras esferas de competência e atribuições; d) sistema de livre seleção para preenchimento dos cargos, baseado em regras específicas e contrato claro; e) seleção com base em qualificação técnica (há nomeação e não eleição); f) remuneração expressa em moeda e baseada em quantias fixas, graduada conforme o nível hierárquico e a responsabilidade do cargo; g) o cargo como a única ocupação do burocrata; h) promoção baseada em sistema de mérito; i) separação entre os meios de administração e a propriedade privada do burocrata; e j) sistemática e rigorosa disciplina e controle do cargo.

Percebe-se, assim, uma nítida ênfase nas ideias de Procedimento e de Formalismo qualificado pela Legalidade⁵⁴. Gabardo (2002, p. 38-41) defende que a atuação procedimental da administração está fincada nos próprios ideais de justiça e de

⁵⁴ Gabardo (2002, p. 33) escreve que “Weber identifica como características fundamentais do Estado burocrático justamente o somatório entre a prévia definição de competências e o exercício contínuo de uma atividade vinculada a regras oficiais”.

moralidade, que teria íntima ligação com a “efetiva isonomia de tratamento aos administrados, que somente pode ser garantida pelo procedimento, notadamente um mecanismo de manutenção da imparcialidade e da segurança jurídica”. Se um “formalismo irresponsável” é “incontestavelmente pernicioso”, não menos negativa será a desprocedimentalização, tendo em vista a íntima conexão, pelo já exposto, entre Procedimento e Democracia.

Um primeiro contato com as noções supracitadas pode causar estranheza a um leigo: é comum que o termo “burocracia” indique não uma racionalidade procedimental, mas, antes, pejorativamente, “abundância de papéis, rigorosidade de normas, excesso de formalismo”, traduzindo-se na imediata associação do modelo burocrático à ideia de ineficiência (ARAGÃO, 1997, p. 105). A “burocracia” relaciona-se à máquina pública “emperrada”, excesso de uso de carimbos inócuos, de utilização de calhamaços inúteis de papeis; trata-se, em verdade, de “sinônimo de ineficiência, complicação, disfunção ou defeito do sistema” (LUZ, 2005, p. 84-85).

Por que razões, então, o termo adquiriu semântica tão negativa no Brasil e na linguagem corrente? É isso fruto de alguma desvirtuação história da experiência nacional? O próprio modelo burocrático, enquanto ideal, poderia passar imune e incólume a críticas? Na verdade, as respostas a essas duas últimas perguntas parecem ser negativas.

Sob aquela primeira ótica, faz-se reflexão no sentido de que as raízes da burocracia brasileira, ao contrário do que se prega com o ideal de modelo legal-burocrático de Administração Pública, fincam-se primeiramente numa confusão entre o público e o privado, produto da lógica coronelista que se instaurou nos primeiros anos da República, quando o paternalismo à custa do erário se tornou prática comuníssima: “homens compravam cargos no serviço do Estado ‘como propriedade pessoal’ ou, o que equivale, ‘o herda do pai’, passando ele a indicar as nomeações dos mais variados cargos [...]”⁵⁵. Depois, quando convocado o povo às urnas (antes e depois do Estado Novo), o fenômeno do Coronelismo, fruto da estrutura agrária que persistia no País, “feito fênix, renasceu das próprias cinzas” (LUZ, 2005, p. 86-87). A burocracia, assim ensina Gabardo (2002, p. 44), apresentou-se como uma novidade que “não tinha

⁵⁵ É interessante notar que a prática, até muito recentemente, vigorava no Brasil, com a lógica de compra e venda e de transmissão hereditária de cartórios extrajudiciais.

referenciais consistentes na esfera da cultura e das práticas sociais, para que pudesse ter respaldo no campo da legitimidade”.

Nesse sentido, fala-se em um “Estado formalmente público, mas materialmente privado”, sendo característica notória da burocracia brasileira o seu “irracionalismo, na medida em que se pautou pelo tradicionalismo patrimonialista”. Foi com essa mentalidade, portanto, que se formaram os primeiros quadros burocráticos no Brasil (GABARDO, 2002, p. 32-34).

Se é certo afirmar que a experiência brasileira, por suas idiossincrasias históricas, acabou por desvirtuar o ideal *weberiano* de burocracia, não menos certo é observar que o modelo, tomado em sua pura concepção, não resta imaculado de críticas teóricas⁵⁶.

Nesse sentido, Aragão (1997, p. 110-111) elenca rol de críticas ao modelo: a) a adesão de servidores à lógica normativa da burocracia desliza facilmente para o que se chama de ritualismo e, daí, para a ineficiência; b) as rígidas hierarquização, centralização e especialização, como tendem a distorcer informações, acabam por inibir a tomada de decisões que levem à eficiência; c) a centralização acaba por prejudicar severamente a capacidade de iniciativa de subordinados; d) o modelo *weberiano* seria mecanicista demais para que se pudesse lograr eficiência em situações que demandam uma “elevada capacidade de flexibilidade e de adaptação”.

Nas práticas burocráticas, assim, haveria tendência e espaço para o exercício de gastos desnecessários dos recursos arrecadados (LUZ, 2005, p. 39). Se Weber indicou que o objetivo final da burocracia seria alcançar os fins do Estado, é certo que, se tal realização só ocorre a alto preço, estaremos diante de ineficiência e de falha do sistema (ARAGÃO, 1997, p. 126).

Wloch (2006, p. 8-13) faz o alerta de que “a burocracia concentrava-se nos processos, sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acreditava que este era o

⁵⁶ Gabardo (2002, p. 35; 44; 65) é firme em defender que a principal causa para o insucesso do modelo burocrático se encontra na deturpação ocasionada pela experiência brasileira. Citando Raymundo Faoro, o autor afirma que, no Brasil, não houve, de fato, Burocracia (campo ótimo da dominação racional próprio do Estado e da empresa modernos), mas, sim, um “estamento burocrático”, que se origina do modelo patrimonialista. Assim, o problema não se encontraria na racionalidade procedimental burocrática, mas, antes, na sua autonomização (e, daí, deturpação), que gera a permanência do clientelismo, do fisiologismo e do nepotismo, e na excessividade de formalismo, que, por sua vez, gera prejuízos materiais e político-democráticos. Assim, surgiu “um preconceito em relação ao próprio modelo; o preconceito tornou-se resistência; a resistência tornou-se crítica; a crítica, mera negação. [...] Por esse motivo é que o termo, de expressão da racionalidade impessoal característica do Estado Moderno, acabou por conotar um sistema lento, precário, inflexível e dispendioso; em suma: ineficiente.”

modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção”. Negligenciando, portanto, a sua função primordial de servir aos cidadãos, a Administração Pública tachava-se “um fim em si mesma”.

É nesse sentido que Medauar (2003a, p. 126) ensina que a Administração acabou se fechando sobre si mesma, como que a reproduzir a inexistência de comunicação entre Estado e Sociedade, fenômeno típico do Século XIX.

Resumindo as críticas que se podem fazer ao modelo burocrático de Administração, Odete Medauar, citando Deroche e Guarino, admoesta que:

As práticas padronizadas e repetitivas, a interpretação rígida de normas e regulamentos, a disciplina dos órgãos, o dever de obediência, acrescentaram-se para levar à indiferença no comportamento do servidor. Por outro lado, o sistema de divisão do trabalho se realizou de modo formalizado e estanque, limitando ao máximo todo tipo de ‘osmose’ com o exterior e entre os próprios segmentos da Administração; a distribuição estanque acarreta o impedimento de levar em conta, no exercício de uma atribuição, finalidades e objetivos de qualquer outro órgão ou poder; todo setor tem fim próprio vinculado, proibida a consideração de qualquer fim estranho, embora público. (MEDAUAR, 2003a, p. 125).

O modelo, senão superado, logo haveria de ter de se adaptar às novas contingências sociais e econômicas.

3.1.3. A Administração Pública Gerencial

O desgaste da Burocracia era notório. Além dos reproches conceituais, o momento histórico exigia mudanças que o modelo não poderia trazer: Wloch (2006, p. 11) chega a afirmar que a burocracia se tornara um fardo para o Estado.

O Século XX, especialmente sua segunda metade, trouxe uma realidade de expansão das funções econômicas e sociais do Estado, de desenvolvimento econômico e de globalização da economia mundial (MIRANDA, 2004, p. 35). As décadas de 1970 e 1980 foram marcadas pelo agravamento de crises econômicas e fiscais do Estado, colocando a Administração Pública em “crise aguda” (CAMARGO, 2010, p. 39).

Passam a compor o cenário as mudanças demográficas, a crise do fisco e da sociedade do trabalho, a decadência do padrão de acumulação e da organização da produção baseada no fordismo e a “agudização do conflito distributivo”, a par da emergência do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) (ARAGÃO, 1997, p. 105). O agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos para dar conta das despesas da

máquina estatal unido à falta de imparcialidade e à corrupção do Estado acabam por gerar a desconfiança e a incômodo do cidadão diante do Poder Público (ESTORNINHO *apud* MIRANDA, 2004, p. 37). Emergem daí a ideia de crise ética (confiabilidade no governo) e, dela decorrente e, ao mesmo tempo, causadora, de crise técnica, em que se veem as demandas não correspondidas socialmente⁵⁷ (MOREIRA NETO, 1993, p. 28). Buscava-se, doravante, tendo em vista o descontentamento da sociedade com a atuação do setor público, a eficiência nos órgãos estatais (MEDAUAR, 2003a, p. 132).

Moreira Neto (2005, p. 5-12, grifo do autor) compõe um quadro-resumo das modificações que a época trouxe. Em primeiro lugar, depara-se o “fenômeno histórico da *aceleração do progresso*”; depois, o da “*revolução científico tecnológica*”; por fim, o da “*revolução das comunicações e do surgimento da Era da Informação*”. Além disso, há o que se chama de enriquecimento ético do Direito, com, por um lado, a perda de expressão do direito positivo e, por outro, com a emergência de uma principiologia por si mesma eficaz e de um constitucionalismo como fonte direta de normas: “*não mais basta que o Estado se submeta ao Direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto; é necessário que estas leis se submetam ao Direito, que é produto da sociedade*”. Com isso, haveria uma “atualização da atividade da administração pública”, resposta à exigência de bom desempenho, de eficiência e de satisfação de usuários, fatores que surgem como consequência da “*pluralização e da maior nitidez das demandas, potenciada[s], por sua vez, pelo efeito demonstração das comunicações*”.

⁵⁷ Retomando (e rechaçando) a ideia de Administração fechada sobre si mesma (que chama de “Estado Monoclasse”, em oposição a um “Estado Pluriclasse”, que atende e ouve as demandas de diversos grupos sociais), Moreira Neto (1993, p. 27-28, grifo do autor) disserta sobre a problemática da retomada de autoridade pelo Poder Público em tempos de mudanças (e de demandas muitas vezes não atendidas) como os atuais: “O aparato administrativo público é, portanto, a resposta organizativa a demandas de uma entidade de caráter público, devendo corresponder ao volume e aos tipos de interesses que lhe são cometidos. Enquanto no Estado Monoclasse esse atendimento estava reduzido à solução do antagonismo público-privado, no Estado Pluriclasse, as novas formas de conflitualidade envolvendo interesses individuais, coletivos, difusos, públicos e privados passaram a demandar um aparato administrativo público muito mais complexo, de maior capilaridade social e com maior entrosamento com os inúmeros aparatos administrativos desenvolvidos na sociedade civil que o complementam [...]. Perda a eficiência governamental das instituições do Estado Monoclasse, tornou-se problemática a readaptação do aparato administrativo para satisfazer as tumultuadas demandas políticas do Estado Pluriclasse. Mirado com suspicácia pela sociedade pluralista, o aparato do Estado Monoclasse não só não pode como não se esforça muito para mudar, mas somente essa mudança, que poderá torná-lo o aparato dúctil de um Estado Pluriclasse, logrará devolver-lhe a necessária *autoridade*. Esse aspecto *ético* da inadequação do aparato administrativo público se prolonga como uma perda da *capacidade técnica* de atuar eficientemente na solução dos interesses emergentes nas sociedades pluralistas. Demandados por múltiplos segmentos, os recursos se diluem sem nada produzir, pois falta a correta decisão política para alocá-los bem. Surge daí as ideias de crise ética – de confiabilidade no governo – e, dela decorrente e causadora, de crise técnica, no sentido de que as demandas não são socialmente correspondidas.”

O Estado passa, assim, a ser percebido não em sua estrutura burocrática (Estado-aparato), mas, mais, em sua dimensão normativa e econômica. Reclama-se do Estado, com impaciência, que “otimize o seu agir e conduza em termos adequados a realização dos fins prezados pela comunidade. Questiona-se a omissão no agir, a aptidão do agir e a qualidade do agir estatal”; exigisse dele, para validade e legitimidade, celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na obtenção de utilidades para o cidadão, na regulação do agir público (e privado), na prevenção contra abuso de mercado, na lida com recursos públicos (MODESTO, 2000, p. 105).

Medauar (2003a, p. 125-128), citando Wolff, explica que, com o crescimento (e modificações) do Estado, a consequência imediata seria a ampliação da Administração Pública, que passou a assumir novos papéis, ela também se transmudando: na *estrutura*, multiplicaram-se os órgãos centrais e se criaram entes, dotados de personalidade jurídica, para atuar em setores específicos; na *atividade*, amplia-se e enriquece-se o rol de funções do Poder Público, com a crescente “tecnização das atividades” e com o recrutamento de pessoas dotadas de conhecimentos especializados. À burocracia-guardiã se segue a burocracia prestacional.

Assim, se histórica e faticamente o modelo burocrático se mostrava ultrapassado, normal seria que logo outras teorias viessem a modificar suas bases conceituais. Assim, surgiram “três movimentos básicos de reação contra a burocracia: o gerencialismo, a escola da *public choice* e a teoria principal-agente” (WLOCH, 2006, p. 11, grifo do autor). Gabardo (2002, p. 44-45) compara as três correntes, indicando semelhanças e dessemelhanças⁵⁸. Corre a léguas tal assunto do cerne do trabalho, mas é interessante notar o ponto em comum entre as categorias: “todas as teorias têm em comum o abandono da busca de legitimação a partir de fundamentos apriorísticos”, definindo-se por uma “postura pragmatista, de obtenção de resultados”.

Gabardo (2002, p. 56), dissertando sobre o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, documento-marco na instauração do paradigma gerencial (também conhecido como *New Public Management*) no Brasil, ensina que:

⁵⁸ A respeito das diferenças, o autor escreve que “Diferenças estas que muitas vezes são tênues, devido ao seu substrato comum, que é a desburocratização administrativa e o liberalismo econômico. Todavia, em uma visão rápida e superficial, verifica-se que o gerencialismo, em regra, privilegia a interpenetração na Administração Pública de princípios da administração privada; a *public choice* enfoca a interpretação econômica dos mecanismos de gestão a fim de maximizar o setor público; e a teoria do agente principal tem como escopo o propósito de maior aproximação do Estado com a sociedade”. (GABARDO, 2002, p. 44-45)

A estratégia de transição visa a adoção de três dimensões complementares: a institucional-legal (reforma total do sistema jurídico, constitucional e infraconstitucional); a cultural (transição da cultura burocrática para a gerencial); e a de gestão (modernização da estrutura e da atividade mediante a adoção dos novos métodos a partir de diretrizes e objetivos).

Filtrada pela lógica do modelo gerencial, a Administração Pública passa-se a edificar nos valores e princípios de gestão, na criatividade e na flexibilidade, na motivação dinâmica, na competição administrada, na avaliação de resultados e no estímulo ao desempenho; pauta-se, final e principalmente, pela “eficiência dos serviços prestados a uma quantidade infindável de cidadãos” (LUZ, 2005, p. 55), que, doravante, teriam maior participação na “formulação, implantação e monitoramento da políticas públicas” (CAMARGO, 2010, p. 33).

Assim, é exigido do Poder Público o alcance de resultados que concretizem o interesse público primário e se traduzam não pela mera ideia de lucro mercadológico, mas sim de “rentabilidade social” de alta dosagem (DINIZ, 2003, p. 22-23). Tais resultados não são tachados “bons” porque seguros e controlados, mas porque as necessidades do “cliente” estão sendo atendidas. Exigem-se, atualmente, com fundamento na confiança e na descentralização da decisão, “formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções e incentivos à criatividade” (MIRANDA, 2004, p. 39), o que deve resultar em maior celeridade na atuação da Administração Pública (CAMARGO, 2010, p. 100).

Experimenta-se, nesse sentido, um modelo enfatizador da “ética intencional” (BUGARIN, 2001, p. 48): a ênfase passa do procedimento para o resultado (CAMARGO, 2010, p. 41), que, revelados como objetivos conquistados, finalidades, devem ser entendidos não como princípios, mas realidade fática apreensível empiricamente – é esse, portanto, o fundamento de legitimidade para o novo modelo, não mais os “meios” e os pressupostos abstratos pertinentes à burocracia, doravante observados com grande desconfiança (GABARDO, 2002, p. 48).

Além da eminente preocupação com a eficiência, pauta-se a Administração Pública Gerencial por novas formas de realização das atividades (a exemplo do trabalho por projetos) e de controle (controle de resultado, de produtividade, substituindo as noções de controle de legalidade e de hierarquia) (MEDAUAR, 2003a, p. 128).

Sobre as características do modelo gerencial, Aragão (1997, p. 116, grifo da autora) discorre que:

Por fim, não tardou a aparecer uma outra corrente, desta feita com uma *visão gerencial*. Em cena nos anos 80 e, como vimos, num “contexto de escassez de recursos, enfraquecimento do poder estatal e de avanço de uma ideologia privatizante” (ABRUCIO, 1997:13) baseia-se na introdução, na Administração Pública, de modelos empresariais, tendo como principais características: a) orientação para clientes e resultados; b) flexibilidade; c) competitividade administrada; d) descentralização; e) Estado atuante, em contraposição à visão liberal; f) orientação para critérios de eficiência via adoção de técnicas de administração de empresas (tecnologia gerencial); g) estruturas horizontalizadas; h) agências regulatórias independentes; i) contrato de gestão, etc.

Bresser (*apud* LUZ, 2005, p. 91; GABARDO, 2002, p. 47) aponta três orientações desse novo parâmetro de Administração Pública. A primeira, de ordem técnica, caracteriza-se por a) transferência da ênfase de controle dos procedimentos para os resultados, b) redução nos custos do serviço público, c) máxima preocupação com o controle financeiro, d) importância dada à avaliação de desempenho dos funcionários, e) disposição de cumprimento de metas, f) alargamento da autonomia de gestão e g) avaliação de performances.

A segunda, de matiz econômico, identifica-se por a) alocação de um controle por competição administrativa, b) criação de “quase mercados”, c) administração por contrato e d) gestão pela total qualidade.

Em terceiro lugar, demonstrar-se-ia um aspecto político da administração gerencial, pautada, portanto, pela “existência de controle social e de consideração do cidadão como um cliente”.

Camargo (2010, p. 40) disserta que parece haver, assim, a adaptação de fundamentos da administração privada para a implementação da gestão pública; trata-se, nesse caso, de uma concepção econômica. Gabardo (2002, p. 49-50) ensina que muitas vezes se quis instaurar o chamado “modelo de qualidade total” à Administração Pública, em que “Quanto menos regulação constitucional, mais espaço será criado para uma nova elaboração legislativa de índole gerencial. Normalização esta que é precária, porque assim se pretende ser”. Nessa toada, as noções de solidariedade e de fraternidade dissolvem-se nos ideais de concorrência ou competição: se o homem nada pode fazer para alterar sua realidade, deve, ao menos, defender seus próprios interesses, atitude de que decorreria uma melhoria geral do sistema, pautado pela soma das performances individuais.

O próprio autor, todavia, rechaça a possibilidade de instauração de tal lógica (GABARDO, 2002, p. 63-65) e, com efeito, de outra forma não poderia ser.

A análise do princípio da eficiência – que decorre intrinsecamente da concepção de Administração Pública Gerencial (CAMARGO, 2010, p. 99) – não pode se sustentar sobre ideais exclusivamente privatistas. Correa e Luz Segundo (2009, p. 5868) explicam que não deve vigorar o chamado “modelo gerencial estrito”, em que se queria “diminuir as áreas de atuação do Estado para atuar com uma melhor eficiência – no sentido econômico”. Nesse sentido, adotava-se o lema de “fazer mais com menos”, destinando-se a “prestar serviços públicos com menor orçamento, redução de pessoal, e aumentar a eficiência do Estado.”. O modelo gerencial estrito, assim, só poderia ser concebido sob uma ótica liberal.

Quer-se aqui defender, portanto, o que aqueles autores chamam de “modelo gerencial ampliado”⁵⁹. Sobre o assunto, coloca-se que:

Como se vê, o conceito de modelo gerencial estrito difere do modelo gerencial ampliado. O primeiro foi uma tentativa de superar o modelo burocrático pela adoção de metas, de finalidades específicas, etc. O segundo visa superar os déficits do modelo gerencial, pois adota um pressuposto de legitimidade democrática inexistente no primeiro. Além disso, a adesão a um gerencialismo estrito não é compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito tendo em vista o caráter acentuadamente liberal e instrumental do modelo gerencial estrito.

Assim, o marco da Gestão Pública Ampliada é um modelo gerencial alargado, pois não tem foco somente no aspecto econômico da eficiência na prestação dos serviços públicos, o que remonta ao gerencialismo puro ou a um Estado mínimo liberal, mas tem em vista o princípio constitucional da eficiência, de matriz constitucional (CORREA e LUZ SEGUNDO, 2009, p. 5869).

3.2. O conteúdo específico do princípio da eficiência

3.2.1. A questão terminológica

Antes de se tentar definir o conteúdo específico do princípio da eficiência, é necessário que se o separe de categorias semelhantes. O assunto não é pacífico. Os autores divergem sobre a utilização do termo; os diferentes campos de saber tomam-no por diferentes espécies. Embora o sentido original pareça advir da área econômica, a categoria de “eficiência” serve a diversos ramos científicos (NIEBUHR, 2000, p. 92).

⁵⁹ Camargo (2010, p. 150) defende, assim, que a mudança do modelo burocrático para o gerencial pressupõe “A transposição de um patamar de controle formalístico e legal para outro em que tão importante quanto a legalidade é a proteção à *res publica* [...] demanda a implantação de novos instrumentos gerenciais.”

Assim, Chiavenato (1994, p. 229 *apud* DINIZ, 2003, p. 74), doutrinador da Ciência da Administração, comparando eficiência e eficácia, ensina que a primeira está “voltada para a melhor maneira (*the best way*) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas) sejam aplicados da forma mais racional possível.”; preocupa-se, dessa forma, não com os fins, mas com os meios, métodos e procedimentos. A segunda, por sua vez, concentra-se no “alcance dos objetivos visados”.

Bugarin (2001, p. 41) defende que eficiência, numa visão tradicional, vincula-se à forma (ao processo) por meio de que uma tarefa é realizada. Eficácia, por sua vez, traduz-se em “fazer o que é preciso fazer para alcançar determinado objetivo”. A essas noções o autor ajunta a de Efetividade, entendida como “a expressão do desempenho de uma empresa (organização) em função da relação entre os resultados alcançados e os objetivos propostos ao longo do tempo”.

Aragão (1997, p. 106-107) revela que eficácia se refere à performance externa da organização, ao seu produto, à sua contribuição para lograr os objetivos organizacionais. Seria traduzida pela equação em que a relação entre o *output* real e o *output* padrão tenderia a infinito. A efetividade, por sua vez, seria uma “dimensão qualitativa do resultado (o valor social do produto)”, referindo-se “à relação, ao longo do tempo, entre os resultados alcançados e os objetivos pretendidos”. Por ser essencialmente valorativa, sua mensuração é complexa. A eficiência, por fim, seria encontrada no melhor uso dos recursos de uma organização, sendo sintetizada na “na relação entre o *input* real e o *input* padrão (o desejado pela organização), cujo resultado tenderia a zero.”. A autora, citando Abrucio, faz diferença entre a chamada “eficiência operacional” – pertinente aos custos em sentido estrito – e “eficiência adaptativa” – responsável pela incorporação do valor da “flexibilidade” a uma organização.

Apesar de pertinentes, tais diferenciações não serão adotadas no presente trabalho. Ao ser englobado pela Constituição, o termo “eficiência”, além de se despir do sentido exclusivamente técnico-econômico oriundo da Ciência da Administração, deve ser entendido com a máxima extensão possível, incluídas as noções correlatas de eficácia, produtividade, efetividade (GUIMARÃES, 2007, p. 94), além de racionalização, economicidade e celeridade (GABARDO, 2002, p. 100).

Trata-se, em todo caso, de uma orientação rumo a uma otimização de resultados práticos de acordo com suas finalidades (NIEBUHR, 2000, p. 92), a par da generalidade

ínsita ao termo “*efficacit e*” do franc es, tida como a qualidade de “uma pessoa ou coisa que produz o efeito esperado ou que faz bem o que deve fazer” (GUIMARÃES, 2007, p. 86).

No Direito comparado, fala-se em “exigência de boa administra o⁶⁰ (ou bom andamento da administra o⁶¹), em princípio da eficácia, em princípio da racionaliza o administrativa, em princípio da não burocratiza o e em economicidade” (MODESTO, 2000, p. 107). Independente da expressão utilizada,   constante o uso de expressões como “bom”, “satisfatório”, “excelente”, “favorável” (GUIMARÃES, 2007, p. 95), indicando que a eficiência e suas expressões afins referem-se, em verdade, a uma ideia de racionaliza o da a o, ideia essa que tem que ver não só com a utiliza o da razão, mas também com a maior elimina o de erros no processo, a ser realizado de modo ótimo (sentido ideal stico) ou do melhor modo possível (viés utilitarista) (GABARDO, 2002, p. 26-27).

Nessa toada,   impossível defender que a utiliza o eficiente de recursos humanos, tecnológicos e, enfim, de procedimentos em geral não conduza inexoravelmente a resultados também satisfatórios; aqui, o interesse público será satisfeito por meio do inseparável bin mio procedimentos-resultados (todos eficientes) (DINIZ, 2003, p. 75).

3.2.2. Caracteriza o geral

Tentar definir o conteúdo específico do princípio da eficiência   tarefa tormentosa, e isso se d  por três fatores, dois extrínsecos e um intrínseco, imanente ao próprio conceito. Com rela o aos dois primeiros, tem-se a dizer não só que se trata de matéria nova, novidade só muito recentemente debatida pela doutrina e pela jurisprudência, mas também que os autores, exatamente por esse primeiro fator, longe

⁶⁰ Gabardo (2002, p. 103) defende que, tradi o doutrinária brasileira, os conceitos de eficiência, bom andamento e de boa administra o são equivalentes. Guimarães (2007, p. 94) faz convergir sua opinião para esse sentido.   também o posicionamento aqui adotado.

⁶¹ No Brasil, Freitas (2009b, p. 22) define o direito fundamental   boa administra o como: “direito fundamental   administra o pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motiva o, imparcialidade e respeito   moralidade,   participa o social e   plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administra o pública observar, nas rela es administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.

de entrar em consenso metodológico de taxonomia e de funções, atarantam-se, antes (e isso foi motivo do tópico anterior), na definição de uso da própria *terminologia comum*.

Intrinsecamente, erigindo, em verdade, *barreira natural intransponível* ao completo entendimento do princípio da eficiência, depara-se com a ideia de *conceito jurídico indeterminado*. Se a eficiência se encontra dentro desta categoria (e ela se encontra (GABARDO, 2002, p. 24)), o melhor e mais que aqui se pode fazer é tentar reduzir (nunca extirpar, como decorre da própria definição do que seja “juridicamente indeterminado”) a zona cinzenta, como qualificado alhures, a fim de que a zona de certeza se avolume e se aclare.

A eficiência poderia apresentar, assim, uma tríplice natureza: é direito, é garantia e é mecanismo de racionalização (LUZ, 2005, p. 50-56).

Como um direito, é conteúdo travestido na forma de princípio, de modo que “é preciso que a sua violação baste para invalidar a conduta administrativa”, independentemente (e, de todo modo, por ela não prejudicado) da positivação de outros preceitos legais (FRANÇA, 2000, p. 174).

É assim que a disposição constitucional do princípio implica o reforço de uma relação institucional (entre Administração e administrado) de natureza obrigacional duplamente qualificada⁶²: por um lado, o dever de agir eficientemente, de um “agir democrático”⁶³; por outro um “direito fundamental de cidadania consistente na exigência de um agir voltado para o atendimento das necessidades mais prementes da sociedade” (BUGARIN, 2001, p. 39). Trata-se, dessa forma, de um “direito subjetivo público fundamental”⁶⁴ que propicia uma “Pública Administração efetivamente democrática” (BUGARIN, 2001, p. 49).

A eficiência passaria a ser garantia quando estudada sob o prisma de modalidade de preservação da ordem burocrática, aqui entendida como a aversão aos humores e vontades dos gestores e do poder administrativo; é garantia quando “assegura ao contribuinte, serviços adequados a baixo custo, atendimento satisfatório às expectativas

⁶² Leite (2001, p. 259) escreve que “A questão da eficiência parte da idéia de que há uma relação jurídica entre o Estado e os indivíduos, gerando direitos e obrigações recíprocas, de modo que à Administração cabe o cumprimento de seus deveres da forma mais eficiente possível, a fim de atender aos interesses da sociedade e, em última análise, aos fins que justificam a existência do Estado, enquanto modalidade específica de organização social”.

⁶³ Modesto (2000, p. 113) escreve que a eficiência impõe “A obrigação de atuação eficiente, portanto, em termos simplificados, impõe: a) ação idônea (eficaz); b) ação econômica (otimizada); c) ação satisfatória (dotada de qualidade)”.

⁶⁴ Luz (2005, p. 43), adotando o mesmo posicionamento, coloca que a eficiência é direito subjetivo do administrado ante a Administração Pública.

do cidadão [...]” (LUZ, 2005, p.53). É nesse sentido que Diniz (2003, p. 143; 145) afirma que boas escolas, bons hospitais, administração financeira e monetária eficiente, investimentos públicos destinados à redução da pobreza etc., “permitem o exercício, em toda a sua inteireza, da cidadania realizadora de uma relação simbiótica com o próprio princípio da dignidade humana [...]”. A atividade administrativa eficiente busca o equilíbrio com os direitos fundamentais do cidadão, o respeito à sua dignidade humana.

Por esse aspecto, o princípio é de basilar importância; sua violação agride sempre uma série de direitos fundamentais: se o sistema hospitalar for ineficiente, macula-se o direito à saúde; se o ensino for deficiente, precário, deixa-se de concretizar o direito à educação etc. (DINIZ, 2003, P. 81).

O exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele o capricho e o arbítrio, a ineficiência e a negligência como fatos violadores de interesses legalmente tutelados (MODESTO, 2000, p. 111).

Como mecanismo de racionalização, Modesto (2000, p. 112) defende que a eficiência, sob ótica jurídica, refere-se a duas dimensões indissociáveis do agir administrativo: “a) a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios; b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública”.

Entende-se aqui, todavia, que, sob esse aspecto, mais correto seria, indo além, utilizar a expressão “mecanismo de racionalidade” ou, antes “de razão”, enquanto se refira a uma lógica, calcada sobre o dever de eficiência, que deve permear todo o ordenamento jurídico, qualificando, microscopicamente, o agir administrativo e, macroscopicamente, temperando as demais normas do ordenamento.

Assim, no sentido microscópico, é inadmissível conceber uma Administração Pública dissociada do ideal de lograr resultados de excelência (LUZ, 2005, p. 44). Deve haver, portanto, uma atividade racional e instrumental, volvida ao atendimento dos interesses públicos, na medida das necessidades coletivas (MODESTO, 2000, p. 109); o ideal de eficiência seria inato à conotação dinâmica da atividade administrativa (GABARDO, 2002, p. 101).

Lida-se, aqui, com a Administração de resultado, obrigada a oferecer com rapidez, eficiência, transparência e economicidade bens e serviços à comunidade e aos indivíduos (IANNOTTA, 1999 *apud* ARAGÃO 2005/2006, p. 2).

Nesse toada, o dever de eficiência passaria a compor um “pressuposto de validade objetivo” do ato administrativo, inválido, portanto, toda vez que “não

exteriorize comando que contenha, de maneira objetiva, aptidão para produzir seus efeitos de maneira eficiente” (CEREIJIDO, p. 234), inscrevendo-se no mundo jurídico como o “melhor cumprimento das competências administrativas” (FALZONE *apud* GUIMARÃES, 2007, p. 80).

Macroscopicamente, o princípio da eficiência, conforme a doutrinação alemã, poderia ser considerado um “princípio constitucional estrutural pré-dado” ou ainda como uma “decorrência necessária da cláusula do Estado Social” (MODESTO, 2000, p. 110). Assim, o princípio da eficiência estaria no mesmo patamar de normas genéricas, como as que impõem o dever de moralidade, “permanentemente sobrepassando qualquer conduta que vise à promoção de finalidades públicas”, além de se constituir como “instrumento do modo como a Administração deve atingir seus fins” (LEAL, 2008, p. 11-12)

Em vez de contrastar com o princípio da legalidade ou de legitimar sua atenuação, o princípio da eficiência compõe-no (MODESTO, p. 110), embebendo a legalidade de uma nova lógica, agora vista em sentido “finalístico e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata” (ARAGÃO 2005/2006, p. 4).

Assim, em linhas mais gerais, o princípio da eficiência é instrumental e pluridimensional (MODESTO, 2000, p. 112), abarcando aspectos de economicidade, de celeridade e de utilidade; supervalorizar um ou outro aspecto em detrimento dos demais seria desvirtuar o princípio enquanto categoria jurídica (DINIZ, 2003, p. 82). É com esse viés que Luz (2005, p. 56) entende que a eficiência pode ser interpretada sob vários aspectos, ora como qualidade, ora como ação eficaz, ora como atividade dinâmica que não gere prejuízo.

Falou-se até agora, todavia, de aspectos formais – a eficiência como direito, garantia ou mecanismo de racionalização (*rectius*: racionalidade). Que substância, todavia, preenche o conceito? Qual a sua matéria, seu conteúdo específico?⁶⁵ É o que se quer desenvolver a seguir.

⁶⁵ As facetas aqui detalhadas, se não arbitrariamente eleitas, são aquelas mais aprofundadamente estudadas pela doutrina. Poder-se-ia ainda analisar uma série de outros aspectos da eficiência, como, por mero exemplo, a transparência (FREITAS, 2009b, p. 22). Além disso, outro aspecto residiria na perfeição técnica. Nesse sentido, Coccozza (1999 *apud* ARAGÃO, 2005/2006, p. 3) anota que a “tecnicidade [está] relacionada com a especificidade das atividades a serem disciplinadas, que necessitam de normas pontuais, remetidas à autonomia de órgãos técnicos, o que assegura de organização de setores específicos, assegurando a flexibilidade e a permeabilidade às exigências da sociedade econômica”. Além disso,

3.2.3. A eficiência como economicidade

A ideia de eficiência raramente consegue se desvencilhar de um sentido economicista (LUZ, 2005, p. 45). A relação existente entre as duas noções é íntima (CAMARGO, 2010, p. 116), sendo considerada a economicidade, por alguns, como o núcleo do princípio da eficiência (GUIMARÃES, 2007, p. 96).

Duas parecem ser as razões para isso. A uma, o termo “eficiência”, que seria herança provável da ciência da Administração, da Contabilidade ou da Economia, chegou ao direito imbuído de forte lógica matematizante. A duas, existiria, em nosso País, uma cultura da prática de “desperdícios ignominiosos de recursos escassos” (FREITAS, 2009a, p. 126). Os recursos públicos são sempre escassos, e os critérios para a sua alocação – que tem íntima conexão com a ideia de economicidade – acabam por determinar o desenvolvimento econômico e social (CAMARGO, 2010, p. 148).

Dessa forma, em um primeiro sentido, eficiência abarca o dever de economicidade, que determina ao administrador o dever indeclinável de que busque a “melhor combinação de *inputs* a menor custo. O melhor resultado depende diretamente da *distribuição de recursos*” (LEAL, 2008, p. 4-5, grifo do autor). Idealiza-se a expressão de uma racionalidade que deve pautar a seleção e alocação dos recursos econômicos nos processos de produção (BUGARIN *apud* BUGARIN, 2001, p. 45).

Busca-se o paradigma de mais serviços com maior qualidade, propiciando-se à coletividade mais e melhor com os recursos disponibilizados. A economicidade é meta que, coibindo o desperdício e racionalizando os gastos públicos, perfaz-se, por exemplo, com o “permanente aperfeiçoamento das rotinas e dos processos de trabalho, simplificando-se procedimentos, desburocratizando, traçando objetivos a serem perseguidos e obviamente alcançados” (LUZ, 2005, p. 40).

pode-se citar a eficiência como dever de motivação (FREITAS, 2009b). Nesse sentido, Fazzio Júnior (2008, p. 20) escreve que “Modelo dessa orientação é o art. 1º, §1º, da LC nº 101/00, que impõe ao administrador público a ação planejada e transparente, com o fito de prevenir riscos e corrigir desvios suscetíveis de afetar o equilíbrio das contas públicas”. Citando Alfonso, Gabardo (2002, p. 30) revela que o termo eficiência pode adquirir uma enormidade de funções (aqui meramente citadas), quando analisado sob tal ou qual perspectiva: poder-se-ia falar em “eficiência operativa”, “eficiência adaptativa”, “eficiência técnica”, “eficiência econômica *stricto sensu*”, “eficiência econômica consignativa”, “eficiência econômica produtiva” e “eficiência moral”. O sentido aqui analisado deve tomar referenciais jurídicos, pois.

A eficiência se traveste, na espécie, de qualidade de ação administrativa que maximiza os recursos utilizados na obtenção de resultados previstos⁶⁶; opõe-se imediatamente, nessa perspectiva, à ideia de desperdício⁶⁷ (MODESTO, 2000, p. 113), que, para se citar mero exemplo, poderia ser evitado com o controle de custos a ser realizado por meio da implantação de sistemas de informações gerenciais (para acompanhamento de despesas) e de sistemas de tecnologia de informática que permitam uma otimização da gestão, com fluxo de documentos por meios eletrônicos⁶⁸ (LUZ, 2005, p. 61-62).

Busquets e Martins (*apud* FIGUEIREDO, 2003, p. 97) revelam a economicidade como obrigação do Estado de buscar lucros adequados, minimizar custos e maximizar a eficácia. Nesse sentido, Figueiredo (2003, p. 97-98) defende que, com a economicidade, tutela-se também a moralidade, pois, por lógica consequência, evitam-se atos “economicamente inadequados”, a exemplo de lucros desmedidos, superfaturamentos de obras e despesas desnecessárias. Minimizando custos e gastos públicos e maximizando-se os resultados almejados, a eficiência-economicidade acaba também por velar por uma adequada gestão financeira e uma esmerada execução orçamentária (CAMARGO, 2010, p. 113).

A importância dada à economicidade é tão notória que alguns autores chegam mesmo a confundi-la com eficiência. Levada ao extremo, tais ideias se concentram na chamada “eficiência econômica”, também chamada de “otimalidade de Pareto” (SEN, 2008, p. 48-49). Sobre o assunto, o autor esclarece que:

Considera-se que um determinado estado social atingiu um ótimo de Pareto se e somente se for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa. Esse é um tipo muito limitado de êxito e, em si mesmo, pode não garantir grande coisa. Um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos. (SEN, 2008, p. 47-48).

⁶⁶ Guimarães (2007, P. 80) disserta que “Um dos aspectos do dever de busca da solução administrativa ótima para as situações que se apresentem é a otimização dos recursos com a consecução dos resultados buscados na maior medida possível”.

⁶⁷ Freitas (2009a, p. 127, grifo do autor) escreve que: “Por tudo, conveniente frisar que os princípios constitucionais da economicidade, da eficiência e da eficácia *vedam, terminantemente, todo e qualquer desperdício, assim como rejeitam as técnicas inapropriadas que distorcem as escolhas públicas*”.

⁶⁸ Miranda (2004, p. 29) entende que deve haver “a) estabelecimento de padrões específicos de desempenho, como quantidade de bens produzidos ou serviços prestados; b) prazo e qualidade, especificações do produto; c) dispositivos de coleta e tratamento de informações; e d) o encaminhamento das informações tratadas para quem terá o poder de decidir.”. Um bom exemplo de utilização de meios eletrônicos convergindo para o ideal de eficiência surge com a adoção, cada vez mais corrente, do pregão eletrônico como modalidade preferencial de licitação.

O critério tradicional da economia do bem-estar era o utilitarismo simples, em que se considera não o valor intrínseco das coisas, mas a magnitude da soma total da utilidade criada. Trata-se de interpretação restritiva (SEN, 2008, p. 46): o postulado constitucional da eficiência precisa ter sentido mais amplo do que aquele limitado ao âmbito econômico, abrangendo outros valores impostos pela Constituição (GUIMARÃES, 2007, p. 80).

3.2.4. A eficiência como utilidade

Não é difícil imaginar que entender a eficiência em seu aspecto exclusivamente econômico é insustentável diante de nosso ordenamento. Conceitos de outras ciências, ao adentrar o mundo jurídico – positivamente ou não –, filtram-se por uma malha de valores (jurídicos) e dificilmente poderão nele vingar se interpretados em seu sentido original: no primeiro caso (o de os conceitos já terem sido positivados em normas), porque a intrincada mecânica do nosso controle de constitucionalidade logo se encarrega de expurgar do sistema as normas que não se adequem à necessariamente plúrima lógica de nosso direito constitucional; no segundo, porque não detêm ainda força normativa imediata e, ainda mais por isso, devem ser analisados à luz do direito⁶⁹.

É duplamente equivocado entender a eficiência em seu sentido exclusivamente econômico: por um lado, a etimologia da palavra não contém intrinsecamente uma referência econômica, querendo dizer, antes, uma “atividade racional, destinada a encontrar os melhores meios para a obtenção otimizada dos fins almejados”; por outro, ainda que a palavra estivesse estigmatizada historicamente por esse viés, perdê-lo-ia ao ser absorvido e condicionado pela ordem jurídica (GABARDO, 2002, p. 91).

Levar em consideração exclusivamente o aspecto da economicidade é amesquinhar a noção de eficiência administrativa (GUIMARÃES, 2007, p. 80). O critério da otimalidade de Pareto – que em muito se confunde com a concepção

⁶⁹ É nesse sentido que Guimarães (2007, p. 80) escreve que “A reforma administrativa promovida em decorrência do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado buscou estruturar setores (núcleo estratégico, atividades exclusivas, serviços e produção de bens e serviços para o mercado) e definiu, como estratégia de transição a abordagem do tema em três dimensões: institucional-legal, cultural, com a transição do modelo burocrático para o gerencial e de gestão, com pretensão modernizadora”. As mudanças jurídicas, assim, devem ser acompanhadas das mudanças culturais.

econômica de eficiência – é modo extremamente limitado de avaliar a realização social (SEN, 2008, p. 51): a relação custo-benefício produto dessa concepção deve ter como anteparo necessário o rendimento social (DINIZ, 2003, p. 84). A atuação ótima deve ser econômica, mas também, sobretudo, jurídica (GABARDO, 2002, p. 101).

A ênfase na eficiência como conceito econômico – herança do “puro gerencialismo” – acabou por obscurecer aquilo que Aragão (1997, p. 120-121; 123) chama de “efetividade”, que incorpora o aspecto político, as ideias de valor social, qualidade na prestação, equidade, justiça e interesse público, a tornar o domínio público diverso do domínio privado. A análise exclusiva através de critérios econômicos possui grande dificuldade de correspondência na esfera pública (GABARDO, 2002, p. 43).

Para fins jurídicos, não basta a concepção corrente entre economistas e administradores de que ser eficiente é aproveitar razoável ou corretamente os recursos e os meios disponíveis em função dos fins almejados; trata-se, nesse caso, de mera “otimização de meios”. O jurista entende a eficiência também como otimização da qualidade do agir administrativo que, ao final, obtém resultados satisfatórios ou excelentes – porque, se forem inúteis ou insatisfatórios, eles não servem ao direito e, assim, constituem-se como contravenção ao princípio da eficiência (MODESTO, 2000, p. 112-113).

Deve-se ser eficiente segundo uma perspectiva de rentabilidade social (DINIZ, 2003, p. 75). O princípio da eficiência estaria ligado e serviria de reforço ao caráter instrumental da Administração Pública: sua ação deve-se inexoravelmente voltar à “realização dos valores sociais que traduzem o bem comum, prestando serviços vinculados ao interesse público”. Assim, impõe-se que se produzam os fins esperados da atividade administrativa. (NIEBUHR, 2000, p. 95).

Retirando-se da *práxis* jurídica, privilegia-se duplamente, sob tal aspecto, a análise do resultado: primeiro, não basta que o administrador alcance as respectivas finalidades, mas que as alcance satisfatoriamente, com um padrão mínimo de qualidade⁷⁰; em segundo lugar, a eficiência se conecta à ideia do “dever de atingir o fim ao máximo” (LEAL, 2008, p. 4-5).

⁷⁰ Não se pode concordar, assim, com França (2000, p. 171), que ensina 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.” Tal atendimento deve ser qualificado.

Tais resultados não são, por óbvio, quantificáveis ou avaliáveis segundo os critérios do que acima se chamou de “modelo gerencial puro” (ARAGÃO, 1997, p. 120-121). Nas empresas, no mundo privado, o controle de resultados se vincula quase que exclusivamente a aspectos econômicos e financeiros; na administração pública, tal mensuração é muito mais complexa, de modo que nem sempre é possível se estabelecer imediatamente critérios objetivos para a avaliação⁷¹. O cidadão se preocupa com a medição de gastos, mas também com a qualidade dos serviços prestados (CAMARGO, 2010, p. 151).

Apesar de ser difícil tal mensuração, ela é plenamente possível. Com efeito, é cada vez mais comum que os órgãos de controle avaliem não somente as despesas da Administração, mas também o resultado prático – como o número de pessoas atendidas – da utilização dos recursos públicos (CAMARGO, 2010, p. 108). Dessa forma, os objetivos, metas, prioridades, alocação e uso dos recursos disponíveis à Administração Pública são, sim, passíveis de controle pelo Judiciário (e mesmo pelo Tribunal de Contas) (FIGUEIREDO, 2003, p. 99). Atualmente, o atendimento às demandas da população e o efetivo desenvolvimento econômico e social impõem que a gestão pública se concentre sobre os resultados, sendo por eles transparentemente avaliada e controlada (CAMARGO, 2010, p. 151).

O fator custo deve ser analisado sob perspectiva relativa. A inexistência de uma associação necessária (e exclusiva) entre economicidade e eficiência é aclarada quando se imagina que nem sempre a opção que se afigure a mais barata será também a mais eficiente (LEAL, 2008, p. 6). *A contrario sensu*, para se invalidar certo ato administrativo, não basta que se verifique que seu resultado tenha sido financeiramente

⁷¹ Cabe anotar a ideia – corrente na doutrina sobre Administração Pública participativa, o que, embora mantenha pontos de contato com o objeto do presente trabalho, não encontra nele espaço para maior detalhamento – de que o próprio conteúdo do princípio da eficiência deve ser coconstruído, unindo a participação do Estado à dos cidadãos. Moreira Neto (2005, p. 5, grifo do autor) escreve que as novidades do Direito Administrativo, oriundas de uma “filtragem autopoietica”, trazem alguns princípios “que mais eloquentemente exprimem as novas tendências cidadãs, destacadamente os da *eficiência*, da *transparência* (melhor dito, da *visibilidade*) e da *participação*.” Também escrevem Correa e Luz Segundo (2009, p. 5875) que “No que tange ao princípio da Eficiência, a superação do Solipsismo Burocrático significa que a própria noção conceitual do que seja “eficiência” deverá se desenvolver intersubjetivamente entre os diversos atores sociais que gravitam em torno do espaço compartilhado. A construção conceitual do princípio da eficiência – como vimos – não é algo estático, cristalizado ou definido a partir de uma atuação monológica da Burocracia. A conceituação da eficiência se faz em um processo aberto e dialético e não de maneira impositiva sob o véu de uma técnica neutra e a-histórica.”

negativo: deve-se perquirir das razões e dos motivos dos dispêndios (FIGUEIREDO, 2003, p. 97-98).

Do afirmado, portanto, conclui-se que é impossível afirmar que exista uma preferência *prima facie* em favor dos meios menos custosos. Com efeito, a análise do meio menos custoso só pode ser feita *caeteris paribus*, quando as demais variáveis incidentes se mantiverem constantes (LEAL, 2008, p. 13).

Não é difícil, assim, pensar em exemplos. Diniz (2003, p. 117) afirma que o mero corte de “despesas excessivas” na área da saúde – reduzindo-se, por exemplo, os leitos da Unidade de Terapia Intensiva de um hospital – poderá, isso é certo, reequilibrar orçamento e finanças estatais, mas trará imensas e desproporcionais desvantagens, violando-se, assim, a eficiência-utilidade.

Claus Offe (*apud* GABARDO, 2002, p. 43) exemplifica com o seguinte quadro: parece ser ato de eficiência que os correios deixem de trabalhar aos sábados, de modo a reduzir custos e déficits; fica claro, todavia, que não só será reduzida a oferta de emprego, como também serão gerados inconvenientes aos usuários do serviço; com isso, quer-se dizer que os gastos podem ser mensurados economicamente; o inconveniente ao usuário, não.

De todo modo, tal inconveniente – traduzido, segundo os critérios aqui defendidos, em violação ao princípio da eficiência – estará lá, merecendo, portanto, controle e retificação.

3.2.5. A eficiência como celeridade

O suprimento das “reais necessidades coletivas” deve acontecer de forma célere (DINIZ, 2003, p. 86-87). A eficiência exige do agente público diligência no agir, não se admitindo, nesse sentido, morosidade no atuar da Administração (LUZ, 2005, p. 43).

Gabardo (2002, p. 29) escreve que a celeridade, que, por influenciar diretamente o resultado econômico (custo-benefício), poderia ser incluída na economicidade (no mesmo sentido argumenta Guimarães (2007, p. 89)), pode ser, muita vez, comparada à própria ideia de eficiência, “pois a extemporaneidade, em grande número de vezes, pode tornar absolutamente inútil o resultado.”.

Moreira (2007, p. 109) expõe situações que, embora sirvam à exemplificação de condutas que violem a moralidade administrativa, bem servem a ilustrar a violação ao

princípio da eficiência. Assim, merece reproche a “inércia administrativa no processamento de pleito privado, obedecendo puramente ao prazo legal, apesar da ausência de empecilhos práticos” ou, ainda, “silêncio administrativo omissivo, transposto somente depois de insistência formal da pessoa privada”.

Medauar (2003b, p. 142, grifo atual) explica que:

Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. 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 brasileira, com raras exceções.

Tal aspecto da eficiência merece alguma ressalva. O atual molde de Estado Democrático de Direito impõe que uma “pretensa rapidez, uma aparente eficiência ou uma alegada agilidade não podem atropelar direitos nem ignorar a presença importante do cidadão-administrado” (DINIZ, 2003, p. 80-81). Por essa razão, devem ser questionadas soluções apressadas, em que o “fatalismo inexoravelmente esconde uma face antidemocrática” (GABARDO, 2002, p. 145).

A busca da eficiência pelas organizações públicas se consubstancia num determinante de sua legitimidade social, no necessário plano normativo (ético) da economia política do bem-estar (BUGARIN, 2001, p. 48). A natureza abrangente do princípio da eficiência se manifesta quando se vê que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, pois, nesse caso, pode ser anulado (GABARDO, 2002, p. 97). Parece ser nesse sentido que se afirma que “a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade” (BARROSO, 2009, p. 374; BINENBOJM, 2009, p. 25-26).

4. MORALIDADE ADMINISTRATIVA, IMPROBIDADE E INEFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1. Moralidade administrativa

4.1.1. *Moral e Direito*

O entendimento do que seja moralidade administrativa passa por três fases. Primeiro, é necessário entender o nível de conexão (e se ela existe) entre direito e moral⁷².

Rocha (1994, p. 177), apesar de reconhecer as diferenças imanentes entre Direito e Moral – diz-se que “Daí dever-se atentar a que o Direito distingue-se da Moral pela sua institucionalização, que incorre nesta” –, aproxima-os ao perceber neles uma imposição de “conduta justa, reta, que o homem deve assumir em sua vivência com os outros”.

Moreira (2007, p. 100) trabalha com a moralidade juridicamente revelada; estuda, assim, “a incidência de parâmetros morais, avaliados segundo a lógica jurídica”, entendendo que o princípio não proporciona nenhuma consequência “externa” à estrutura jurídico-normativa.

Ressalvando que o estabelecimento de rigorosos limites entre Direito e Moral é campo de saber da Filosofia do Direito (ressalva aqui reforçada), Moreira (2007, p. 99) revela que melhor que separar as duas noções é reconhecer a funcionalidade de um e de outra. Com isso, adianta que sua concepção de Princípio da Moralidade, a fim de se lhe dar maior eficácia possível, não se dirige somente ao agente público, mas também ao intérprete e ao aplicador.

Percebe-se, assim, que, para o autor, a moralidade tem viés objetivo⁷³ – tem consubstanciação nas próprias normas jurídicas –, de modo que “a tão-só existência de condutas moralmente prestigiáveis não implica legalidade indiscutível”⁷⁴ (MOREIRA, 2007, p. 101).

⁷² Não cabe aqui esclarecer à menor minúcia as distinções entre uma e outro. Isso não só foge do tema central do trabalho, como também parece ser seara de estudo antes da Filosofia que do Direito.

⁷³ Nesse sentido, Marques Júnior (2009, p. 221) ressalta que “os aspectos comuns à Moral e ao Direito nos levam a concluir que ambos apresentam um viés objetivo e subjetivo. Por exemplo, no que concerne ao comando moral e jurídico do administrador público não desviar as verbas públicas, encontramos um viés subjetivo e objetivo.”

⁷⁴ Pietro (1991, p. 105) entende também certo o contrário, ao descrever que “é perfeitamente possível a existência de atos jurídicos lícitos, porém imorais”. A autora traz alguns exemplos, de que se destaca o fato de os Ministros dos Tribunais de Contas serem nomeados pelo próprio Presidente da República, cujas contas irão julgar.

Gasparini (2008, p. 86), citando Hely Lopes Meirelles e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, ensina que moralidade está intimamente ligada à conduta do bom administrador, que pauta sua conduta não só pela lei vigente, mas também pela moral comum, buscando o que for melhor e mais útil ao interesse público. Para ser legal, assim, o ato administrativo deve também “afeiçoar-se à moralidade administrativa”.

Freitas (2008, p. 196) demonstra que Direito e Moral, embora não se confundam, apresentam diversos pontos de conexão⁷⁵.

O autor descreve que é errado ignorar que o Direito requer fundamentação/motivação moral, devendo-se exercer “uma inafastável permeabilidade do jurídico em face de argumentações marcadamente morais, que façam expandir a noção de juridicidade” (FREITAS, 2008, p. 200).

Ripert (*apud* FIGUEIREDO, 2003, p. 85) associa direito e moral, indicando que algumas questões só conseguem ser bem resolvidas com apelo à moral. Assim, revela alguns exemplos e arremata “*Ce sont, pour ne prendre que des exemples, des questions insolubles si l’on n’a pas une certaine conception des fins Morales de l’homme*”⁷⁶.

Figueiredo (2003, p. 100) entende que a moralidade administrativa é aquela ínsita à lei e ao Direito, de modo que regras puramente morais não podem subverter a lógica da Legalidade (ou, mais propriamente, da Juridicidade) do Direito Administrativo. Assim, a solução há de ser “ético-jurídica”.

Martins (2008, p. 306-308) afirma que Kelsen “absolutizou a relatividade dos valores”⁷⁷, estabelecendo, assim, uma “separação radical entre a moral e o direito”, que

⁷⁵ O autor relata que “O mútuo relacionamento dos princípios justifica, em boa medida, a vinculação entre Direito e Moral”. Apesar de se reconhecer que os princípios fundamentais se coimplicam, também se afirma que não é certo que a violação a um princípio signifique necessariamente violação a toda a malha normativa: cada principal tem um círculo eficaz próprio, um núcleo, um âmbito. (FREITAS, 2008, p. 196).

⁷⁶ Em tradução livre: “Estas são, para citar apenas alguns exemplos, questões insolúveis se não se tem uma certa concepção de fins morais do homem”.

⁷⁷ O autor versa sobre as características dos valores da seguinte maneira: “Impõe-se um esclarecimento: atribuir *relatividade* a todos os valores não significa negar *objetividade* a certos valores; muitos valores *valem* independentemente das valorações de fato feitas pelos indivíduos. O *valor* pode ter uma *validade objetiva* e, ainda assim, um *peso relativo*: ele existe independentemente da valoração das pessoas, mas sua importância depende da análise dos demais valores que com ele conflitam num circunstância concreta. Ao separar *relatividade* de *subjetividade* e atribuir os atributos da *objetividade* e da *relatividade* aos valores, acolhem-se as críticas de Johannes Hessen ao *relativismo axiológico* (Filosofia dos valores, p. 80-88).” (MARTINS, 2008, p. 306, grifo do autor).

ruiu à época da experiência nazista, quando surgiria a ideia de que existe, de fato, uma moral universalizável⁷⁸.

Há nisso, portanto, o que o autor chama de “crise de paradigma”, que acompanhou o avanço do constitucionalismo: se, no início, o fato de a moral (no Direito) se perfazer em um conjunto de normas que disciplina os valores por elas concretizados não afastava muito o ideal kelseniano, depois, com o avanço das respectivas teorias, a moral pareceu desenvolver um conteúdo intrínseco, que a aproximava dos ideais de justiça.

Nesse sentido, Alexy (*apud* MARTINS, 2008, p. 308) vê imanente ao Direito uma “pretensão de correção”. Para ele, a Constituição é um “ato linguístico performativo”, em que se considera a chamada dimensão performática da linguagem⁷⁹. Com isso, caso o conteúdo do enunciado contradiga o próprio ato de enunciar, negando, portanto, a tal pretensão, haverá uma “contradição performativa”⁸⁰, uma “falha técnica” do constituinte.

Exatamente por isso, Alexy (*apud* MARTINS, 2008, p. 310) entende estarem vinculados direito e moral.

Martins (2008, p. 318-320; 323) aponta que a “moral diz respeito aos costumes, a um conjunto de normas vigentes no meio social fundadas nos conceitos de *certo e errado, honesto e desonesto*”. Rechaçando a ideia daqueles que separem radicalmente moral (imaneente, relativa à intimidade) de direito (bilateral, relativo à exterioridade) – para ele, isso impossibilitaria o estudo de um princípio da moralidade –, o autor defende que, dentre as regras morais, algumas “transcendem a intimidade e repercutem na esfera alheia”, podendo, por isso, serem objetivadas, resultando em “regras éticas”.

Nesse sentido, Marques Júnior (2009, p. 218-219) ensina que:

⁷⁸ Rocha (1994, p. 179, grifo da autora) entende que o Estado liberal, mesmo tendo relegado ao ostracismo a discussão sobre a Moral na sociedade, acabou por consagrar “*uma moral, a do Estado, pensada em sentido absoluto e que conduziu a regimes antidemocráticos*”.

⁷⁹ Austin (1971, p. 53 *apud* MARTINS, 2008, p. 309) entende que, para que algo seja adequadamente dito, não basta a pronúncia das respectivas palavras, sendo também necessário que as circunstâncias em que se as dizem sejam apropriadas. Por vezes, aliás, o contexto em que se declara algo é o total responsável pelo sentido de um enunciado. Como exemplo, aqui desenvolvido, figure-se a seguinte situação: uma senhora, mãe de um filho adolescente, preparara, naquele final de noite, uma torta, para servir, no dia seguinte, às visitas que receberia em casa. Durante a madrugada, a mulher ouviu barulhos na cozinha e, preocupada, acorda-se e vai verificar a situação. Em lá chegando, anuncia: “filho, é você?” – ao que o rapaz responde: “não”. A palavra, como bem se pode notar, tem valor equivalente ao de um “sim”.

⁸⁰ Austin (1971, p. 98 *apud* MARTINS, 2008, p. 309) entende ser um *abuso da linguagem* quando um enunciado performativo é acompanhado de outro que contradiga seus pressupostos.

Algumas proibições a regras morais constituem-se igualmente em proibições estabelecidas pelo ordenamento jurídico. [...] Entendemos que há diversos pontos em comum entre o Direito e a Moral. O Direito Administrativo, por exemplo, por sua ausência de codificação é de conteúdo extremamente fluido e principiológico. O *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer acerca dos princípios da Administração Pública, enalteceu a moralidade. Qual a origem da moralidade?

Decerto as normas advindas da Moral. Isso demonstra a importância do estudo da moral para o Direito Administrativo. Não apenas isso, o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (e esta é uma imoralidade qualificada) traduz em seu *caput* diversos valores de índole essencialmente moral, como honestidade, imparcialidade e lealdade.

Verifica-se, assim, haver nítidos pontos de contato⁸¹ entre moral e direito⁸², conforme aliás pensa a maioria dos autores⁸³.

4.1.2. Moralidade e legalidade – autonomia dos princípios

Partindo desse pressuposto, o entendimento do que seja moralidade administrativa deve enfrentar um segundo questionamento: se já colocada a moral (*rectius*: parcela dela) dentro do direito, ela, travestida de moralidade administrativa (moral juridicamente revelada⁸⁴), estaria convolada em princípio autônomo ou estaria germinalmente ligada à noção de legalidade?

Figueiredo (2003, p. 86) reconhece três diferentes abordagens para a moralidade administrativa. Parte da doutrina, com arrimo em Hauriou e Ripert, entende que “a imoralidade é elemento interno da legalidade”. Para um segundo grupo, o enfoque recai com maior minúcia sobre os “motivos de fato discricionariamente considerados pela Administração” e sobre as “finalidades dos atos administrativos” (daí decorrendo o

⁸¹ Rechaça-se, assim, a concepção de continente-conteúdo, topologicamente sugerida pela ideia de círculos concêntricos. Com Pietro (1991, p. 105), prefere-se, aqui, a imagem de “círculos secantes”.

⁸² Nessa toada, também Ross (1975, p. 1), ao declarar “*Indeed, when all is said and done, morality is, just like law, a means of guiding human behavior*”.

⁸³ A esse caminho levou a pesquisa aqui revelada. Não se exclui, todavia, que há posicionamentos em contrário, como, aliás, defende Kelsen. Nesse sentido, também Zockun (2008, p. 40-41), que, ao se perguntar se, para além das regras legais, a Administração deve-se também ater à moral comum, fornece resposta negativa: os preceitos de moral convolam valores mutáveis dados certos lugares e épocas, o que vai de encontro imediato ao ideal de segurança jurídica do Direito, que, por essência, é objetivo. Rocha (1994, p. 180) ensina, em oposição a esses pensamentos, que “O distanciamento do Direito e da Moral atendeu antes a uma conveniência de modelos políticos e econômicos que a uma diferenciação ou incompatibilidade entre eles”.

⁸⁴ Rocha (1994, p. 194-195) entende que os fins públicos resultantes das normas de moralidade administrativa não são subjetivos, na medida em que “eles se objetivam quando passam a integrar o Direito”.

desenvolvimento da teoria dos motivos determinantes e do desvio de poder)⁸⁵. Para um terceiro grupo, a moralidade agora é estudada inerentemente à administração, enquanto princípio constitucional expresso por juridicidade convolada em direito público subjetivo.

Nesse sentido, o autor entende que “o princípio da moralidade, autonomamente considerado, é garantia do cidadão”, de que decorre que a Ação Popular controla e verifica a moralidade administrativa independentemente da lesão ao patrimônio público. O próprio autor, assim, reconhece a autonomia do princípio da moralidade: sua mera violação é já motivo de controle⁸⁶.

Moreira (2007, p. 102) reconhece a autonomia jurídica da Moralidade, separando-a da Legalidade. Freitas (2008, p. 196) também assume o lado dos que veem a moralidade como princípio autônomo. Martins (2008, p. 328) diferencia legalidade de moralidade, que diz respeito ao que “a sociedade entende que deva ser considerado honesto, íntegro, correto”⁸⁷, detendo, portanto, um núcleo próprio e essencial.

4.1.3. O conteúdo específico da moralidade administrativa

Entendida a moralidade como essencialmente apartada da legalidade⁸⁸ – muito embora, claro, possa nela se revelar –, verdadeiro princípio autônomo, resta um terceiro enfrentamento, que trará norte a respeito do conteúdo específico da moralidade administrativa.

Sobre isso, Moreira (2007, p. 115-119) entende decorrer da moralidade os princípios da boa-fé e da imparcialidade (cabe ressaltar que o autor volve sua análise

⁸⁵ Marques Júnior (2009, p. 226) esclarece que “A imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder. A partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato ilegal e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido, o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo”. Rocha (1994, p. 211) escreve que “Foi a partir do recurso por desvio de poder, formulado jurisprudencialmente pelo Conselho de Estado francês, que surgiram as primeiras observações sobre o princípio da moralidade administrativa e a possibilidade de seu controle, conforme assinalado”.

⁸⁶ O autor faz a ressalva de que a prova de tal violação pode ser problemática. De todo modo, essa é questão outra e posterior, que não pode negar a possibilidade de ilegalidade pela simples subversão ao princípio (FIGUEIREDO, 2003, p. 89). Mais à frente, o autor revela que “o princípio da moralidade é norma jurídica e, como tal, denso em conteúdo, a fim de que seu intérprete possa aplicá-lo de imediato” (FIGUEIREDO, 2003, p. 101).

⁸⁷ Assim, o cidadão deve “poder contar com que o Estado aja com lealdade, com boa-fé” (FIGUEIREDO, 2003, p. 105).

⁸⁸ Zockun (2008, p. 43-44) não considera a moralidade como princípio autônomo, adotando o posicionamento positivista de que “será moral aquilo que o Direito disser que é moral”.

para a moralidade enquanto integrante do procedimento administrativo). O primeiro deles parece ser de maior valia para o nosso estudo.

Assim, a boa-fé (e, por isso, a moralidade), que se sustenta sobre ética e a segurança jurídica (LARENZ *apud* MOREIRA, 2007, p. 116), impõe o dever de comportamento leal e honesto, pois se baseia na confiança no comportamento alheio, devendo-se evitar a frustração sem fundamento de legítimas expectativas. Rechaçam-se, assim, a surpresa, o ardil, a armadilha, devendo prevalecer a estabilidade, a transparência e a previsibilidade⁸⁹.

Nesse jaez, Moreira (2007, p. 104) afirma que, se a moralidade tem caráter objetivo, também objetivo será o seu controle, podendo ser sindicável pelo Judiciário⁹⁰: a moralidade não encontra paradigma no aspecto psicológico do agir do agente público, mas proíbe condutas imorais e amorais. Assim, ainda que, em seu íntimo, o agente não tenha agido com mau propósito, se sua conduta violar, *v.g.*, o interesse público, deverá ser passível de controle.

Apesar disso, o autor afasta da violação ao princípio (que qualifica como “caracteristicamente interno”) a necessidade de haver dano material (que seria efeito externo), com isso, frise-se, reforçando o caráter autônomo e objetivo do princípio, que teria conteúdo cogente aos agentes públicos (estranho, portanto, ao campo da discricionariedade), servindo de critério de atuação de toda a Administração Pública (MOREIRA, 2007, p. 110-113).

Freitas (2008, p. 197) entende a Moral de forma kantiana, pois, sob pena de incorrer em postulados “não aceitavelmente universalizáveis”, deve-se despir de quaisquer “emocionalismos perigosos”.

Hauriou (*apud* FIGUEIREDO, 2003, p. 84-85; ROCHA, 1994, p. 189) escreve que⁹¹:

⁸⁹ Com isso, Moreira (2007, p. 117-118, grifos do autor) elenca rol de consequências práticas decorrentes da boa-fé, aqui explanadas a preste: “interdição ao abuso de direito”, “proibição ao *venire contra factum proprium*”, “proibição à inação inexplicável e desarrazoada” (aqui, o autor parece adiantar algo que roça a noção de eficiência), “vedação à defesa de nulidades puramente formais”, “inaplicação do *tu quoque*” etc.

⁹⁰ Alves (1994/1995, p. 136) entende que a moralidade administrativa é “direito subjetivo de cada administrado”.

⁹¹ Em tradução livre: “Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de uma conduta prática em que necessariamente há a distinção do bem e do mal. Como a administração tem um agir próprio, ela pratica tal distinção ao mesmo tempo daquela entre justo e injusto, lícito e ilícito, honrado e desonrado, conveniente e inconveniente. A moralidade administrativa é frequentemente mais exigente que a legalidade”.

*Quant à la moralité administrative, son existence provient de ce que tout possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien et du mal. Comme l'administration a une conduite, elle pratique cette distinction en même temps que celle du juste e de l'injuste, du licite et de l'illicite, de l'honorable et du déshonorant, du convenable et de l'inconvenant. La moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité*⁹².

Assim, deve-se verificar se a Administração agiu com amparo em *standards* reconhecidos como razoáveis dados certos tempo e lugar (padrões éticos vigentes em dadas época e sociedade)⁹³, se houve violação da segurança jurídica, da honestidade profissional, da boa-fé, da lealdade administrativa, da proibição do enriquecimento sem causa da Administração, que, assim, seriam subprincípios da moralidade⁹⁴ (FIGUEIREDO, 2003, p. 88-89; 104-105).

Figueiredo (2003, p. 95) ainda entende que o cumprimento do princípio da moralidade se vincula intimamente aos princípios da legitimidade e da economicidade, expressos, e ao princípio da razoabilidade, que é implícito. O pensamento é de considerável importância para o trabalho aqui desenvolvido e se relaciona com a noção de eficiência, já analisada.

Rocha (1994, p. 191-193) entende que moralidade se confunde com o atendimento “ao que é justo e honesto para a sociedade a que se destina” e a “padrões normativos de justiça e justeza”, à “honestidade do comportamento, da boa-fé, da lealdade dos agentes públicos”. A moral administrativa, assim, tem fulcro na busca dos fins a serem queridos pela Administração⁹⁵, na realização dos “interesses, necessidades e utilidades dos homens em sua convivência política”.

Para Martins (2008, p. 323), a moralidade administrativa seria o conjunto de regras éticas imputado à Administração Pública, determinando que ela haja com honestidade e boa-fé.

⁹² Nessa tônica, Rocha (1994, p. 187) escreve que: “O princípio da moralidade administrativa formou-se a partir do princípio da ‘legalidade’, ao qual se acrescentou, como conteúdo necessário à realização efetiva e eficaz da Justiça material, a legitimidade do Direito.”

⁹³ Sobre esse matiz, Ballesteros (*apud* PIETRO, 1991, p. 116, grifo não atual) escreve que: “a moral social implica a existência de uma *comunidade moral de valores* vigentes na sociedade, que se manifesta em expectativas e exigências de comportamento (como standards, modelos ou idéias de valor e pautas de conduta) dentro do tráfico de um determinado grupo social.”

⁹⁴ Com tal norte, ensina Marques Júnior (2009, p. 225) que “desenvolvem-se mecanismos de exigibilidade de conduta e vontade honestas ao agente público. Outros deveres também concorrem como fatores de formulação do princípio da moralidade. Como a honestidade, a lealdade. E a violação de ambas implica ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública.”

⁹⁵ Alves (1994/1995, 135) entende que a moralidade administrativa na Constituição perpassa a “preocupação do legislador não só com o ‘Dever-Fazer’ da Administração Pública, mas essencialmente com o ‘Agir Bem’ da Administração.”

Giacomuzzi (*apud* MARTINS, 2008, p. 324) entende que do princípio da moralidade decorrem dois subprincípios. O da boa-fé, de ordem objetiva, prescinde da análise da intenção do agente e dá margem a uma série de determinações específicas⁹⁶; o da probidade administrativa, de ordem subjetiva, exige honestidade no agir dos agentes públicos.

Barboza (*apud* MARTINS, 2008, p. 330) aponta uma série de funções da moralidade administrativa: função conformadora da formação ética e profissional dos agentes públicos⁹⁷; função repressiva, quando da aplicação de sanções de improbidade; função corretiva, ao se invalidarem atos administrativos tidos por imorais.

Ávila (2006, p. 96) admoesta que:

Como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração.

Assim, podem-se elaborar alguns exemplos de laboratório⁹⁸. Imagine-se um grupo hipotético de 100 pessoas que vão se submeter, todos em um mesmo dia, a um exame de prova oral em concurso de área jurídica. Todas elas são do mesmo sexo, possuem a mesma cor de pele, têm idades semelhantes, a mesma orientação sexual, não havendo razão aparente para qualquer tratamento diferenciado⁹⁹. O examinador “A” aplicou a mesma pergunta inicial¹⁰⁰ aos 70 primeiros candidatos. Ao seguinte, todavia, elaborou interpelação diferente, de conteúdo patentemente mais complexo. Para o exame dos 29 candidatos restantes, tornou à pergunta inicial.

O que teria levado o examinador a modificar a pergunta? Por certo, alguma convicção íntima odiosa – mas não é isso que interessa ao direito, inclusive porque

⁹⁶ Assim, existe a vedação ao *venire contra factum proprium*, ao *tu quoque* (tratamento diferenciado para iguais situações), à *supressio* (exercício de direito deslealmente retardado) etc.

⁹⁷ A esse respeito, acrescenta Moraes (2004, p. 123) que “o princípio da moralidade administrativa, numa acepção ampla, além de ser conformador da conduta do agente público, sob o ponto de vista ético (acepção restrita do termo), compreende o dever de observância da finalidade pública prevista na norma jurídica”.

⁹⁸ Gomes (2002, p. 255) também menciona um exemplo: viola o princípio da moralidade o servidor que, com inveja da promoção lograda por um colega, começa a denegrir sua imagem pessoal para o superior hierárquico.

⁹⁹ A intenção aqui é reforçar a autonomia do princípio da moralidade com relação à legalidade – se houvesse alguma diferença mais patente entre os candidatos, poder-se-ia querer alegar que a diferenciação ilícita estaria referenciada por alguma determinação legal.

¹⁰⁰ Não haveria, portanto, como saber da qualidade intelectual do candidato, a legitimar eventual tratamento desigual.

carecerá sempre de meio de prova. Com sua atitude, “A” *deixou transparecer objetivamente essa convicção*¹⁰¹, e é isso que interessa ao direito: violou o conteúdo específico da moralidade, nos termos já citados, malferindo a boa-fé, a proibição à surpresa, a honestidade, a lealdade etc.

Outro caso de laboratório. Na República “Y”, para exercer sua profissão, os engenheiros recém-formados precisam ser aprovados em um exame realizado (em duas fases) pelo respectivo Conselho Profissional. As provas são pagas, e o montante de dinheiro movimentado é bastante alto. Caso não seja aprovado, o candidato deve se submeter a novas provas – mediante, mais uma vez, pagamento.

Excepcionalmente, na primeira fase do Exame, 100% dos candidatos são aprovados. Inconscientemente, o Presidente do Conselho – que, no exemplo aqui desenvolvido, é também responsável pelo conteúdo das provas –, insatisfeito com a alta aprovação (o que, no exame seguinte, significaria *baixa arrecadação com inscrições*), decide por elaborar uma prova de segunda fase estramboticamente difícil e ostensivamente atípica.

O nível de aprovação, na segunda fase, cai para 15%, e o remanescente, num futuro muito próximo, terá de – repita-se, mediante pagamento – se submeter novamente ao certame.

Existe alguma norma positiva que proíba o Presidente do Conselho de, respeitados os limites do Edital, elaborar a prova como bem queira? Não. O conteúdo do exame pode ser, em certa medida, livremente (e em tese) estipulado? Sim. Mais uma vez, todavia, sua convicção ou sua intenção extrapolam sua intimidade e se *colocam objetivamente*¹⁰² *como afronta à boa-fé, à legítima expectativa, à honestidade, à lealdade* etc., merecendo, por isso, ser objeto de controle e de reforma pela mera violação ao princípio da moralidade.

¹⁰¹ É, pois, o ensinamento de Pietro (1991, p. 110-111, grifo da autora): “Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu *objeto* ou *conteúdo*, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz [...]. Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. [...] o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada”.

¹⁰² É com essa orientação que Rocha (1994, p. 185-186) ensina que “A imoralidade administrativa é vício de razão e não de paixão. A Administração Pública traz o indicativo do Poder em sua organização e desempenho, pelo que o motivo e o resultado do comportamento imoral são encontrados fora e não dentro do ser humano”.

4.2. Improbidade Administrativa

4.2.1. *Corrupção e improbidade*

Se o estudo do princípio da moralidade é preparação para o entendimento da improbidade administrativa, natural que a análise dessa categoria jurídica se torne o próximo objeto do presente estudo. Antes disso, todavia, cabe breve parêntese, justificado por um motivo principal: à linguagem corrente, a ideia (e, principalmente, o vocábulo) de improbidade está intimamente ligado com a de corrupção. Em geral, ou se confundem, tomando-se por sinônimos (e isso é muito comum em meio midiático), ou se englobam mutuamente em amálgama de fenômenos sociais que um estudo jurídico que se atenha à perfeita técnica metodológica e terminológica não pode suportar. Cumpre, portanto, tentar separar, no que possível, as concepções e, enfim, depurar a noção de improbidade, antes da proposição mais exata de um conceito.

Etimologicamente, corrupção seria o rompimento de “algo que se considera intacto e inteiro, promovendo-se, então, por esta ruptura, a tangibilidade inaceitável de um bem” (ROCHA, 1994, p. 195). O termo vem do latim “*corruptio*”, ligado à imagem de deterioração, de alteração¹⁰³, o que, em negócios públicos, bem designa “a destruição, por apodrecimento, do ideal de bem comum pela apropriação, para fins privados de alguns, dos meios e recursos públicos” (RAMOS, 2002, p. 3).

Corrupção, disserta Rocha (1994, P. 196-200), é o contrário de democracia e de Direito, sinônimo, portanto, de antidemocracia, de injustiça e de antidireito. No desempenho da Administração do Estado contemporâneo, o binômio poder econômico e poder político, a exercer, segundo uma lógica socioeconômica capitalista de ganho material, uma enorme atração sobre as pessoas, acaba afrontando o sistema normativo vigente ao contrariar a moralidade administrativa.

O fenômeno da corrupção, assim, está associado à fragilidade de padrões de ética em uma sociedade, o que, por certo, reflete-se sobre a ética do agente público (GARCIA; ALVES, 2006, p. 7), que, assim, em inúmeros casos, passa a empregar o poder que lhe foi conferido como uma “fonte inesgotável de aquisição, usufruto, distribuição e transmissão de regalias e mordomias, um modo de obter vantagens ilícitas

¹⁰³ Figueiredo (2008, p. 254, grifo do autor) define a corrupção como “ação pela qual uma coisa *apodrece* ou se estraga”.

para si ou para outrem (coronelismo, filhotismo, nepotismo, empreguismo) [...]” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 1).

Osório (2007, p. 55, grifos do autor) escreve que:

O Relatório Final da *Comissão de Diagnóstico da Legislação Centro-americana no tema da corrupção*, no marco da Cúpula Entro-americana contra essa patologia, disse que ‘a corrupção como tal representa uma das práticas humanas mais generalizadas e com efeitos tão perniciosos e devastadores que *seu exercício impossibilita a saúde moral* dos povos, impede o desenvolvimento econômico sustentável das nações e representa um poderoso obstáculo para obter a paz e a harmonia social’. Veja-se que a Comissão fala de saúde moral dos povos e, acrescentamos, instituições.

No Brasil, as causas são várias, perfilhando “comportamentos imorais socialmente aceitáveis até a participação do Estado na vida cotidiana, passando pelo péssimo nível salarial dos agentes públicos [...]” – além disso, o Estado seria excessivamente tutelar, burocrático em excesso e radical interveniente nas relações sociais (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 2; 4). Haveria, historicamente, duas grandes vertentes de corrupção no País: (a) a manipulação de decisões políticas a fim de favorecer os interesses econômicos dominantes e (b) a apropriação de recursos e de bens públicos por políticos, seja em benefício próprio, seja para o financiamento de campanhas eleitorais, seja, ainda, para favorecimento de interesses particulares de terceiros (OSÓRIO, 2007, p.59).

Os índices de corrupção que se verificam atualmente no país são desdobramentos históricos que remontam à colonização e, depois, aos longos períodos ditatoriais em que vivemos, durante os quais as práticas democráticas – fruto de lenta evolução cultural que é inerente à conscientização popular – foram tímidas (GARCIA; ALVES, 2006, p. 6). A deturpação tradicional do poder disseminou uma cultura em que eram vistos com passividade geral escândalos públicos¹⁰⁴, tais como a obtenção de vantagens ilícitas, “o malbaratamento dos recursos do erário, o vilipêndio aos princípios

¹⁰⁴ Comentando a importância da consciência popular a respeito dos meios de combate à corrupção, Garcia e Alves (2006, p. 6-7) escrevem que “O combate à corrupção não haverá de ser fruto de mera produção normativa, mas, sim, o resultado da aquisição de uma consciência democrática e de uma lenta e paulatina participação popular, o que permitirá uma contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a convivência e, pouco a pouco, depurará as idéias daqueles que pretendem ascender ao poder. [...] Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar”.

da Administração Pública e o desprezo aos direitos e garantias individuais e sociais”¹⁰⁵. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 2).

É nesse sentido que se fala em um “crescente e persistente déficit histórico de ética” (OLIVEIRA, 2009, p. 146). Fala-se também em que se vive sob o signo do desencanto: “A palavra da hora é crise – do sujeito, do direito, da política, da economia, de caráter.”. Nessa perspectiva, “Não será exagerado afirmar que, no Brasil, o direito tem um quê da consistência dos colóides e algo em comum com os vírus: um direito meio sólido, meio líquido, metade vivo, metade morto” (SAMPAIO, 2002, p. 148-149).

Para a antiga Roma, tal concepção abrangente de corrupção – que ainda abarcaria o clientelismo, as recomendações de homens públicos em favor de amigos, a malversação de recursos públicos etc. – funcionava (PERELLI *apud* OSÓRIO, 2007, p. 33-34). Fica certo, diante disso, que, apesar da ideia comum de degeneração de condutas, a concepção romana não pode vingar no atual contexto histórico e ético-normativo vigente, ao menos não com essa ambiguidade simbólica e semântica (OSÓRIO, 2007, p. 34-35).

Com efeito, sociologicamente, é perfeitamente possível aceitar essa concepção de maus costumes no exercício do poder público, de podridão moral ou de grave desonestidade funcional. Juridicamente, todavia, a ideia não indica elemento universal ou seguro que a caracterize: num marco ético-normativo, não se consegue ver, por exemplo, a exata diferenciação entre a corrupção e a ideia de desvio de poder¹⁰⁶ (OSÓRIO, 2007, p. 57; 60; 63).

Até agora se escreveu, portanto, da corrupção (de sua etimologia e de sua contextualização no Brasil) em sentido sociológico, o que, embora não suficiente, certamente contribui para uma percepção mais aclarada dessa realidade no âmbito jurídico¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Éric Alt e Iréne Luc (*apud* MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 6), baseando-se em Heindenheimer, distinguem “corrupção preta” (aquela não tolerada pela opinião pública e reprimida pelo direito penal), de “corrupção cinza” (não tolerada, mas praticadas nos meios dirigentes, como os financiamentos ilegais de partidos políticos) e de “corrupção branca” (tolerada pela sociedade e caracterizada pelo desprezo a certas regras de valores menores).

¹⁰⁶ Da mesma forma, o direito penal utiliza a terminologia para tipificar crimes específicos.

¹⁰⁷ Sobre a questão, Osório (2007, p. 27) complementa que “De outro, a mesma realidade, a evidenciar uma concentração de esforços em torno de uma patologia específica, indica a indevida limitação do olhar sobre uma complexa situação, multifacetária e sofisticada, que certamente não se encaixa numa terminologia unitária tão carregada e pesada quanto a corrupção pública, com toda a sua carga histórica e ideológica, cultural e normativa”.

Decomain (2007, p. 11-19) aponta que, desde as Ordenações Filipinas, o direito local se preocupou com a corrupção no Poder Público. Apesar disso, de início, tal tutela era levada a efeito por meio do Direito Penal e dos crimes contra a Administração Pública. Essa proteção, por óbvio, logo seria vista como insuficiente: com o tempo, o legislador passou a se importar com que “os valores desviados do Poder Público a ele retornassem”.

Assim, surge a ideia de improbidade administrativa, que seria “a designação técnica da chamada corrupção administrativa, pela qual é promovido o desvirtuamento dos princípios basilares de uma administração transparente, eficiente e equânime [...]” (RAMOS, 2002, p. 19)

Etimologicamente, do latim *probus*, aquilo que brota bem (*pro* + *bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar), a improbidade se constitui no que é bom, no que tem boa qualidade. Por assim dizer, figuradamente, utiliza-se o termo para falar do homem que tem retidão de conduta, que é honrado, íntegro, leal, honesto, casto e virtuoso, que age com respeito aos bons costumes (GARCIA; ALVES, 2006, p. 109).

Sobre o assunto, Martins Júnior (2009, p. 10, grifos do autor) esclarece que:

Na essência, a cultura da improbidade atribuiu ao patrimônio público, isto é, aos bens, direitos, interesses e valores materiais e morais da sociedade, uma absurda condição de *res nullius* ou quiçá de *res derelicta*, quando em verdade se trata de incontestável *res omnius*. Essa estrutura róí as bases fundamentais do Estado como um câncer que, paulatinamente, flagela o doente, expondo-o à mais completa degeneração física e psicológica, da qual o óbito é apenas uma consequência clínica elementar.

Assim, o termo “improbidade” substitui “corrupção”¹⁰⁸, abarcando não só as modalidades de enriquecimento ilícito (objeto preferido das notícias jornalísticas), mas também, com uma tendência ao “alargamento dos tentáculos estatais em busca da repressão de múltiplas modalidades de atos ilícitos”¹⁰⁹, as de ineficiências intoleráveis. (OSÓRIO, 2007, p. 38).

¹⁰⁸ Para Bitencourt Neto (2005, p. 122), a Improbidade Administrativa abrange a ideia de corrupção.

¹⁰⁹ Sobre a preocupação crescente com a melhoria dos meios de combate à corrupção (*rectius*: improbidade), Ramos (2002, p. 17, grifo do autor) escreve que “O Alto Comissariado de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, bem como a Comissão de Direitos Humanos da mesma entidade, têm enfatizado o dever de combate à corrupção tendo em vista o fortalecimento da chamada *good governance* ou administração proba, que seria o processo pelo qual as instituições públicas conduzem os negócios e recursos públicos em obediência ao Estado de Direito (*rule of law*) e imunes à corrupção, voltadas para a promoção de igualdade e justiça social”.

4.2.2. Moralidade e conceito de improbidade

Se já se pode afirmar que corrupção – que cabe melhor à terminologia de um estudo sociológico – e improbidade – que, aqui sim, é categoria jurídica –, embora coincidentes em inúmeros aspectos, diferenciam-se desde a base, faz-se necessário que esse último conceito seja melhor explanado, através, principalmente, das lentes da principiologia do Direito Administrativo, a fim de se manter a coerência do trabalho. No caso, como logo se percebe, a sustentação jurídica da ideia de probidade se faz sobre a de moralidade.

O estudo apresentado ganhará, assim, dois sustentáculos. Por um lado, observa-se a improbidade comparando-a à moralidade (ou aos demais princípios, com ênfase na eficiência). Por outro, exhibe-se tal categoria como elemento integrante da estrutura positiva de nosso direito, notadamente por meio da Lei nº 8.429/92 (BRASIL, 1992), conhecida como Lei de Improbidade Administrativa¹¹⁰ (ou, para alguns, a exemplo de Osório (2007), como “Lei Geral de Improbidade Administrativa”), e, eventualmente, por meio de legislação esparsa.

Com efeito, por mais detalhado que seja o conceito a ser obtido, mostrar-se-á, cedo ou tarde, mais ou menos, insuficiente, tendo em vista a “amplitude da proteção conferida aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, e considerando também a diversidade de situações que seu texto enquadra nesse conceito” (DECOMAIN, 2007, p. 22).

Existe clara dicotomia entre os doutrinadores no cojeto entre (im)probidade e moralidade. Para uns, aquele primeiro conceito engloba este segundo; para outros, é o exato contrário o que ocorre.

No primeiro grupo, Garcia e Alves (2006, p. 48; 109) defendem que “a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta”. A improbidade, para os autores, não se superpõe à imoralidade, pois se trata de conceito amplo, que impõe que os administradores observem não só a moralidade, mas também

¹¹⁰ Sobre a importância da Lei, Figueiredo (1995, p. 25) escreve que ela “tem por escopo proteger a administração em seu sentido mais amplo possível; é ela, em seus variados matizes e representações orgânicas e funcionais, quase sempre, o alvo de ‘corrupção’, de favoritismos, de má gestão; enfim, de toda sorte de malversações e ilícitos”.

todos os princípios e regras regentes da atividade administrativa. Só então surgiria a figura do agente público de “boa qualidade”.

Outro grupo de autores defende o justo contrário: a improbidade seria espécie de gênero imoralidade.

Nesse sentido, comparando probidade e moralidade, Figueiredo (1995, p. 20; 22, grifo do autor) escreve que “*A probidade é, portanto, corolário do princípio da moralidade administrativa*”.

Utilizando os dois termos, a Constituição anuncia que são condutas e institutos diversos. A moralidade é mais abrangente, mais genérica, detém alcance largo o suficiente para determinar que todos os poderes do Estado atuem “conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade”. A probidade, por sua vez, seria uma “moralidade administrativa qualificada” (logo a afirmação voltará à tona) e vincular-se-ia especificamente ao aspecto da conduta ilícita do administrador. A probidade seria, por isso, o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade administrativa.

Gomes (2002, p. 239; 252) defende que a improbidade se refere a formas típicas específicas de malferimento ao bem jurídico da moralidade administrativa, trazendo junto a si prejuízos materiais e morais à Administração Pública. Ferindo a tal moral administrativa, o ato ímprobo viola o plexo de princípios ético-morais que norteia as atividades desenvolvidas pelo Poder Público.

Freitas (2008, p. 202; 205), por sua vez, indica que o princípio da probidade, que decorre da moralidade, tem por conteúdo a “proibição de atos inequivocamente desonestos ou desleais para com o Poder Público”. Spitzcozsky (2009, p. 17) também defende que, enquanto moralidade é gênero, improbidade é espécie.

Para Martins Júnior (2009, p. 106; 110; 114), o conceito de improbidade, como decorra diretamente da moralidade administrativa, não requer sequer obra positiva do legislador, abrangendo ainda a “ofensa aos princípios reitores da Administração Pública” ou a “regra tutelar de seus bens, direitos, interesses e valores”. A probidade é um dever ligado à moralidade numa relação de conteúdo-contidente: trata-se de subprincípio com nítida “função instrumentalizadora”.

Não se pode concordar, portanto, com os autores da primeira linha de pensamento. Como logo se analisa, por questão de lógica jurídica e de direito positivo, a improbidade é uma imoralidade qualificada, compondo, em verdade, o núcleo mais interno (e, por isso, mais dificilmente atingido) deste princípio.

A demonstração do pensamento de tais autores, todavia, se bem se presta a uma construção teórica relacional, não fala tanto da qualidade dos elementos diferenciadores da improbidade administrativa. Por que razões a doutrina desse segundo grupo assim se posiciona? O que matiza a improbidade para se tornar um tipo específico de imoralidade?

O estudo da matéria avança por três momentos históricos. Nesse sentido, Fazzio Júnior (2008, p. 73) escreve que:

A investigação concentrada nessa esfera tem o mérito de reproduzir, em linhas gerais, as três fases da jurisprudência brasileira, a respeito dos atos de improbidade. A primeira tendência é filiada ao direito administrativo clássico, do ilícito administrativo como infração disciplinar, durante a primeira quadra do século XX. A segunda, no período que cobre os anos 50 a 90, caracteriza-se pela primazia conferida ao tratamento penal da matéria, concentrado no enriquecimento ilícito. A terceira fase, em que nos encontramos, contempla o ato de improbidade como ilícito civil e político-administrativo, já admitindo que a matéria integra o campo dos interesses transindividuais.

Bitencourt Neto (2005, p. 118) anota que o conceito de improbidade significa “deslealdade, incúria contra o coração do sistema jurídico-administrativo”. Viola-se, com tal vício, os valores fundamentais da atuação administrativa do Estado, que se sustenta sobre princípios.

Para Martins Júnior (2009, p. 104; 113; 116), violar a probidade é contrariar o interesse público; a improbidade se revela quando o agente rompe com o compromisso de obediência aos deveres inerentes à sua função. Ser probo é, assim, ser honesto nos meios e fins empregados, ressaltando-se valores convergentes à ideia de boa administração e de cumprimento de regras da ética interna da Administração.

Fazzio Júnior (2008, p.71-74; 170) admoesta que a probidade administrativa se pode entender sob uma ótica jurídica, uma deontológica e outra axiológica. No primeiro sentido, delinear a improbidade é esboçar também a ideia de “inobservância de um dever, o de exercer função pública com objetivos públicos”¹¹¹, que se voltam sempre aos direitos republicanos que respaldam o serviço público. No segundo, vislumbra-se um dever-ser administrativo resultante da coordenação dos princípios constitucionais da

¹¹¹ Nesse sentido, o autor escreve sobre o dever de probidade que “Fala direta e imediatamente ao elemento humano da atividade administrativa. Tem endereço certo: o agente público” (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 37).

Administração. No terceiro, relata-se que o agente público ímprobo não deixa de entremostrear uma negação dos valores morais.

Osório (2007, 22; 113; 125; 306) anuncia que a probidade indica honra, honestidade e eficiência funcional, atributos de fama e boa reputação de homens públicos. Com isso, “Improbidade equivale à patologia ou disfunção organizacional, projetada endêmica ou individualmente, produzida por transgressões normativas qualificadas como especialmente relevantes”. A Lei de Improbidade Administrativa se presta a tutelar determinados valores relacionados a graus variados de honestidade e eficiência no setor público – com efeito, “Os deveres de honestidade e eficiência são os pilares fundamentais da probidade administrativa”.

Diante disso, é comum, repita-se, que a doutrina associe improbidade à ideia de “imoralidade qualificada”. Ressoa ainda o questionamento: o que qualifica a imoralidade a ponto de transmudá-la em violação à probidade?

A doutrina aqui também não encontra uníssono. Silva (2006, p. 669) defende que: “Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”. Para Bitencourt Neto (2005, p. 116), a improbidade administrativa seria a imoralidade qualificada pela desonestidade¹¹². Para Spitzcozsky (2009, p. 18), improbidade seria uma “ilegalidade qualificada, uma vez que traz em seu bojo a necessidade de configuração de dolo” (o que traz a conclusão de que o diferencial, no caso, seria o dolo, o elemento subjetivo).

Não se vê razão nessas lições. Como logo há de ser exposto, condutas culposas, dadas certas circunstâncias, também podem configurar improbidade administrativa. Além disso, adotar tal entendimento é contrariar a expressa previsão legal de condutas culposas para a configuração de atos de lesão ao erário do art. 10 da Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992). Nesse caso, ou se admite que tal artigo é inconstitucional – o que não é, nem de longe, a melhor interpretação – ou a ideia de tais autores cai por terra, por resvalarem em absurdo lógico-jurídico. É exatamente o que acontece.

¹¹² O próprio autor, mais à frente, especifica o que entende por desonestidade: “Em outras palavras, desonestidade administrativa significa ausência de decoro e dignidade na execução da atividade administrativa do Estado; não é necessária a presença do desvio de recursos financeiros” (BITENCOURT NETO, 2005, p. 123).

Alguns autores analisam a improbidade sob ótica mais juspositivista. Fazzio Júnior (2008, p. 75) defende que o reconhecimento do ato viciado de improbidade não passa meramente pelo reconhecimento da ruptura com a legalidade, mas também pela mácula aos demais princípios constitucionais que lhe fazem companhia. Osório (2007, p. 87) propugna que a improbidade se convola em uma imoralidade qualificada pelo direito administrativo.

É claro que a legalidade (*rectius*: a juridicidade) é essencial para que se configure um ato de improbidade administrativa. Não se cogitaria, nem de longe – apesar de tal afirmação restar ligeiramente prejudicada pela redação algo plurissignificativa da lei –, de tachar ímprobo um ato cujos pressupostos fáticos se distanciassem por completo da redação legal. Ocorre que isso também não pode gerar o pensamento contrário (sob pena de, mais uma vez, esbarrarmos em absurdo lógico-jurídico, que, ao tentar construir um conceito, acaba mesmo por destruí-lo): fosse assim, qualquer ilegalidade, mesmo a mais branda, configuraria improbidade administrativa.

A solução se bem que conjugada com a ideia acima, parece ser trazida por Martins Júnior (2009, p. 115), que, enfim, disserta que, abrangendo o dano contra valores morais (não patrimoniais) da Administração, a improbidade administrativa seria “a imoralidade administrativa qualificada ou agravada pelo resultado”. Tal afirmação acaba por rechaçar, de vez, a ideia de que o dolo é essencial à configuração do vício sob estudo.

Dessa forma, pode-se aperfeiçoar a imagem já sugerida. Lida-se, aqui, com dois círculos concêntricos de tamanhos diferentes: a improbidade como núcleo mais central da imoralidade; trata-se de seu centro de massa e de gravidade, ponto interno de maior densidade que, por ocupar o seu exato cerne, figura como sua essência mais íntima e só se atinge com certa profundidade. A imagem resolve e resume, assim, três questões: a uma, indica que imoralidade é gênero, improbidade, espécie; a duas, deixa óbvio que a matéria de que se constitui a imoralidade constitui também a improbidade; a três, por fim, define o ponto de limite entre uma e outra, que, pelo demonstrado, encontra-se na qualificação ou agravamento pelo resultado.

4.2.3. Improbidade, gravidade da violação a princípios e espécies de dano

Se, pelo analisado, é imanente ao conceito de improbidade a imoralidade qualificada pelas *dimensões do resultado*¹¹³ e se a Lei nº 8.429/92, em seu artigo 11, determina que a violação a princípios configura improbidade, a conclusão é imediata.

Quer-se defender, aqui, a par da caracterização de moralidade e de improbidade que se adotou, que a violação a princípios descrita pela Lei de Improbidade Administrativa – que, por si mesma, já densifica, de inúmeras maneiras, a moralidade administrativa¹¹⁴ – pode assumir considerável gravidade.

Não se quer, com isso, descrever que *toda* violação a princípios (com enfoque maior, obviamente, ao Princípio da Eficiência) configure improbidade – afirmar isso é só ratificar o seu conceito –, mas sim que *é possível*, verificada *certa gravidade*, que a mera mácula à malha principiológica¹¹⁵ do Direito Administrativo, ainda que culposa – desde que ocasione danos consideráveis –, venha a configurar a tal imoralidade qualificada.

É convergindo para isso que Osório (2007, p. 114; 179, grifo do autor) escreve que a improbidade abrange somente os fenômenos de grave desonestidade e de intolerável ineficiência funcional que se configurem em casos mais graves. Com efeito, “A improbidade administrativa é a última *ratio* do direito administrativo sancionador, já o dissemos à exaustão, até mesmo pelo *status* constitucional e pelo tratamento rigoroso¹¹⁶ dispensado à matéria”.

De que forma, todavia, os danos ocasionados pela violação a princípios podem ganhar dimensões tão graves? Antes disso, aliás: que tipos de dano a violação a princípios pode acarretar? Se, no caso dos artigos 9 e 10 da Lei de Improbidade (BRASIL, 1992), a ideia fica bem clara (os tipos descritos se ligam genericamente à

¹¹³ Osório (2007, p. 290) apõe que “De um modo ou de outro, o desvalor do resultado e da ação é um fator determinante na configuração do ato ímprobo”.

¹¹⁴ Daí a importância de, no primeiro capítulo, ter-se estudado as relações possíveis entre princípios e regras.

¹¹⁵ Fala-se em “malha” porque se entende que, em rigor, a violação a um princípio em geral irradia efeitos sobre outros – e isso não só pressupõe a ideia inicial de “interações positivas” entre princípios, mas também reforça, *a contrario sensu*, que cada princípio tenha seu conteúdo específico. Nessa toada, Freitas (1996, 77; 2008, p. 215-216) entende que a violação a algum princípio sempre acarreta mácula a outro, por consequência de sua natural interligação: princípios se “nutrem e se constituem, respectiva e mutuamente”. Alerta, com isso, que a violação à moralidade não acontece pela violação indireta ou ténue a outros princípios: é necessária a violação grave.

¹¹⁶ É benfazejo que assim o seja, notadamente diante de arquétipos da cultura brasileira, que tendem a perpetuar as estruturas da corrupção. Sobre isso, Sampaio (2002, p. 174) escreve que “[...] o sentimento de impunidade enfraquece a solidariedade e prolifera o contravalor societário da corrupção, reforçando discursos que a naturalizam em nosso contexto histórico e tradição, como habitante, vejamos só, de nosso mundo da vida, mediante expressões do tipo “está no sangue do brasileiro”, ‘é herança colonial’ ou ‘é endêmica’”.

imagem de patrimônio material), no caso do artigo 11, é necessário que se aprofunde a exegese.

Com efeito, o trato com a teia de princípios – sustentada, na Lei de Improbidade, pelo Princípio da Moralidade – é de tal delicadeza e, ao mesmo tempo, magnitude¹¹⁷, que está intimamente ligado à ideia de Interesse Público, regime Jurídico-administrativo¹¹⁸ e, afinal, ao próprio Estado Democrático de Direito e aos valores que ele quer consagrar. Violar um princípio pode, assim, distorcer toda a lógica de um sistema¹¹⁹.

Além disso, como logo se demonstra, não resta incólume a esse tipo de improbidade o próprio patrimônio público – cujo conceito merece também breve revisão.

A improbidade configura ilícito pluriofensivo, agredindo “pessoas jurídicas públicas e privadas, pessoas naturais, categorias políticas, deveres sociais e valores. O espaço meramente administrativo é muito reduzido para abrigar toda a versatilidade exteriorizada por seu potencial danoso” (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 73).

O combate internacional à corrupção (*rectius*: improbidade) ganha tão grande proporção a partir da década de 1990, que se passa a associar à implementação de direitos sociais e, mais, a dos Direitos Humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana (RAMOS, 2002, p. 6; 9). O escândalo causado pela improbidade afeta ainda mais negativamente os direitos fundamentais em jogo por afetar também a democracia e a cultura republicana (OSÓRIO, 2007, p. 311).

Com esse viés, Mello (2010, p. 53) ensina que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

¹¹⁷ Há mesmo quem apregoe que o equilíbrio entre princípios se confunde com o próprio objeto das relações de que faça parte a Administração. Nesse norte, Freitas (2008, p. 202) escreve que “o objeto das relações de administração nada mais há de ser do que a realização otimizada dos princípios constitucionais, de sorte a permitir que o vínculo jurídico se aperfeiçoe pelo plexo dos liames volitivos com a vontade, por assim dizer, pública”.

¹¹⁸ Devem-se evitar, assim, “condutas criadoras de um parassistema jurídico-administrativo”. (DINIZ, 2003, p. 41).

¹¹⁹ Para Freitas (2008, p. 201), controlar (e interpretar os conteúdos jurídicos) é saber hierarquizar axiologicamente, daí decorre que toda “toda e qualquer regra jurídica precisa, então, ser olhada de sorte a desvelar o sistema inteiro”.

Trata-se do mais grave atentado contra a Administração e contra as bases do complexo administrativo. Combater tal vício é maneira de almejar pela “primazia dos valores ontológicos da Administração Pública” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 279-280).

4.2.3.1. Supremacia do interesse público e regime jurídico-administrativo

Freitas (2008, p. 203, grifo atual), embora o faça ao escrever sobre os atos de improbidade que causem enriquecimento ilícito, menciona que deve haver severas penas, por sua “nota de irretorquível e gravíssima hostilidade ao *princípio do interesse público*¹²⁰”.

Mello (2010, p. 55) aponta a Supremacia do Interesse Público¹²¹ (e também a sua Indisponibilidade) como base do regime jurídico-administrativo – violá-la seria, portanto, corromper toda a lógica jurídica de que se cinge o Direito Administrativo.

É nesse sentido que a reiteração dos atos de improbidade acabam acarretando consequências ainda mais maléficas ao Estado: existe, a partir disso, a criação de um “código paralelo de conduta, à margem da lei e da razão, que paulatinamente se incorpora ao *standard* de normalidade do *homo medius*. Uma vez iniciado esse processo, difícil será a reversão ao *status quo* [...]”. Comum, nesse quadro, a “proliferação desse fenômeno degenerativo de cima para baixo”, quando a improbidade do agir de superiores hierárquicos incitam os de posição inferior a fazer o mesmo (GARCIA; ALVES, 2006, p. 10-11).

Nada impede que haja improbidade por violação aos outros princípios da Administração Pública, desde que haja mácula também à moralidade. Nessa esteira, apesar de se afastar o supramencionado dano material, aproxima-se da improbidade um

¹²⁰ Rocha (1994, p. 202) faz o alerta de que “A corrupção administrativa faz com que a Administração particularize-se. Sua prática configura a sobreposição do interesse particular sobre o interesse público”.

¹²¹ Para ele, Interesse Público é o “interesse do todo”, do “próprio conjunto social”, embora não se confunda com a somatória dos interesses peculiares de cada indivíduo. Apesar disso, é necessário, sim, que se levem em conta os interesses particulares enquanto compleição do todo. O que não se deve fazer é uma “separação absoluta entre ambos” (todo e particular), devendo-se, antes, “acentuar que o *interesse público*, ou seja, o *interesse do todo*, é “*função*” qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação” (MELLO, 2010, p. 59, grifo do autor). Com isso, o autor define Interesse Público como “o *interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*” (MELLO, 2010, p. 61, grifo do autor).

“dano mensurável, num horizonte histórico, à moralidade administrativa” (FREITAS, 2008, p. 206).

Em sentido convergente, Moraes (2004, p. 123) prescreve que:

A moralidade administrativa está associada, finalisticamente, à prossecução do interesse público em razão do qual se atribui a competência administrativa, de que não se pode afastar e, metodologicamente, à atenção pelo agente público titular desta competência, de valores como veracidade, honestidade e lealdade e confiança, na expectativa de que sua conduta, sob o ponto de vista ético, seja a de um homem comum - sincero, honesto e leal, em que se possa confiar, e consentânea com os valores socialmente aceitos naquele momento.

Interesse público e moralidade, concentrada na figura da improbidade, estão assim intimamente conectados.

4.2.3.2. *Ideia de Democracia e confiança no Estado*

Rocha (1994, p. 181; 183, grifo atual) entende que a Democracia não pode sobreviver (ou mesmo ser efetivada) no seio de uma compleição normativa “desapegada da Moral construída e respeitada pela sociedade”, tendo em vista ser da essência daquele regime político a realização do “princípio da liberdade e a garantia da libertação como experiência transcendente do homem na aventura da vivência com os outros”. Demonstra-se, com isso, que “o sistema democrático fundamenta-se na legitimidade, a qual se compõe com o elemento da moralidade pública socialmente afirmada”.

A autora ratifica que “é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio de Direito que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado”¹²² (ROCHA, 1994, P. 191).

Mais à frente, arremata que o ato ou o comportamento público de afronta ou ruptura à moralidade agride “o sentimento de Justiça de um povo e coloca sob o brasão da desconfiança não apenas o ato praticado pelo agente, [...] mas a Administração Pública e o próprio Estado, que se vê questionado em sua própria justificativa¹²³” (ROCHA, 1994, p. 208).

¹²² Sampaio (2002, p. 150, grifo do autor) disserta que “As estatísticas de criminalidade, de sonegação, de corrupção e, o que é mais sério, o sentimento generalizado da impunidade desmontam a *auctoritas*.”

¹²³ Osório (2007, p. 25) escreve, no mesmo sentido, que “a confiança pública dos governados nos governantes ou administradores é uma das chaves do sistema democrático contemporâneo”.

Farias (2002, p. 84), ao estudar Improbidade, desenvolve a ideia de “usurpação da *res publica*”. A partir dessa concepção, faz considerações de duas ordens. Primeiro, entende que a improbidade administrativa, mais que apresentar um aspecto jurídico-legal, insere-se inerentemente na política de uma sociedade sob regime republicano¹²⁴.

Em segundo lugar, com muito mais relevo para o raciocínio aqui expandido, menciona-se que tal “usurpação”, longe de estar adstrita meramente ao âmbito material, tem também por referência “seus resultados, de dimensões sociais e políticas muito mais amplas, com consequências deletérias para o regime e para a sociedade como um todo”. Assim, a noção de improbidade transborda o conceito “tradicional-legal” e se coloca sob uma ótica política “mais ampla” (FARIAS, 2002, p. 84).

Dessa forma, a persistência da Improbidade representa ameaça à existência mesma da República, tendo em vista que implique a utilização do bem comum em prol de interesses particulares, “promovendo a desagregação do espaço público e adulterando a confiança no outro¹²⁵; esta última, como elo social básico, o *cimento* da vida republicana¹²⁶”. (FARIAS, 2002, p. 87).

Alves (1994/1995, p. 136, grifo atual) também comenta que o princípio da moralidade administrativa, concatenando “positivos imperativos e axiomas naturais”, acaba por desabrochar “as pétalas da exigência social como condição imprescindível para o asseguramento da *credibilidade administrativa*”¹²⁷.

Freitas (2008, p. 199) também aproxima moralidade e democracia:

É que a inserção de preocupações com a moralidade (e, nessa esteira, com justiça material) no âmbito do Direito positivo, longe de destruí-lo, constituiu-se condição “*sine qua non*” para a sustentação democraticamente fundamentável do Estado, apesar das dificuldades trazidas pela ambivalência extrema do Direito contemporâneo.

¹²⁴ Anoveros (*apud* ROCHA, 1994, p. 203) pensa contrariamente: “a corrupção não é uma sequela inevitável da democracia. Mas é acompanhante habitual do poder. E, portanto, também do poder democrático, embora em medida muito menor do que quando o governo é autocrático”.

¹²⁵ Rocha (1994, p. 205) anota que “A corrupção não mina a confiança do povo apenas nos governantes, mas também nos servidores administrativos”.

¹²⁶ Nessa tônica, Ribeiro (*apud* FARIAS, 2002, p. 90) escreve que “quando os interesses privados e o bem comum entrarem em conflito, de duas uma: ou a engenharia política será capaz de fazer, uma vez mais, o egoísmo desviar-se, por uma complexa rede de canais, até engendrar o bem comum, ou este último falará, em favor das vantagens particulares”.

¹²⁷ Já adiantando a importância do respeito ao princípio da eficiência para a construção desse ideal de confiabilidade, Osório (2007, p. 44, grifo no original) ensina que “A confiança ou o *trust* entre administradores e administrados, que está no coração das democracias contemporâneas, exige a boa gestão pública [...]”.

Moreira (2007, p. 100, grifo do autor) também reconhece haver um “laço incidível entre *democracia e moralidade*”, afirmando que “o prestígio à moralidade em sentido amplo é inerente a um Estado Democrático. Ousáramos ir adiante e afirmar que se trata de *pressuposto* de verdadeiro governo democrático substancial [...]”.

4.2.3.3. *Dano moral*

Entender o dano moral como consequência de atos de improbidade pressupõe uma revisitação do conceito de patrimônio público.

Decomain (2007, p. 29) aponta que a própria titularidade do patrimônio público não pode ser observada sob perspectiva do Direito Privado, mas sim de sua finalidade ou destinação, sob perspectiva comunitária, coletiva, típica do Direito Público, portanto. Tal patrimônio detém titular, mas se destina ao atendimento de finalidades públicas, de interesse de toda uma coletividade.

Nesse sentido, insta esclarecer que a probidade é verdadeiro valor cultural fundamental a uma sociedade e à vida social. Sua concretização ultrapassa qualquer interesse individual: trata-se de “bem jurídico meta-individual” (OLIVEIRA, 2009, p. 246-247). A probidade está entre os “bens jurídicos da coletividade, bens jurídicos universais e difusos” (OSÓRIO, 2007, p. 305). Com efeito, a probidade e a atuação (dos agentes) conforme a probidade apresentam elementos característicos dos direitos difusos (DECOMAIN, 2007, p. 27); trata-se, por assim dizer, de direito público subjetivo (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 102).

Garcia e Alves (2006, p. 265) elaboram o alerta de que os conceitos de Erário e de patrimônio público não foram aplicados com rigor técnico pelo legislador. Tratando-se com inconsistência terminológica, os termos merecem ser interpretados por meio da análise da *mens legis*, tomando-se mão de critérios “teleológico-sistemáticos de integração da norma”. Com isso, definem que:

Patrimônio público, por sua vez, é o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1º da Lei nº 4.727/65 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do Poder Público [...].

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 170.768 (BRASIL, 1999) entende que a moralidade, da forma como se inscreve no art.

5º, LXXIII da Constituição (BRASIL, 1988), depara não só o patrimônio caracteristicamente material do Poder Público, mas também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.

O artigo 11 da Lei de Improbidade se dirige à tutela de bases axiológicas da Administração, realçando os “valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral”¹²⁸. Nesse caso, constrói-se até mesmo a imagem do “dano moral presumido” (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 280; 358).

As pessoas jurídicas também detêm conceito social baseado em sua confiança¹²⁹, reputação, imagem e preservação de suas marcas e símbolos, aspectos da chamada honra objetiva¹³⁰ (FONTELLA, 2008, p. 16-17). Além disso, deve-se perquirir também da ocorrência de dano moral de natureza subjetiva (dor física e moral), do que se extrai que, mesmo sendo evidente que a pessoa jurídica não o pode experimentar, o prisma da análise deve-se voltar para a coletividade, que sofre com o dano aos seus bens jurídicos de natureza não-econômica (GARCIA; ALVES, 2006, p. 448).

Poder-se-ia dimensionar aqui, portanto, uma ideia de *dano moral público*¹³¹: independente do dano material (ao erário), o ato de improbidade que viole unicamente princípios pode ocasionar tantos danos sociais (e culturais, econômicos¹³² etc.) que, por si mesmo, mereça severas punições. Afasta-se, com isso, a necessidade da verificação de um dano material imediato e, ao mesmo tempo, adianta-se a defesa da ideia de que atos culposos por violação a princípios também merecem a reprimenda equivalente à improbidade administrativa.

¹²⁸ A esse respeito Freitas (1996, p. 67) escreve que “a figura do dano moral precisa ter os seus contornos melhor definidos e objetivados, sendo, no entanto, indubitavelmente, dela que se cogita nas hipóteses ilustrativas do art. 11.”

¹²⁹ Nesse mesmo sentido, Gomes (2002, p. 265) admoesta que “Assim, temos que o ato de improbidade administrativa pode ferir também um interesse moral do ente público, traduzido na sua honra objetiva, na confiança e respeito que as pessoas devem devotar-lhe, não havendo motivo plausível para a recusa do ressarcimento”.

¹³⁰ Sobre o assunto escrevem Garcia e Alves (2006, p. 447, grifo dos autores): “É indiscutível que determinados atos podem diminuir o conceito da pessoa jurídica junto à comunidade, ainda que não haja uma repercussão imediata sobre o seu patrimônio. Existindo o dano moral, deverá ser implementado o seu ressarcimento *integral*, o que será feito com o arbitramento de numerário compatível com a qualidade dos envolvidos, as circunstâncias da infração e a extensão do dano, tudo sem prejuízo da reparação das perdas patrimoniais”.

¹³¹ Garcia e Alves (2006, p. 448.) utilizam a expressão “Dano moral coletivo, o qual encontra previsão expressa no art. 1º da Lei nº 7.347/85, com a redação determinada pela Lei nº 8.884/94.”

¹³² Figueiredo (2008, p. 254, grifo do autor) revela que o entendimento do assunto deve passar por recorte epistemológico: o fenômeno pode ser estudado sob a ótica da sociologia, da psicologia, da economia etc., mas, no caso, o enfoque deve ser jurídico.

Ribeiro (*apud* FARIAS, 2002, p. 93) faz alerta para a falta de verdade em associar improbidade exclusivamente a dano material, com visão empobrecedora, reduzindo o fenômeno a uma questão de propriedade, de direito real, ideais intrínsecos à lógica capitalista. Com isso, ensina que:

[...] não é apenas um bem, no sentido usual – e restrito – que o capitalismo atribui a esse termo. Ele é bem num sentido também, ou sobretudo, moral, ético: não apenas uma propriedade, mas algo positivo, que se contrapõe ao que é visto como mal ou, pelo menos, como mau. Por isso, se é bom ter, como bem comum, a coisa pública, então o investimento nela não é apenas econômico.

Torna-se necessário não pensar a sociedade pelo primado da economia. A vida social é mais do que a econômica.

[...] O problema é que entendemos a corrupção como furto: deslocamos um problema de direito constitucional, de relações sociais no que elas têm de mais constitutivo, para uma questão penal de atentado ao patrimônio. Privatizamos, de novo, o público.

Não obstante sua independência, o dano moral pode acarretar também baixas patrimoniais (GOMES, 2002, p. 264).

4.2.3.4. Dano material

As consequências da improbidade por violação a princípios não se circunscrevem meramente a fatores sociológicos ou imateriais: reverberam diretamente sobre a economia. Se a ideia de crédito conforma amálgama de tempo e, principalmente, de confiança, é natural que, de uma forma ou de outra, as finanças de um Estado minado internamente pela improbidade seja ora direta, ora indiretamente afetada.

Se tal argumento seria desnecessário, diante do que já se expôs, ao convencimento de que a violação grave a princípios, enquanto improbidade, gera uma considerável variedade de danos, servirá, ao menos, para, aproximando dados morais e materiais, atrair o olhar daqueles que insistem em associar indissociavelmente improbidade e lesão ao Erário.

Além do equilíbrio social, o conceito de que gozam as pessoas jurídicas de direito público influencia uma série de negociações (nacionais e internacionais), notadamente em relação a 1) organismos internacionais que possam fornecer empréstimos ao Brasil; 2) a atuação de investidores, “ante a frequente emissão de títulos da dívida pública para captação de receita”; 3) a formação de parcerias entre Estado e

iniciativa privada e 4) empréstimos e moratória de dívidas já existentes com outras pessoas jurídicas de direito público (GARCIA; ALVES, 2006, p. 447).

Ressalta-se, nesse contexto, o fenômeno da migração do investimento externo, caro a um país em que a “poupança agregada doméstica” seja escassa – desperdiçam-se, por conta da improbidade, bilhões, que poderiam ser aplicados em saúde, educação ou segurança pública (FONSECA, 2002, p. 46). No âmbito empresarial, por exemplo, índices elevados de corrupção acabam por afastar investidores internacionais, forçando, por vezes, rumos não tão desejados à economia. (OSÓRIO, 2007, p. 32).

Estabelece-se, assim, uma relação simbiótica entre corrupção (*rectius*: improbidade) e o comprometimento a direitos fundamentais do indivíduo¹³³, gerando elevado custo social, desproporcional, aliás, ao eventual ganho particular do agente ímprobo. Com isso, a precariedade de recursos aumentará, tendo em vista a diminuição de potencial ingresso. Um regular funcionamento econômico exige transparência e estabilidade, o que atrai e estimula investimentos, acarretando o crescimento com o aumento do fluxo de capitais. Com a diminuição da receita tributária – carcomida pelos atos de improbidade –, as políticas públicas ficam comprometidas (GARCIA; ALVES, 2006, p. 19; 20) e a própria carga tributária, por isso, aumenta¹³⁴.

4.2.4. Revisitação do elemento subjetivo dos atos de improbidade por violação ao caráter principiológico do Direito Administrativo

Revisitar, nesse momento, o elemento subjetivo dos atos de improbidade administrativa por violação a princípios tem uma função anafórica e outra catafórica.

No primeiro caso, presta-se a dissolver os últimos resquícios de dúvida sobre o conceito de improbidade proposto: se não se pode mais aceitar que somente as figuras dolosas persistam em nosso direito (mas também as culposas graves), ratifica-se que é o resultado o que importa. Não obstante ser isso verdade, não se aceita, desde logo, um

¹³³ Garcia e Alves (2006, p. 19) acusam os seguintes dados: “Conforme conclusões exaradas em estudo realizado pelo Banco Mundial, publicado na revista *Veja* nº 1.491 de 14/03/2001, acaso diminuídos os níveis de corrupção pela metade, acarretariam eles a redução dos seguintes fatores de arrefecimento social: a) mortalidade infantil – 51%; b) desigualdade na distribuição de renda – 54% e c) porcentagem da população que vive com menos de dois dólares por dia – 45%.”.

¹³⁴ Sobre o assunto, conferir Harada (2009).

modelo de responsabilização objetiva¹³⁵, pois as sanções da Lei de Improbidade Administrativa são assaz rígidas, e feriria a proporcionalidade¹³⁶ que absolutamente se prescindisse de dolo ou de culpa para a configuração de atos daquela natureza¹³⁷.

No segundo caso, adiantamos parte do que ainda se vai estudar. Caso a modalidade culposa não fosse admitida, a tutela, por meio da Lei de Improbidade, do princípio da eficiência ficaria imensamente prejudicada, pois, em inúmeras situações (senão em todas), a sua violação ocorre com esteio em *omissões* de diversas naturezas: a prova do dolo, então, seria imensamente dificultada, e o controle daquele vício ficaria quase que totalmente esvaziado¹³⁸, imunizando-se atos (e, principalmente, agentes) que, infectados de improbidade, fazem tremer tectonicamente as bases do Direito Administrativo, trazendo danos terremóticos à sociedade, como já se viu e, mais adiante, aprofunda-se.

4.2.4.1. *Conceito de dolo e de culpa*

Ross (1975, p. 6) parece estudar a culpa (*rectius*: o elemento subjetivo das condutas¹³⁹) de duas formas. Primeiro, como um sentimento¹⁴⁰ que surge “*as a*

¹³⁵ Gomes (2002, p. 255) disserta que “Atualmente, [a improbidade] alarga ainda mais suas fronteiras, desapegando-se, de pouco em pouco, dos seus matizes originais, vale dizer, eminentemente subjetivos e com acentuado apego à teoria da culpa aquiliana, rumo à objetivação (isto é, à responsabilidade objetiva)”. Bosco (2004, p. 208) também reconhece que existe uma tendência de parte da doutrina a reconhecer que a violação ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa implica responsabilidade objetiva, pois decorre de inobservância de dever jurídico criado pela Constituição, independentemente, pois, da vontade do agente. Maularie e Aynès (*apud* PEREIRA, 1993, p. 74) mencionam uma “culpa virtual”, quando a culpa resultaria do próprio dano – aqui, a responsabilidade prescindiria de culpa, sendo substituída pela teoria do risco.

¹³⁶ Como se descreveu alhures, o presente trabalho pode levar em consideração tal afirmação, sem, todavia, nela se aprofundar: não é o cerne do estudo, de índole *caeteris paribus*, repita-se à exaustão.

¹³⁷ Admitindo a responsabilidade objetiva, os acórdãos dos Recursos Especiais nº 717.375 (BRASIL, 2006), nº 708.170 (BRASIL, 2005), nº 880.662 (BRASIL, 2007). Exigindo o dolo para configuração da improbidade, o Recurso Especial nº 480.387 (BRASIL, 2004).

¹³⁸ Osório (2007, p. 410), dissertando sobre o caput do artigo 11 da Lei de Improbidade, posiciona-se no sentido de que “Está claro que, no marco do tipo sancionador examinado, a tese defensiva ficará centrada na ausência de dolo e na falta de previsão de ilícito culposo”.

¹³⁹ A ideia aqui, portanto, surge ainda indiferenciada. De todo modo, conforme escrevem Garcia e Alves (2006, p. 281), “O elemento subjetivo que deflagrará este elo de encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a consequente demonstração da culpabilidade do agente, poderá apresentar-se sob duas únicas formas: o dolo e a culpa”.

¹⁴⁰ Maularie e Aynès (*apud* PEREIRA, 1993, p. 64), versando sobre a origem etimológica de “culpa”, ensinam que a palavra “é uma noção moral, colhida pela evidência, imediatamente ressentida por todos, salvo nos casos limites ou pelas consciências tortuosas”.

consequence of an offence”. Disso não se ocupam outras ciências humanas; não interessa ao mundo jurídico, ao menos não para a fundamentação do presente trabalho.

Depois, estuda-a “*as a presupposition of responsibility for it*”. Sobre o assunto, disserta que:

Here guilt has to do with the perpetrator’s state of mind at the time of his act, and the statement that A is guilty is a claim to the effect that his mental state satisfied the requirements which are necessary for his act to impose a burden of guilt upon him, and make him responsible and liable to punishment. The actual requirements are fixed by the normative system whose rule has been violated.

[...]

It is that he has thereby brought himself into the situation where, by virtue of the normative system that he has violated, he is to be shown ill will in the form of disapproval or more tangible reactions. He owes it to society, one might say, and specially to the injured party, to be subjected to their ill will and to afford them an outlet for their anger” (ROSS, 1975, p. 6, grifo atual).

Dolo entende-se, assim, como a “vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo a mera aceitação do risco de produzi-lo” (GARCIA; ALVES, 2006, p. 281). Segundo Pereira (1993, p. 65-66, grifo do autor), a concepção há-se alargado para além da ideia de ânimo de prejudicar, vindo a contemplar também o “procedimento danoso, com a *consciência do resultado*” – para se caracterizar o dolo basta se verificar se o agente “procedeu consciente de que o seu comportamento poderia ser lesivo”, o que poderia ser averiguado por meio dos elementos externos da conduta do agente¹⁴¹.

A doutrina penalista parece ser a que mais e melhor desenvolveu a diferença entre dolo e culpa. Domingo (1960, p. 288) diferencia culpa de dolo baseando-se em dois critérios: no dolo a relação moral de causalidade abarca o evento, ou seja, no dolo, o resultado tem que ser querido, desejado, enquanto tal não sucede na culpa. O segundo critério diria respeito ao fato de que, no dolo, o resultado material não precisa ser efetivamente produzido; na culpa, sua produção é necessária e imprescindível¹⁴².

¹⁴¹ Osório (2007, p. 293) menciona uma ideia diferente de dolo. Tratar-se-ia do chamado “dolo administrativo”, que vulnera de modo intolerável e irrazoável normas administrativas: “Quando se percebem sinais de má-fé, ou de ignorância inescusável e grosseira, emergem sinais de atuação dolosa. Não se trata de um dolo tradicional, uma intenção necessariamente ostensiva, ou vinculada à perseguição de objetivos de enriquecimento indevido. O dolo de que aqui se cogita é mais sutil, sofisticado, delineando posturas autoritárias, prepotentes, vingativas, rancorosas ou simplesmente estúpidas”.

¹⁴² Domingo (1960, p. 230, grifo do autor) define culpa, termo genérico, como “*la situación fáctica de la voluntad consciente de una conducta racionalmente peligrosa, innecesaria y no permitida, que, a su vez, ha sido causa eficiente de un evento contrario a derecho y no querido*.”. Mais à frente, o autor continua: “*por ser la culpa la culpabilidad basada en la voluntariedad de una conducta racionalmente peligrosa,*

Mas, afinal, o que é culpa, enquanto categoria diferenciada do dolo?

Cotejando doutrinadores brasileiros e internacionais, Pereira (1993, p. 69-70, grifo do autor) termina por definir culpa como “*erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo*”. A violação a uma norma de conduta, assim, é um “fator de harmonia social”; a sua desobediência¹⁴³ – que se dá por ato voluntário e de consequências previsíveis – “desequilibra a convivência coletiva”.

A afirmação, por certo, ganha dimensões ainda maiores na seara do Direito Público.

A culpa (no sentido estrito), por sua vez, se caracteriza “pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito” (GARCIA; ALVES, 2006, p. 281). Trata-se de vontade direcionada ao fato (por exemplo, no Direito Administrativo, a dispensa de uma licitação), embora o resultado possa não ser desejado pelo agente; culpa é “omissão de diligência na observância da norma de conduta administrativa, ou seja, a negligência do agente em observá-la, com resultado não querido, mas previsível” (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 81). Não há transgressão voluntária ao ordenamento, mas violam-se normas de cuidado que pessoas “conscienciosas e judiciosas” deveriam observar (OSÓRIO, 2007, p. 294).

É urgente que se frise, todavia, que a conceituação, como acima, paira ainda sobre campo de inadmissível generalidade, notadamente diante do estudo de um vício jurídico – a improbidade – que se define exatamente pela magnitude (negativa) dos resultados¹⁴⁴. Diferenciam-se, assim, graus diversos de culpa. Quer-se dizer, com isso, que, se o ato há trazido uma grande quantidade de dano – e, como visto, a violação à probidade chega mesmo a configurar subversão ao ideal democrático –, deve-se analisar com rigores a atuação (e o grau de culpa) do agente.

mientras más entidad tenga la racionalidad del peligro, mayor será la intensidad del nexo de causalidad moral que existe entre el individuo, o, mejor aún, entre la situación fáctica de su voluntad y la conducta que ha de ser causa eficiente, aunque material, del evento dañoso” (DOMINGO, 1960, p. 318-319).

¹⁴³ A tal desobediência aconteceria de duas formas. Primeiro, por negligência, quando inexistente certa “atividade que teria evitado o resultado”; depois, por imprudência, ao se agir “precipitadamente ou sem prever integralmente as consequências da ação” (PEREIRA, 1993, p. 70)

¹⁴⁴ Alimena (*apud* DOMINGO, 1960, p. 319) ensina que a medida da culpa se encontraria, ao mesmo tempo, no grau de imprudência do agente, na extensão da previsibilidade e na gravidade do efeito não previsto.

Nesse sentido, Weill e Terré (*apud* PEREIRA, 1993, p. 66) afirmam que as noções das chamadas culpa intencional (dolo) e não intencional (negligência, imprudência) são assimiladas também em seus efeitos, “mas a sua diversidade não é sem incidência em matéria de responsabilidade delitual”. Dessa forma, “o grau de gravidade da culpa não é sem consequência, seja no que concerne à avaliação do dano, seja, sob aspecto jurídico [...]”.

Rodière (1952, p. 51) afirma que a perquirição dos níveis de gravidade da culpa apresenta um interesse prático, embora ele não apareça em uma primeira análise: não importaria todo tipo de culpa, mesmo levíssima, o dever de reparar o dano causado? Diz-se que sim, mas há exceções. O entendimento do nível de culpa seria importante quando “*la responsabilité n’est pas attachée à la commission d’une faute quelconque, mais à la reconnaissance d’une faute affectant une certaine gravité*” ou quando “*la réparation du dommage varie suivant la gravité de la faute*”¹⁴⁵.

Pereira (1993, p. 71, grifo do autor) diferencia culpa grave, culpa leve e culpa levíssima: no primeiro caso, “embora não intencional, seu autor sem ‘querer’ causar o dano, ‘comportou-se como se o tivesse querido’, o que inspirou o adágio *culpa lata dolo aequiparatur*”; no segundo, haveria falta de “diligência média”, observável por um “homem normal”; no terceiro, o padrão de cuidado escaparia do padrão médio, mas um “*diligentissimo pater familias*” guardaria.

A culpa grave se conforma, assim, como uma espécie de “categoria superior”, oriunda de violação grosseira ou especialmente intensa de deveres (objetivos) de cuidado. Não se trata de qualquer inobservância dos deveres de boa administração, mas sim de enganos que, a transparecerem culpa manifesta, graduada em degraus mais elevados, ferem a racionalidade e os padrões objetivos adequados da atuação dos agentes públicos¹⁴⁶ (OSÓRIO, 2007, p. 294).

Domingo (1960, p. 321), rechaçando a ideia de culpa levíssima (o autor disserta, ali, de matéria penal), escreve sobre a culpa grave que:

[...] *pero si el sujeto ha querido conscientemente una conducta que racionalmente se presentaba como bastante peligrosa, por haberle indicado*

¹⁴⁵ Em livre tradução: “A responsabilidade não se conecta ao cometimento de uma culpa qualquer, mas ao reconhecimento de uma culpa que implica uma certa gravidade”. Em seguida: “a reparação do dano varia conforme a gravidade da culpa”.

¹⁴⁶ Garcia e Alves (2006, p. 284) definem que a culpa grave “se consubstancia na não previsibilidade de um evento que o seria pelos homens diligentes e responsáveis, qualidade esta indissociável dos gestores da coisa pública”.

su experiencia la frecuencia con que de conductas similares se han derivado eventos dañosos, no cabe duda de que su culpabilidad, también a título de culpa, porque el evento no lo ha querido, tendrá una intensidad mayor y nos encontraremos ante una culpa grave, próxima al dolo no ya por razón de la representación concreta del evento [...], sino porque su voluntad ha querido algo de lo que con grandes probabilidades se habría de seguir el resultado dañoso [...].

Rodière (1952, p. 53) relata que a “faute lourde” se distingue do dolo por não haver, no primeiro caso, vontade de produzir o dano. O autor reconhece que a distinção é, por vezes, mitigada na prática, tendo em vista os velhos brocardos de “*magna culpa dolus est*” e “*culpa lata dolo aequiparatur*”. Persiste, todavia, na diferenciação¹⁴⁷: “*celle que soit l’impéritie ou l’incurie de l’agent, sa faute n’est pas intentionnelle*”¹⁴⁸.

4.2.4.2. Violação a princípios e culpa grave

Definir se a violação ímproba a princípios tempera-se por dolo ou por culpa é matéria de debate e de pouco consenso na doutrina. Boa parte dos autores defende que só condutas dolosas merecem represália¹⁴⁹. Não é, entretanto, a tese que merece prosperar.

Um dos argumentos para a fundamentação de tal tese é a redação legal. Com efeito, se se ativer a uma interpretação literal, somente o art. 10 da Lei nº 8.429/92 prevê

¹⁴⁷ Em tradução livre: ““Seja qual seja a imperícia ou a incúria do agente, sua culpa não é intencional”.

¹⁴⁸ De todo modo, o autor parece indicar um outro ponto de contato entre uma e outro: a culpa grave faz presumir – de forma ilidível, todavia (e aqui, portanto, a importância de manter separados os regimes das duas categorias) – o dolo: “*Il a paru intolérable que l’auteur de fautes lourdes arguant de sa sottise ou de son extrême maladresse, laisse à la charge de la victime la preuve de son dol et qu’il esquive ainsi les conséquences de ses intentions malicieuses. La faute lourde fait présumer le dol et comme aucun texte ne déclare que cette présomption est irréfragable, il faut permettre à l’agent de prouver qu’il n’a point commis de dol*” (RODIÈRE, 1952, p. 53). Em tradução livre: “Pareceu intolerável que o autor de culpas graves, alegando sua loucura ou sua extrema falta de jeito, deixe a cargo da vítima a prova de seu dolo e que, assim, ele se esquive das consequências de suas intenções maliciosas. A culpa grave faz presumir o dolo e como nenhum texto declara que tal presunção é inilidível, deve-se dar a chance ao agente de provar que não agiu com dolo”.

¹⁴⁹ Com tais ideias trabalha Decomain (2007, p. 147) e Garcia e Alves (2006, p. 283). Também nesse sentido, Bitencourt Neto (2005, p. 114; 192; 194) ensina que, para a configuração da improbidade por violação a princípios, basta a verificação da consciência desta afronta. Com isso, afasta a possibilidade de ato culposo, mas atrai a ideia de dolo eventual: “Se assim não fosse, com toda certeza tornar-se-ia inaplicável o art. 11, uma vez que dificilmente se conseguiria provar a efetiva vontade do administrador de violar os princípios administrativos”. Fazzio Júnior (2008, p. 81-83) relata que o dolo – inclusive no artigo 11 – é ínsito ao que se quer chamar de “ato de improbidade”. Os atos culposos de lesão ao erário, expressamente admitidos pela Lei de Improbidade Administrativa, seriam, em verdade, “atos de improbidade por assimilação”. Apesar disso, o autor parece admitir a modalidade matizada pela culpa grave, pois, nesse caso, é equiparada ao dolo. A questão, portanto, parece residir mais na terminologia do que na substância.

expressamente condutas culposas. Por isso, *a contrario sensu*, nem o art. 9º nem o art. 11 poderiam admitir a modalidade culposa.

Tal argumento é facilmente lançado por terra. De fato, a letra da lei padece de inúmeros vícios redacionais e de incoerências (DECOMAIN, 2007, p. 61). Figueiredo (1995, p. 14) também reconhece inúmeros defeitos técnico-jurídicos na redação legal.

Com efeito, o anteprojeto da Lei de Improbidade, oriundo da Presidência, nasceu com apenas 13 artigos. Ao chegar ao Congresso Nacional, “recebeu mais de trezentas emendas e transformou-se no Projeto Lei nº 1.446/91, sendo ampliado para 30 artigos, depois reduzidos aos atuais 25 dispositivos” (BOSCO, 2004, p. 121). Não é, por isso, difícil que se encontrem inconsistências dentro da própria Lei (“incoerência sintática interna”) e mesmo fora, com relação ao sistema jurídico em suas partes e em seu todo (“incoerência sintática externa”) (SAMPAIO, 2002, p. 165-166).

Nesse contexto, exsurtem dispositivos patentemente contraditórios, se lidos desapaixonada e cientificamente, pois, no próprio processo de produção normativa, para que resultasse exitosa sua tramitação, “várias antinomias e dubiedades foram sendo inseridas para viabilizar que grupos rigorosamente rivais votassem em uníssono” (FREITAS, 1996, p. 68).

Deve-se, assim perseguir um critério objetivo de interpretação, perquirindo-se a *mens legis*, não a *mens legislatoris*: “Ao invés da ‘intervenção mínima’ própria do direito penal, no domínio da improbidade impõe-se a ‘intervenção máxima’ do legislador na conformação do sistema [...]”. (OLIVEIRA, 2009, p. 150; 238).

É nesse sentido que, na dúvida, “deve-se decidir a favor da concretização sensata do princípio da probidade”, garantindo “plausibilidade, coerência e efetividade” (FREITAS, 2008, p. 205).

As aporias da Lei nº 8.429/92, resultantes da ambiguidade exacerbada e do ceticismo originário, impõem ao intérprete que resolva a matéria em favor da “plausibilidade, da coerência e da efetividade, do mesmo modo pelo qual se devem enfrentar os fenômenos do lapso, do erro e das contradições por falhas de técnica jurídica”, à base da inteligência que conduza à verdadeira efetivação do princípio da probidade, almejando-se por sua máxima efetivação (FREITAS, 1996, p. 69-70).

Parece ser nesse rumo que Moreira Neto (1998, p. 26, grifo do autor) escreve, ao dissertar sobre preservação do Interesse Público, que:

Observe-se que, sempre, a *intenção* do agente administrativo é irrelevante; o que se pretende, não é julgar se há um ‘bom administrador’, mas, objetivamente, se se dá uma ‘boa administração’; presume-se que o administrador público atuará com vistas à finalidade pública.

Os deveres impostos pelo artigo 11 da Lei de Improbidade não parecem, assim, estar ligados ao elemento volitivo do agente, mas, antes, à questão da segurança jurídica dos administrados, além de sua confiança no Poder Público. A questão da proporcionalidade, todavia, induz o intérprete a concluir¹⁵⁰ que não será qualquer modalidade de culpa a ocasionar o ato de improbidade, mas somente aquela “marcada indelevelmente pela gravidade”¹⁵¹ (FONTELLA, 2008, p. 15-16).

O ato culposo, assim, quando efetivamente grave, decorrente de erro grosseiro e inescusável que vai de encontro às regras da boa administração e aos princípios da eficiência e da moralidade, merece ser sancionado pela Lei de Improbidade (MEDEIROS, 2003, p. 43).

Fetichizar a figura do dolo culminaria com a concessão de um “bill of indemnity” aos atos culposos que causassem graves danos de natureza estética, histórica, ambiental, artística e turística ao interesse público (SAMPAIO, 2002, p. 268). Por isso, o artigo 11 da Lei nº 8.429/92 se preocupa com a intensidade do elemento volitivo do agente, punindo condutas dolosas e culposas graves (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 286).

Dentro de uma ideia de fragmentariedade e de excepcionalidade diferente do Direito Penal – lá, a ausência de previsão expressa de modalidade culposa na redação do *caput* do artigo 11 da Lei de Improbidade presumiria tipificação, nos incisos¹⁵², de

¹⁵⁰ Outra conclusão, já mencionada, seria a de que se deve afastar a responsabilização objetiva.

¹⁵¹ Freitas (2008, p. 203) menciona que não podem ser vistas através das lentes da improbidade a atuação de agentes públicos que possa se tachada de culposa leve ou levíssima. Sobre isso, o autor complementa que “as cominações relativas às múltiplas espécies de improbidade administrativa não se devem aplicar aos agentes que tenham condutas culposas leves ou levíssimas, exatamente em função do ‘telos’ em pauta e por não se configurar a improbidade, nestas situações, sequer por violação aos princípios, sendo de grifar que a preservação do sistema jurídico não se coaduna com excessos de qualquer matiz” (FREITAS, 1996, p. 67). Osório (2007, p. 271) escreve que “Insista-se que a culpa não se confunde com o erro profissional. [...] a LGIA não pode, realmente, punir todo e qualquer erro dos gestores públicos, sob pena de se consagrar como espúria e manifestamente injusta, até mesmo draconiana, para usarmos uma expressão em voga. Porém, o fato de não alcançar a mera inabilidade dos agentes públicos não retira da LGIA a legítima possibilidade de proibir e sancionar comportamentos gravemente culposos, dentro de um esquema de tipicidade montado sobre as bases da legalidade e da segurança jurídica.”

¹⁵² O autor descreve que o silêncio do legislador é eloquente quanto ao *caput*: haveria demasiada insegurança jurídica se se aceitasse, para aquele caso, a conduta culposa. Tal efeito, todavia, não pode se estender aos incisos: “a lógica sistêmica do direito administrativo sancionador” impõe que se aceitem condutas dolosas e culposas, a dependerem da análise concreta da estrutura das normas proibitivas. (OSÓRIO, 2007, p. 264-267).

condutas estritamente dolosas –, a “redação dos dispositivos é o elemento mais palpável para aferir seu alcance em termos de responsabilidade subjetiva”. Os tipos culposos descenderiam da própria Constituição, em que inexistente proibição à improbidade culposa (OSÓRIO, 2007, p. 257-258; 270).

Sobre o assunto, Osório (2007, p. 292, grifo atual) arremata que:

De fato, só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade funcional pressupõem a conduta dolosa, *enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave, motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade*, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente do setor público e a suspensão de seus direitos políticos (art. 37, § 4º, da CF), como regra geral.

Com essa ideia, importar relatar, mais uma vez, que, não fosse a admissão da modalidade culposa¹⁵³, a tutela, por meio da Lei de Improbidade, do princípio da eficiência restaria bisonha.

4.2.5. Improbidade e ineficiência – demonstrações finais do liame

Os deveres inscritos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa denotam indicadores de um ideal de justiça, aqui entendida como a realização de valores inerentes a determinados grupos sociais; tais valores se convolvem em princípios; tais princípios se aglutinam sob a qualificação da juridicidade (GARCIA; ALVES, 2006, p. 276-277).

O princípio da eficiência é novidade (ao menos em sua forma positiva expressa) no direito brasileiro. Sendo ele próprio *consequência* de uma mudança de paradigmas – já estudada no Capítulo 2, com a consolidação de padrões gerenciais na Administração

¹⁵³ Parece se tratar de uma tendência mundial. Osório (2007, p. 71) escreve que “Além da referência à noção de má gestão pública – *Mauvaise Administration* –, o comitê [o autor fala do “Comitê Europeu de expertos independentes” da União Europeia] acrescenta expressamente *que as infrações a este dever – o de boa gestão – não são necessariamente levadas a cabo de modo intencional*, já que pode ocorrer que se revelem por meio de um comportamento negligente, ‘laxiste’, frouxo, relapso, no exercício de funções relevantes de gestão pública. [...] O comitê fala, além disso, de uma *noção central de normas mínimas* vinculando os titulares de cargos públicos e acrescenta a idéia de *negligência grave*”. Nos Estados Unidos, o mesmo ocorre, diante do crescimento espantoso de atos ilícitos culposos, frutos de erros grosseiros ou de simples ineficiência, que têm recebido censuras cada vez mais graves (OSÓRIO, 2007, p. 84).

Pública –, acaba também sendo *causa* e princípio modulador de novas interpretações legais, como analisado no Capítulo 1.

Diante da técnica usada pelo legislador – tomando mão, em geral, de conceitos jurídicos indeterminados –, permite-se uma sensível abertura à razoabilidade do intérprete para depurar a norma de antinomias e de incongruências (FREITAS, 1996, p. 69) e, aqui vai-se além, para atualizar o significado dos tipos legais. Se a improbidade pode surgir pela mera violação a princípios da atividade estatal, devem ser buscados novos horizontes para a sua aplicação (GARCIA; ALVES, 2006, p. 47).

Assim, a ineficiência é danosa direta e indiretamente. Nessa segunda hipótese, funciona, em geral, como mecanismo de retroalimentação, dando margem à prática de atos de improbidade por violação a outros princípios. Rocha (1994, p. 200) ensina que a falta de confiança na presteza e na eficiência do agir do administrador público leva o particular a “buscar mecanismos antijurídicos, dos quais, ele acredita, advirá a certeza da prestação”. Seja na esfera legislativa, administrativa ou jurisdicional, a ineficiência é fator de desenvolvimento de práticas corruptas; a desonestidade e a desídia ramificam-se em vertentes insuscetíveis de serem previamente identificadas (GARCIA; ALVES, 2006, p. 10; 269). A inação estatal possui ainda vigorosa eficiência genética na eclosão ou na exacerbação da conflituosidade social (SABELLA *apud* MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 291). Um dos pressupostos da corrupção é a existência de uma burocracia pouco eficiente (FONSECA, 2002, p. 45)¹⁵⁴.

Para entender os danos diretos da ineficiência, suficientemente graves para que se configure a improbidade, é necessária mais uma mudança de referencial. Em geral, a palavra “corrupção” (*rectius*: improbidade) não abriga a questão da má gestão pública, que suporta problemas extremamente complexos cujos efeitos podem ser devastadores (OSÓRIO, 2007, p. 36). Trata-se de um reconhecimento doutrinário, verdadeiro paradigma, que precisa, o quanto antes, ser reformulado.

A máxima de que “a lei não pune o administrador incompetente, mas unicamente o desonesto” merece novas reflexões, notadamente diante da inclusão do princípio da eficiência no rol constitucional. Incompetência (em seu sentido atécnico) e

¹⁵⁴ O autor complementa: ““Os pressupostos da corrupção são a existência de uma burocracia pouco eficiente, um frágil senso de distinção entre a coisa pública e coisa privada, pouca conscientização entre o legal e o ilegal, existência de um comportamento *rent-seeking* (caçador de renda) e uma inescrupulosa busca de ganhos privados baseada no tráfico da função pública” (FONSECA, 2002, p. 45).

eficiência constituem realidades excludentes, não podendo conviver harmonicamente na atividade estatal (GARCIA; ALVES, 2006, p. 48).

A disparidade entre o exercício administrativo e os princípios administrativos configura ilicitude (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 38), mas é a gravidade das consequências disso que constituem a improbidade. Se a moralidade administrativa assume um panorama de função de controle da retidão da eficiência (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 90) e se a consagração constitucional da moralidade viabilizou “um melhor controle da atividade administrativa para a concretização da ‘boa administração’ ou ‘melhor administração’, que em última análise consiste em Administração Pública eficiente” (DINIZ, 2003, p. 106), resta evidente a relação possível entre o princípio da eficiência e a improbidade – para alguns, a eficiência chega a ser, somada à honestidade, um dos “pilares fundamentais da probidade administrativa” (OSÓRIO, 2007, p. 125).

Ímprobo seria, assim, o agente público que demonstra ineficiência intolerável no exercício de suas funções; pune-se a gestão desastrosa¹⁵⁵ e atos que impliquem desonestidade, incompetência, pessoalidades (TOURINHO, 2006, p. 127; 190). A improbidade como negação da eficiência reclama atuação repressiva em busca da racionalidade na aplicação dos recursos da sociedade (FONSECA, 2002, p. 36).

Atos de má gestão pública por grave ineficiência funcional não detêm o amparo de imunidades constitucionais em nações que se queiram democráticas: está em jogo não só o princípio democrático, mas também a própria ideia de República (OSÓRIO, 2007, p. 99).

Além das mais óbvias e escandalosas “tramas urdidas” para ganhos indevidos e das mais agressivas violações à moralidade, a improbidade pode-se mostrar também (ou, no mais das vezes, esconder-se) no simples gesto de esquecimento de um documento ou processo em uma gaveta de repartição pública, na inércia mais leve e aparentemente singela. (ROCHA, 1994, p. 202).

Nesse sentido, Moreira Neto (1998, p. 26) anuncia que seria uma violação frontal ao princípio da razoabilidade se admitir que o ato gravemente ineficiente estivesse acobertado pela lei; seria, em verdade, admitir-se que o interesse público, ao ser (mal) atendido de forma grosseira (ou, repita-se, gravemente ineficiente), pudesse

¹⁵⁵ É necessária a violação grave e desonesta, não se configurando improbidade o “simples erro legal do agente” (FREITAS, 2008, p. 216).

ser “postergado, comprometido, tergiversado ou, pior: que a ‘boa administração’ pudesse ser juridicamente igualada à ‘má administração’”¹⁵⁶.

O comportamento de infração do dever de boa administração, cabe lembrar, pode ser desejado ou não, quando fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou de cuidado¹⁵⁷ (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 117). Mesmo aqui, a atuação judicial – que faz surgir gestores públicos “um pouco mais diligentes, menos irresponsáveis, preocupados não só com a legalidade no sentido estrito, mas também com os demais princípios que norteiam a atividade administrativa” (TOURINHO, 2006, p. 124) – é essencial e imprescindível¹⁵⁸.

O simples malferimento ao princípio da eficiência – não importa se por inobservância da economicidade, da utilidade, da celeridade etc. –, quando grave, pode dar margem a todas as espécies de dano¹⁵⁹ alhures mencionadas: desvirtuam o regime jurídico-administrativo, enfraquecem o ideal democrático, ocasionam danos morais difusos e mesmo materiais.

Com efeito, há de se reconhecer uma variedade de casos e de formas de que a ineficiência grave pode-se travestir; fala-se mesmo em “flutuações ético-normativas dessa patologia”. A ineficiência comporta, assim, numerosos, quiçá infinitos matizes (OSÓRIO, 2007, p. 67, 175).

Dessa forma, ao se portar costumeiramente ineficiente – com falta de conhecimento, com inabilidade, com inaptidão a exercer uma atividade –, o agente público gera dano ao patrimônio estatal (BOSCO, 2004, p. 157-158).

Por outro lado, se, na pós-modernidade, um dos pressupostos da legitimidade do Estado passou a residir no domínio da eficiência, é natural que a ineficiência enfraqueça

¹⁵⁶ O autor chega mesmo a definir decisões ineficientes como aquelas que atendam deficientemente ao interesse público definido na respectiva norma regente (MOREIRA NETO, 1998, p. 26).

¹⁵⁷ Osório (2007, p. 37) explana mais sobre o assunto: “Os agentes públicos devem ser diligentes, justos e imparciais, deveres genéricos, é verdade, que comportam múltiplas formas de concretização e densidade normativa, tarefa a cargo dos Estados soberanos. Tais deveres superam olhar limitado às desonestidades corruptas ou corruptoras, alcançando outros domínios comportamentais, inclusive não intencionais, apenas violadores de cuidados objetivos e diligentes que deveriam ser tomados”.

¹⁵⁸ Osório (2007, p. 30) também frisa a importância da imprensa escrita e audiovisual como forma de denúncia – e, daí, possibilidade de controle – de fatos caracterizadores da má gestão pública.

¹⁵⁹ Essa potencialidade danosa, portanto, é ínsita à improbidade por ineficiência. Em sentido contrário, Decomain (2007, p. 146), ao escrever que “É o que acontece, por exemplo, com a omissão na prestação de contas. Podem até mesmo ser tais contas inteiramente corretas, de sorte que nada se vislumbre nelas como indicador de prejuízo ao Erário. A ausência de prestação de contas, em si mesma, também não tem potencialidade de produzir dano. Em suma, o que se deseja salientar é que, embora o critério da potencialidade para a produção de dano possa servir como indicador da presença da improbidade na ilegalidade, nem sempre a potencialidade da ocorrência de dano existirá, em face de situações específicas focadas ao longo dos incisos do art. 11 da Lei”.

o “liame de confiança que une e deve unir governantes e governados, administradores e administrados”. (OSÓRIO, 2007, p. 45-46).

As falhas, lacunas e vícios graves da atuação do Poder Público saltam aos olhos da população, que “sofre na ‘carne’ e no ‘espírito’ todos os seus possíveis desdobramentos” (OSÓRIO, 2007, p. 30). Se a doutrina e a jurisprudência podem ser ainda resistentes ao reconhecimento dos efeitos deletérios da ineficiência, a sociedade já os conhece muito bem, resultado de empirismo indesejado.

A violação ao princípio da eficiência não só compromete a prestação ideal de serviços públicos ou a viabilidade do próprio Erário, mas produz efeitos negativos ao próprio organismo social, com, por exemplo, o aumento da carga tributária (GARCIA; ALVES, 2006, p. 54).

Além disso, a má utilização de recursos públicos, aqui entendida como aquela que não seja nem eficiente nem equânime, gera utilização supérflua e equivocada de gastos público, o que compromete o atendimento básico das necessidades da população e, como relatado algures, a própria dignidade da pessoa humana (RAMOS, 2002, p. 7). Existem, assim, direitos fundamentais (e, pela internacionalização, humanos) difusos à Administração Proba e eficiente, tendo em vista sua imediata ligação à boa gestão dos recursos públicos e, daí, a políticas públicas essenciais, como saúde, educação, segurança etc. (OSÓRIO, 2007, p. 308).

4.2.6. Casuística propositiva da ineficiência como improbidade

Da teoria à prática existe, todavia, um longo caminho a se percorrer, e o périplo é perigoso: ou a Ideia, abstração colocada sob a forma de prosa dissertativa, é deturpada ao alvedrio de quem quer que se depare com a práxis, ou esmorece, fatiga-se esmaecida e, não alcançando seu destino – a produção de algum resultado prático –, queda-se inócua, sem serventia a uma ciência social aplicada, como se apregoa ser o Direito. No primeiro caso, é vilipendiada e corrompida, com propósitos, pelo mau operador (poder-se-ia dizer, em pertinente trocadilho: “pelo operador mau”) do direito; no segundo, a inabilidade ou a inexperiência prejudicam sua interpretação e sua colocação prática – nos dois resultados, terá restado inútil o estudo.

Cumprido, portanto, tentar densificar e objetivar o quanto possível a Ideia, por meio de exemplos em que se demonstre sua possível aplicação prática. A solução aqui

encontrada é aquela que tenta também manter a coerência do trabalho. A análise se envolve, assim, principalmente para a influência que o princípio da eficiência exerce sobre o sentido e o alcance da norma inscrita ao inciso II do artigo 11 da Lei nº 8.429/92¹⁶⁰.

Tudo aquilo até agora estudado terá sido, então, de primordial e inafastável importância: um princípio, enquanto tal, serve a uma função interpretativa, função essa que encontra sua atuação ótima diante de conceitos jurídicos indeterminados – ricamente espalhados pela redação da Lei de Improbidade –, ajustando a atuação discricionária do agente público. Para isso, um princípio detém e faz reverberar um conteúdo específico – o que também já foi estudado à exaustão.

Sob tal perspectiva, mantém-se a ideia de que a violação ao princípio da eficiência dá, por si mesma, margem à responsabilização e, ao mesmo tempo (para que não se desagrade aos mais positivistas), atém-se à letra da lei, ao se realizar trabalho de renovação da exegese da norma escrita.

O princípio da eficiência – em suas facetas de economicidade, utilidade e celeridade – transmuda a interpretação do excerto de lei de duas maneiras: uma global, refletindo-se sobre o “bloco” normativo do inciso II do artigo 11 (item 4.2.6.1., abaixo), e outra específica, mais refinada, trazendo à nova luz o real significado do conceito normativo em sentido estrito¹⁶¹ (verificar a classificação proposta ao Capítulo 1) “de ofício” (item 4.2.6.2., abaixo).

Insta lembrar que “A nota da gravidade do ato agressor, a dimensão da lesão e o elemento subjetivo serão sempre avaliados” (OSÓRIO, 2007, p. 263). Com isso, os exemplos que seguem podem ocorrer tanto na modalidade dolosa, quanto na culposa, pelo todo já exposto em tópico próprio. Medeiros (2003, p. 97) bem ratifica isso ao escrever que o inciso II prevê retardamento ou omissão, o que poderia evidentemente decorrer de negligência. Negligência, não há o que se contestar, é culpa, que, para configurar improbidade, deve ser grave (de contrário, prejudica-se a pretensão punitiva do Estado).

4.2.6.1. Ineficiência em atos de ofício como atos vinculados

¹⁶⁰ No mesmo sentido, Garcia e Alves (2006, p. 272) apontam que a indevida omissão na prática de atos que exijam a atuação de ofício do agente constitui forma específica de violação ao princípio da eficiência.

¹⁶¹ Garcia e Alves (2006, p. 249) declaram que, nos incisos da Lei, o legislador trouxe previsões, “específicas ou passíveis de integração”, das situações que comumente consubstanciam a improbidade. De qualquer forma, deixam claro, em nota de rodapé, que “[...] vários dos referidos incisos também veiculam conceitos jurídicos indeterminados”.

No primeiro caso, a influência se dá mais eminentemente sobre os atos administrativos (predominantemente) vinculados. “De ofício” assume sua acepção corrente e mais imediata no direito: algo que é inerente ao exercício cotidiano de determinada função. A falha, aqui, está em meramente omitir-se (desde que, claro, haja graves consequências negativas), seja culposa, seja dolosamente: o agente, por obrigação legal, deveria agir, mas não o fez.

É o caso, por exemplo, do agente público que tem por função elaborar os relatórios de Procedimentos Administrativos Disciplinares de um Município, para que, assim, a comissão respectiva possa julgar os casos. Nessa localidade fictícia, a única função de tal cargo é esta: resumir os processos. É isso tarefa que define a própria existência do cargo – sua realização constitui, portanto, ato vinculado, de ofício.

Ato de ofício é o ato de competência; não qualquer ato administrativo, mas *aquela* próprio *daquela* agente *naquela* função. É ímprobo tanto o que perde o prazo, quanto o que o pratica a destempo (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 184-185). Nesse modelo, a autoridade que deixa de prestar contas de seus atos, quando instada a tanto, ou a autoridade fiscalizadora que “engaveta” processos, gerando prescrições e impunidades, violam seu dever de probidade (OSÓRIO, 2007, p. 410).

Tourinho (2006, p. 196-197) disserta que deixa de praticar ato de ofício o agente que se omite em realizar ato inerente a sua função no prazo estabelecido por lei ou deixa, sem razão aparente ou justificativa¹⁶², fluir prazo temporal relevante para a sua prática, procrastinando-o. Tanto a omissão quanto a delonga injustificada violam a moralidade e a eficiência, contrariando o dever de boa administração. Garcia e Alves (2006, p. 270) citam uma lista de exemplos que se podem enquadrar na situação acima ilustrada:

O inciso em enfoque tem múltiplas aplicações, podendo ser citadas, à guisa de ilustração, as seguintes: a) o descumprimento de ordem judicial; b) o não-atendimento às requisições do Ministério Público; c) a não-lavratura de auto de prisão em flagrante pela Autoridade Policial, limitando-se em confeccionar um boletim de ocorrência, com a consequente libertação do agente que fora preso, sem fiança ou ordem judicial; d) o “acautelamento” de registros de ocorrência pela Autoridade Policial, sem a instauração de inquérito policial; e) a retenção de autos de processo em cartório, deixando os serventuários de cumprir as determinações judiciais ou as prescrições legais; f) a omissão dos órgãos competentes em exigir, nos casos previstos em lei, a

¹⁶² Figueiredo (1995, p. 62) aponta como justifica plausível o excesso de serviço.

elaboração de estudo de impacto ambiental anteriormente ao licenciamento de projetos potencialmente lesivos à natureza etc¹⁶³.

Bem peculiares à omissão (ou morosidade) de ato (predominantemente vinculado) de ofício são também o não atendimento a direito de petição ou de certidão, a facilitação de fuga de detentos, a abstenção de execução de ordem de prisão ou de flagrante delito, o retardamento de embargo à determinada obra para que sua execução seja concluída, a não responsabilização, quando devida, de subordinados por crimes funcionais (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 291), o absoluto desconhecimento das finalidades de sua função, a negligência na execução das atividades diárias, o desinteresse no aprimoramento profissional, o conluio de servidores em práticas irregulares (LUZ, 2005, p. 63), a inação diante de deterioração de prédio que abriga repartição pública e que, incorporado ao patrimônio histórico e cultural, encontra-se tombado (GARCIA; ALVES, 2006, p. 267), a não realização de investigação sobre denúncia que imputa ato gravemente irregular a subordinado hierárquico, condescendo-se com o que deveria ser reprimido¹⁶⁴ (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 185).

Bosco (2004, p. 115; 153; 158) amplia a visão sobre os efeitos negativos da conduta desse último exemplo. De fato, quando o administrador deixa, de maneira contumaz, de fiscalizar o trabalho dos servidores subordinados – o que, por si só, tende a dar margem a serviço público de má qualidade, prejudicando o patrimônio público em seu sentido lato –, acaba permitindo, indiretamente, que se perpetue uma espécie de dano ao erário, pois há percepção de vencimento sem a correlata contraprestação. Com efeito, uma autoridade superior deve ser capaz de impor aos demais agentes fazer “as coisas certas que eles não querem fazer” (FONSECA, 2002, p. 47-48).

Hipoteticamente, vislumbra-se também a situação do professor universitário que, por não se submeter a controle de frequência, deixa de comparecer, em exagerada proporção, às aulas que deveria lecionar ou que, mesmo por negligência (o prolongamento da situação por tempo indeterminado trataria de conferir gravidade ao

¹⁶³ Tourinho (2006, p. 197) repete alguns desses exemplos e acrescenta: “O administrador público que deixa de apresentar as suas contas na época própria à Casa Legislativa ou deixa de providenciar a cobrança da dívida ativa do ente federativo também incidirá neste dispositivo. Da mesma maneira, pratica ato de improbidade nesta modalidade o Delegado de Polícia que deixa de instaurar inquérito policial requisitado pelo Promotor de Justiça”.

¹⁶⁴ Da mesma forma, incorreria em improbidade o agente que, conhecedor de grave irregularidade funcional cometida por outro agente (na hipótese, de nível hierárquico igual ou superior), deixa de representar junto ao superior hierárquico do representado. (FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 39).

fato), não segue a ementa da cadeira, lecionando matérias completamente alheias à grade curricular.

Bosco (2004, p. 205; 207), dissertando sobre o que a doutrina convencionou chamar de servidores “fantasmas”, aponta como “exemplo clássico” o de médicos do serviço público de praticamente todos os Estados da Federação: seria comum a sua ausência em momento de grandes fluxos de pacientes.

Da mesma maneira, incorre em improbidade o agente que, por morar próximo ao local de trabalho, chega cedo pela manhã, bate o ponto de entrada, retorna a casa e, ao final do dia, burlando o sistema eletrônico, volta à repartição para bater o ponto de saída. Não estão imunes também – com muito mais razão, aliás, pela magnitude e pelas responsabilidades inerentes às suas funções – juízes e membros do Ministério Público que, deixando todo o seu trabalho à equipe que os assiste, comparecem aos respectivos gabinetes exclusivamente para assinar peças.

Há também aquelas situações que não toleram delegações, exigindo responsabilidade direta dos agentes – nesse caso, o ato delegatório, por si só, pode configurar grave ilícito (OSÓRIO, 2007, p. 290).

Nessa linha de raciocínio, fácil imaginar delegações informais, em que, não obstante esteja alheia ao Direito Administrativo e aos seus rigores de forma e de publicidade (inexistindo, pois, no mundo jurídico), agentes de hierarquia superior simples e levemente transferem, sem o menor intuito de fiscalização, atribuições cotidianas suas a agentes de menor escalão que, ou despreparados ou, ainda pior, imbuídos de má-fé, permitem que verdadeiro caos (jurídico e administrativo) se instale no respectivo setor.

O exemplo é interessante inclusive para reforçar a ideia de culpa grave. Suponha-se que o tal agente “delegatário” (as aspas reforçam o viés estrambótico do fenômeno) tire proveito da situação e, imbuído de poderes que não deveria ter, passa a, dolosamente e de alguma forma, obter vantagens indevidas ou a lesar o erário. O agente superior, “delegante”, não faz ideia de que isso aconteça, negligenciando as movimentações que ocorrem em sua repartição.

Nesse caso, o agente delegatário responderá, é claro, por dolo. Restará imune, todavia, o agente de escalão superior? É certo que não. Apesar de o dolo do agente de hierarquia inferior não poder ser estendido à sua (in)ação, sua conduta demonstra

desídia, falta, ineficiência, negligência que, por si mesma, permitiu que severos danos fossem impostos à Coisa Pública.

Propõe-se aqui inclusive uma mudança de paradigma processual com relação à instrução. Diante disso, se o envolvimento de autoridade de alto escalão em esquema de desvio de verbas (por agentes a ela subordinados) for afastado por simples falta de prova, a improbidade se verifica e, afinal, se configura de outra forma: se tal autoridade *deveria e poderia saber* (o ônus da prova aqui se inverte) de tal esquema, é porque se omitiu em seu dever (de ofício) de fiscalização, violando, com sua negligência, o princípio da eficiência e, com isso, gerando graves danos ao patrimônio público.

4.2.6.2. *Ineficiência em atos de ofício como atos discricionários*

No segundo caso, o princípio da eficiência matiza especificamente a expressão “de ofício”, e as consequências, aqui, voltam-se aos atos ditos discricionários¹⁶⁵, modificando *o modo* como devem agir os agentes públicos – a lei não impõe expressamente que o ato “X” deva ser feito; ao implementá-lo, todavia, o agente o deve realizar da melhor maneira que as possibilidades fáticas e jurídicas permitam: trabalhar com excelência, torna-se, então, verdadeira “obrigação de ofício”¹⁶⁶.

Pode-se construir um exemplo de laboratório. Dentro dos limites impostos pelo direito financeiro e orçamentário, o Prefeito da Municipalidade “Y” pode utilizar as verbas destinadas à área da saúde como queira (dentro, e a tautologia seria dispensável, do que se entenda por “área da saúde”). Assim, se bem que obrigado a, *de alguma forma*, utilizar o dinheiro, a legislação não impõe que medida específica deve ser tomada. O prefeito poderá, assim, tanto investir nos hospitais que já funcionam, aumentando sua infraestrutura e seu material humano, qualificando pessoal etc., quanto construir um novo hospital, realizar concurso para o ingresso de novos servidores etc. A qual das duas atitudes está o prefeito, por lei, obrigado? É certo que a nenhuma, em tese.

¹⁶⁵ Com parcial razão – discorda-se, aqui, do fato de a autora não reconhecer a influência da eficiência sobre atos vinculados –, disserta Tourinho (2006, p. 92): “Ao contrário da atuação vinculada – que não é diretamente afetada pelo princípio da eficiência, uma vez que a lei determina qual a única solução possível para o atendimento do interesse público – na atuação discricionária este princípio apresenta uma considerável relevância”.

¹⁶⁶ Sobre isso, Diniz (2003, p. 124) entende que “a eficiência tem sentido de parâmetro da legitimidade e da legalidade da competência discricionária”. Moraes (2004, p. 42) escreve que “não há como prescindir da discricionariedade, como instrumento de otimização da realização do Direito no caso concreto e meio de obtenção da eficiência nos desempenhos administrativos [...]”.

Ocorre que, a partir do momento em que se concentra um objeto, o agente se encerra numa trama de deveres impostos pelo princípio da eficiência, que, assim, terá de realizar “de ofício”.

Trata-se do que Cerejido (2001, p. 238-239) classifica como “fator intrínseco ao desempenho funcional”¹⁶⁷. Para além de um “dever imediato”, a conduta do agente deve ser pautada também por “um, ou mais, deveres mediatos, que variarão conforme a situação” (GARCIA; ALVES, 2006, p. 274). Não se trata, claro, de se cogitar de uma “obrigação de resultado”¹⁶⁸ em suas atuações; “É possível que, em determinados supostos, cobrem-se resultados dos agentes públicos, mas a regra geral impõe a observância de deveres de meios ou de atividades” (OSÓRIO, 2007, p. 127).

O que significa, todavia, “trabalhar com excelência”? Por certo, a assertiva se traduz, em termos jurídicos, pela expressão “trabalhar com *eficiência*”. O conteúdo do princípio, estudado estaticamente no Capítulo 2, ganha agora uma dimensão dinâmica, inspirando movimento ao espírito da Lei de Improbidade Administrativa. Na expressão de Fazzio Júnior (2008, p. 164), lida-se com uma “realidade administrativa sempre carente de reengenharia”. Nesse contexto, a função do intérprete-aplicador ganha eminente relevo¹⁶⁹.

Por isso, é inegável que o Poder Judiciário deve ser provocado a se manifestar, diante de cada caso concreto, contra atos atentatórios ao princípio da eficiência em ações de improbidade administrativa. Nesse cenário, o gestor público será cobrado e responsabilizado pela sua performance, tendo como pressuposto o atendimento a

¹⁶⁷ O autor (CEREJIDO, 2001, p. 238-239) esclarece que “Um servidor que atue na tesouraria de um órgão público e causa lesão ao erário de forma a desviar tais recursos em proveito próprio estará se aproveitando da situação fática, ou seja, o desempenho de uma função pública naquele local, para agir de maneira ilícita, evidenciando ato que estamos denominando *fato extrínseco de desempenho*. Diferentemente, um servidor habilitado em ciências contábeis que atue no mesmo local e causa lesão ao erário por reiteradas falhas e omissões graves em seu trabalho usual, de modo a manifestar evidente *déficit* no desempenho que seria esperado de alguém admitido para tão importante função, estaria evidenciando hipótese em que atua o fator *intrínseco ao desempenho funcional* [...]”.

¹⁶⁸ Em sentido contrário, Agostin Gordillo (*apud* GARCIA; ALVES, 2006, p. 54), que escreve que: “[o Estado teria] obrigação de resultado, que é a eficiência da despesa e da receita pública na contratação estatal. E parafraseando uma expressiva imagem do direito privado, não é suficiente que o matrimônio seja legítimo e consensual (funcionários de *iure*), se tenha ocupado com dedicação e esmero da educação e supervisão de seus filhos (licitação pública impecável, menor preço, melhor oferta etc.): se o filho termina por ser um vândalo (uma obra inútil, cara, faraônica etc.) se pode concluir, como questão de puro direito e sem lugar a dúvidas nem prova em contrário, que a gestão paterna (do funcionário) não foi eficiente”.

¹⁶⁹ Oliveira (2009, p. 149-151) defende que o próprio termo “ato de improbidade administrativa” seria um conceito jurídico indeterminado, verdadeiro “conceito-válvula”, perfeitamente ajustado à plasticidade do fenômeno que visa combater. Osório (2007, p. 251) prescreve que a Lei de Improbidade Administrativa “radicaliza ao buscar a valorização do direito judicial, valendo-se de termos indeterminados e de outros instrumentos similares em abundância”.

demandas sociais com rapidez e qualidade, dentro do sistema de garantia da governança republicana (CAMARGO, 2010, p. 108; 151).

A eficiência, assim, atinge diretamente o servidor negligente, que realiza suas tarefas sem o zelo ou os cuidados necessários; sua estadia no cargo depende de bem prestar o serviço a que foi designado, devendo estar atento e diligente às mudanças e exigências de sua função, produzindo de acordo com a necessidade do serviço com um mínimo de correspondência entre a qualidade do seu agir e os custos correspondentes (LUZ, 2005, p. 35).

Todas as implicações do princípio da eficiência, assim, entendido em seu todo – economicidade, utilidade e celeridade –, devem perpassar quaisquer atos dos agentes públicos, mesmo os discricionários (dir-se-ia: *principalmente* os discricionários), consagrando-se, afinal, o dever jurídico de boa administração.

Seria inadmissível, por exemplo, a construção de um hospital sob critérios rigorosíssimos de economicidade sem que se apresentasse útil: por certo, erigi-lo em uma localidade de acesso tão difícil que não seria apto a fornecer atendimento a ninguém é violar a eficiência. Do mesmo modo, construir um baratíssimo hospital para atendimento exclusivo de doenças que simplesmente *não existem endemicamente naquela região* se mostra absolutamente inútil.

No mesmo sentido, a construção de uma escola – a baixíssimos custos e com potencialidade de atender a 100% das crianças da localidade – com conclusão prevista para dali a 10 anos se mostra como indício de improbidade por ineficiência.

A construção de exemplos parece ser inesgotável. Apesar de um ou outro aspecto da eficiência ser ressaltado a depender da situação, economicidade, utilidade e celeridade devem ser vistos como amálgama inseparável de um ideal único.

Nessa toada, a formulação apropriada do orçamento afasta cortes, transferências inumeráveis de fundos de uma rubrica para outra, solicitação de receita suplementar ou ocorrência de gastos diferentes dos estimados (FONSECA, 2002, p. 43). Além disso, “o endividamento irresponsável e o descumprimento de algumas regras da Lei de Responsabilidade Fiscal” (DECOMAIN, 2007, p. 25) também figuram como possíveis atos de improbidade.

É inexorável o devido controle sobre despesas públicas, com fins a uma boa gestão financeira, evitando-se desperdícios, abusos administrativos, desordem, erros e fraudes (CAMARGO, 2010, p. 150). Um ato de despesa supérflua e desnecessária pode,

enquanto atentado à eficiência, ser considerado ímprobo (RAMOS, 2002, p. 5). Nesse sentido, o planejamento das políticas públicas ganha destaque e importância (FONSECA, 2002, p. 55-56).

Para atos cujo prazo não está determinado por lei, é certo que a verificação da probidade pode ser problemática (SPITZCOZSKY, 2009, p. 131), mas Figueiredo (1995, p. 62) aponta um critério: serão satisfatórios se realizados em tempo de produzir “seus normais efeitos”.

Um administrador eficiente deve, antes de tudo, ser um cidadão preparado intelectualmente, em sintonia constante e atualizada com as evoluções metodológicas e tecnológicas (CEREIJIDO, 2001, p. 231), preocupado com a pesquisa e a informação especializada, voltando-se à solução de problemas por meio da “experimentação, análise, teste, objetividade e pragmatismo”¹⁷⁰ (FONSECA, 2002, p. 43).

Indicando que o princípio da eficiência se presta a responsabilizar o gestor leviano no trato da coisa pública, Modesto (2000, p. 109-110; 113) escreve que:

A exploração do seu conteúdo pode ser útil também para que certos abusos administrativos fiquem melhor evidenciados e possam ser banidos da vida brasileira. Exemplos não faltam: compras de remédios específicos em excesso, com subsequente vencimento do prazo de validade; construções iniciadas ao lado de obras inacabadas de mesma finalidade; compras superfaturadas; construções nababescas; subsídios injustificáveis a setores econômicos específicos, sem contrapartidas sociais; compras de produtos tecnologicamente defasados¹⁷¹. Os exemplos poderiam ser multiplicados até a exaustão.

Pessoas continuam morrendo em filas de hospitais públicos, o índice de analfabetismo ainda é socialmente inaceitável, a população sofre com os transportes públicos de tão más condições que desafiam mesmo a sua dignidade humana. É certo que há escassez de recurso, impossibilitando o Estado de levar o bem-estar a todos os cidadãos, mas isso poderia ser minimizado se o controle fosse mais eficaz e se as

¹⁷⁰ Na área da saúde, isso parece assumir especial relevo. O autor disserta que “A incorporação de nova tecnologia depende da avaliação de aspectos relevantes, tais como evidência científica (considerada em face das necessidades expressas pelo médico e pelo paciente), análise econômico-financeira, gerência de riscos, minimização de custos assistenciais eficácia e eficiência dos elementos considerados, indicados epidemiológicos, demográficos e culturais, sem negligenciar, afinal, o retorno sobre o investimento” (FONSECA, 2002, p 52-53).

¹⁷¹ Nesse sentido, Cereijido (2001, p. 231) disserta que: “Não seria admissível, na hipótese aventada, a aquisição pela Administração de um equipamento de altíssimo custo para um trabalho de curta duração, que outro equipamento mais modesto faria em tempo pouco maior, sem haver sequer situação emergencial que eventualmente pudesse justificar tal atitude”.

autoridades colocassem o interesse público à frente dos seus interesses pessoais (FONSECA, 2002, p. 61).

Prioridades deixam de ser cumpridas. Pontes restam inconclusas, obras apresentam projetos básicos absolutamente destoantes dos custos finais, por ocasião de erros elementares; traçados de estrada se realizam ao arrepio das mais básicas normas de engenharia. Escolas são abandonadas para, ao lado, inaugurarem-se novas. Hospitais se deixam sucatear, mas a construção de novos se inicia, terminando inconclusa. Materiais são desperdiçados acintosamente. Decisões de obras “amazônicas” são também eivadas de erros não menos “amazônicos”. Dá-se prioridade a contratos voltados a objetivos de curto prazo, sem conversão do contratado em parceiro de longo prazo. Realizam-se contratos com cláusulas que impedem a amortização de investimentos, impondo ao Poder Público indenizações descabidas, em licitações apressadas ou lentas demais. Verificam-se desapropriações imotivadas, com patentes desvantagens para o Erário (FREITAS, 2009a, p. 127).

Como negar os omnímodos malefícios que tais eventos – mesmo que por negligência – acarretam à população? Como deixar no poder ou no trato com a Coisa Pública um gestor tão ineficiente? Bem se vê que a gestão ineficiente pode causar tantos ou mais danos ao erário, ao patrimônio público e aos direitos mais fundamentais da população que desvios de verbas, enriquecimento ilícito e imoralidades tantas outras.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Definir o conceito de princípios é poder estremá-lo satisfatoriamente do de regras, ambos espécies do gênero norma. A diferença entre uns e outras não é meramente de grau, mas de qualidade, e sua definição surge por meio da análise da forma pela qual se resolvem possíveis colisões.

A colisão de regras se resolve por critérios de validade; a de princípios, por sopesamento. Surge, daí, o seu conceito: *mandamentos de otimização*. Apesar de o conceito de princípios resultar da forma como se revolve sua colisão (o que seria uma interação negativa, de inibição), interações positivas (de estímulo) também podem existir. Da mesma forma, nada impede que o estudo de determinados princípios seja feito isoladamente, de maneira *caeteris paribus*.

Em suas interações com outras normas, princípios se prestam a uma série de funções. Dentre as funções estudadas, destaca-se a interpretativa, em que um princípio inspira e modifica a exegese de uma norma de hierarquia inferior.

No Direito Administrativo, muitos princípios se encontram constitucionalizados, motivo por que se caracterizam por serem genéricos e estarem associados à ideia de Direito. Por ocuparem o cume do ordenamento, apresentam natural e eficaz propensão à função interpretativa, infligindo modificações hermenêuticas notadamente sobre conceitos jurídicos indeterminados.

Conceitos jurídicos indeterminados podem ser: conceitos descritivos (os que se referem a objetos reais), conceitos normativos em sentido estrito (atinentes a uma terminologia tipicamente jurídica), conceitos normativos de valor (determinados por uma valoração social a longo prazo) e conceitos discricionários (determinados por uma valoração pessoal do administrador público).

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados está intimamente conectada ao fenômeno da discricionariedade administrativa, pois a fluidez significativa da norma confere, em tese, maior liberdade à escolha do gestor público. Tal liberdade, todavia, fica restrita apenas aos casos em que a providência ideal é objetivamente incognoscível. Nos atos predominantemente vinculados, a lei já escolheu a medida ótima; nos discricionários, não o fez exatamente para, evitando o engessamento legal, deixar espaço ao administrador para que maximize a sua finalidade pública.

O princípio da eficiência surge como um resultado da evolução dos chamados “modelos de administração pública”, que se sucedem, embora não com completa superação, na história do Brasil.

É marca do modelo patrimonialista a confusão entre o público e o privado, terreno fértil para nepotismo, subjetivismo, para privilégios e individualismos. O modelo burocrático se caracteriza pela rigidez dos controles *a priori*, enfatizando os procedimentos e o formalismo como meios de controle à corrupção. No modelo gerencial, a ênfase se transfere para os resultados, para a qualidade final do agir estatal. Nesse contexto, o princípio da eficiência toma volume e importância.

O termo eficiência – que designa, ele próprio, um conceito jurídico indeterminado – não pode assumir um único significado. A terminologia serve, portanto, para indicar otimização de meios e de resultados. Em seu aspecto formal, a eficiência assume o aspecto de direito, de garantia e de mecanismo de racionalidade. No primeiro caso, constitui uma obrigação entre o poder público e o particular, direito público subjetivo e fundamental cuja violação, ainda que isolada, dá margem a conserto judicial. No segundo, a eficiência dinamiza-se e passa a ser meio de efetivação e de outros direitos fundamentais, como a saúde, a educação etc. No terceiro, a eficiência matiza o agir do administrador público e a interpretação do próprio ordenamento, das demais normas.

Materialmente, o princípio da eficiência se apresenta como economicidade, utilidade e celeridade, aspectos necessários, que se coimplicam. Na primeira vertente, impõe-se ao administrador público que escolha a medida com menor custo para mais benefício; opõe-se à ideia de desperdício. Na segunda, determina-se que os resultados, além de economicamente aceitáveis, sejam satisfatórios e excelentes, imprimindo alcance máximo das finalidades públicas. Na terceira, repudia-se a delonga injustificada, a extemporaneidade e a inércia.

Moral e Direito não são conceitos estanques: apresentam pontos de conexão, com a sugestão imagética de dois círculos secantes. O direito se deixa, assim, permear pela moral. Surge daí o princípio da moralidade, cuja violação dá margem à provocação do Judiciário. Por esse motivo, separa-se da legalidade, dotando-se de conteúdo jurídico próprio, que se traduz por um dever objetivo de boa-fé, lealdade, segurança jurídica, honestidade, confiança, de estabilidade e de previsibilidade, evitando-se a surpresa, o ardid, a armadilha insidiosa.

É comum que as ideias de corrupção e de improbidade se confundam. A corrupção, todavia, é termo genérico, ambíguo, prestando-se antes e mais a conhecimentos sociológicos. A improbidade, enquanto categoria jurídica, traz mais definição ao direito, abrangendo não só enriquecimento ilícito, mas também a má-gestão danosa.

Probidade e moralidade estão intimamente conectadas por meio de uma relação de espécie-gênero. Improbidade administrativa seria, assim, a imoralidade qualificada pelo resultado. A (im)probidade é, assim, o núcleo mais denso da (i)moralidade administrativa.

A violação a princípios, quando grave (tal exigência, embora não prevista na Lei de Improbidade, faz parte do que aqui se defende), configura improbidade administrativa, ilícito pluriofensivo. Grave a violação, graves também as consequências: macula-se o interesse público, subvertendo-se o regime jurídico-administrativo, atinge-se o próprio ideal de democracia e os paradigmas de confiança e de legitimidade do Estado, fere-se o patrimônio público e o erário, infligindo-se danos morais e materiais ao Estado.

A definição renovada de improbidade administrativa implica também que o elemento subjetivo dos atos de improbidade por violação a princípios não pode ser somente o dolo, mas também a culpa, desde que grave, pois a improbidade é a *ultima ratio* do Direito Administrativo. Diante do princípio da eficiência, tal assertiva ganha ainda mais força, pois, como a ineficiência se mostra, em geral, pela omissão ou pela negligência (e negligência é culpa), exigir a comprovação do dolo prejudicaria a tutela do princípio e, afinal, esvaziaria seu conteúdo normativo e cogente.

O princípio da eficiência, em suas formas e conteúdos específicos, renova a interpretação da Lei de Improbidade. Por estar esse diploma legislativo repleto de conceitos jurídicos indeterminados, a função interpretativa daquele princípio ganha especial utilidade. A máxima de que a lei só pune o administrador desonesto (mas não o inábil) deve ser revista. Com grave efeito, a violação à eficiência tem potencial de causar todos aqueles danos inerentes à grave violação a princípios. Pune-se a gestão desastrosa¹⁷².

Ao modificar a interpretação da redação do inciso II do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o princípio da eficiência renova a ideia do “ato de ofício”,

¹⁷² Freitas (2009a, p. 10) anuncia que discricionariedade não se confunde com o “erro teratológico”.

conceito jurídico indeterminado, carreando consequências sobre atos vinculados e sobre atos discricionários. No primeiro caso, o agente, obrigado por lei a agir, deixa de realizar a medida devida – eis a improbidade. É a pura omissão. No segundo caso, implica obrigações cujo real entendimento exige maior refinamento exegético do intérprete-aplicador, ajustando a discricionariedade dos agentes público diante dos deveres de economicidade, utilidade e de celeridade. Aqui, o agente não é obrigado a tomar medida pré-determinada, mas, escolhendo concretizá-la, será obrigado a respeitar todos os postulados do princípio da eficiência, sob pena de incorrer em improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Francisca Mariza. Do Princípio da Moralidade Administrativa – um Enfoque Zetético: em Busca de uma Compreensão da Relação Consciência-Lei. **Revista Nomos**, Fortaleza, v. XIII/XIV, números 1/2 – jan./dez. 1994/1995.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. O Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 4, nov./dez. 2005 – jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-4-NOVEMBRO-2005-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 17/12/2012.
- ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**, ano 48, nº 3, set./dez. de 1997, Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Terceiros-Papers/97-Arag%C3%A3o,CVescovide48%283%29.pdf>>. Acesso em 21/12/2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade Administrativa e Violação de Princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9ª ed. Brasília: UNB, 1982.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BOSCO, Maria Goretti dal. **Responsabilidade do Agente Público por Ato de Improbidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12/2/2013.
- _____. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá

outras providências. Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 12/1/2013.

_____. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12/1/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 170.768-2** – SP. Recorrente: Wady Mucare e outros. Advogado: Antônio Tito Costa e Outro. Recorrido: Carlos Eduardo Mendonça Melluso. Advogado: Eduardo Márcio Campos Furtado. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 26 de março de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=218664>>. Acesso em 12/1/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 480.387** – SP (2002/0149825-2). Recorrente: Antônio de Lucca. Advogado: Nívea Rodrigues Sant'Anna Cerqueira Zampieri e Outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 16 de março de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1139585&sReg=200201498252&sData=20040524&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12/1/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 708.170** – MG (2004/0171187-2). Recorrente: Silésio Mendonça. Advogado: Valério Rodrigues Silva e Outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 6 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2128055&sReg=200401711872&sData=20051219&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12/1/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 717.375** – PR (2005/0009480-6). Recorrente: Arnaldo Verzolla e Outro. Advogado: Maria Lúcia Ferreira Reichenbach. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 25 de abril de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2378372&sReg=200500094806&sData=20060508&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12/1/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 880.662** – MG (2006/0170488-9). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: José Romualdo Fialho Cronemberger. Advogado: Joelcio Antônio Ferreira e Outro. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2909883&sReg=200601704889&sData=20070301&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 12/1/2013.

BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Eficiência: Um enfoque doutrinário multidisciplinar. **Revista do TCU**, Brasília, nº 87, jan./mar. de 2001, p. 39-

50. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055462.PDF>>. Acesso em 18/12/2012.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMARGO, Guilherme Bueno de. **Governança Republicana como Vetor para a Interpretação das Normas de Direito Financeiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 33-43; 99-119; 149-157. Disponível em: <www.google.com/url?q=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-19112010-080857/publico/Tese_doutorado_Guilherme_Bueno_de_Camargo.pdf&sa=U&ei=fAmKT_jmDomg8QTF3ZDNCQ&ved=0CAwQFjAE&client=internal-uds-cse&usg=AFQjCNHdtnau7eLQNggqzD9N_wL-SIuSaiA>. Acesso em 20/12/2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Medina, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 226, p. 231-241, out./dez. 2001.

CORREA, Leonardo Alves; LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. O Princípio da Eficiência: Interlocação entre a Gestão Pública Ampliada e o Novo Paradigma da Administração Pública Dialógica à Luz do Estado Democrático de Direito. XVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). **Anais do XVIII CONPEDI**. 2009, Maringá. ISBN: 978-85-7840-023-1. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/05_1689.pdf>. Acesso em 20/12/2012.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da Cunha. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DINIZ, Alécio Saraiva. **O Princípio Constitucional da Eficiência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2003.

DOMINGO, Manuel Luzón. **Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal**. Editorial Hispano-Europea: Barcelona, 1960.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cleanto Beltrão de. **Moralidade Pública e Improbidade Administrativa: Princiologia do Controle Político-Institucional dos Atos Administrativos no Pós-Constitucionalismo de 1988.** Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/Crato, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar.** São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O Controle da Moralidade na Constituição.** 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. A “corrupção” e a Improbidade: uma reflexão. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 253-260. ISBN 978-85-7700-175-0.

FONSECA, Antonio. O Princípio da Eficiência: impacto no direito público e improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.). **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FONTELLA, Cláudio Dutra. **Improbidade por Violação dos Princípios da Administração: uma abordagem sistemática do art. 11 da Lei n. 8.429/92.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1440>. Acesso em 4/1/2013.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.

FREITAS, Juarez. Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Direito Administrativo,** nº 204, abr./jun. 1996, p. 65-84.

_____. Princípio da Moralidade Administrativa. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 195-225. ISBN 978-85-7700-175-0.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** 4ª ed. refundida e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009a.

_____. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3ª ed. rev. e ampliada. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GASPARINI, Diógenes. Nepotismo Político. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 71-98. ISBN 978-85-7700-175-0.

GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.). **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. **O Princípio Constitucional da Eficiência na Administração Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2007, p. 79-106. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5285>. Acesso em 18/12/2012.

HARADA, Kiyoshi. **Administração Pública. Relação direta entre carga tributária elevada e mau administrador**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 23 Mar. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/3135>. Acesso em: 15 Jan. 2013.

LEAL, Fernando. Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do Dever Constitucional de Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro de 2008, Salvador, ISSN 1981-1861. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>>. Acesso em 17/12/2012.

LEITE, Rosimeire Ventura. O Princípio da Eficiência na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro : Renovar, n. 226, out./dez. 2001, p. 251-263.

LUZ, Ebe Pimentel Gomes. **O Princípio Constitucional da Eficiência na Administração Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005, p. 34-93.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **Os Direitos Fundamentais Sociais dos Servidores Públicos ante os Novos Paradigmas do Direito Administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Princípio da Moralidade Administrativa. . In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção,**

ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 305-334. ISBN 978-85-7700-175-0.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.** 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.

_____. **Direito Administrativo Moderno.** 7ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b.

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa:** comentários e anotações jurisprudenciais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, G.F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Sylvia Helena Nunes. **O Princípio Constitucional da Eficiência na Constituição Federal Brasileira de 1988.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará/Universidade Federal do Piauí, Fortaleza, 2004, p. 18-51; 88-128.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio da Eficiência. **Revista do Serviço Público**, ano 51, nº 2, Abr./Jun. 2000, p. 105-119. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PModesto2.pdf>. Acesso em: 17/12/2012.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo:** Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3ª ed. atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública no Estado Contemporâneo – Eficiência e Controle. **Revista de Informação Legislativa** – Senado Federal, Brasília, ano 30, nº 117, jan./mar. 1993, p. 23-56. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/176099/1/000475964.pdf>>. Acesso em: 17/12/2012.

_____. **Legitimidade e Discricionariedade:** Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Mutações do Direito Administrativo: Novas Considerações (Avaliação e Controle das Transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 2,

junho/julho/agosto de 2005, Salvador. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-2-JUNHO-2005-DIOGO%20FIGUEIREDO.pdf>>. Acesso em 18/12/2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Princípio da Eficiência: Dimensão Jurídico-Administrativa. **Novos Estudos Jurídicos**, nº 11, ano VI, p. 89-100, outubro/2000. ISSN Eletrônico 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1512/1207>>. Acesso em 17/12/2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta Oliveira. **Improbidade Administrativa e Sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública – corrupção – ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 4ª ed. revista. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

RAMOS, André de Carvalho. O Combate Internacional à Corrupção e a Lei da Improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.). **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994.

RODIÈRE, René. **La Responsabilité Civile**. Rousseau et Cie: Paris, 1952.

ROSS, Alf. **On Guilt, Responsibility and Punishment**. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1975.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Segunda Tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Probidade na Era dos Desencantos. Crise e Propostas de Restauração da Integridade Dogmática da Lei 8.429/92. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.). **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUSA, António Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SPITZCOZSKY, Celso. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Método, 2009.

TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 214, p. 27-34, out./dez., 1998.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**: ação de improbidade & controle principiológico. 1ª ed. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

WLOCH, Fabrício. **O Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública Brasileira e a Avaliação de Desempenho dos Seus Servidores**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2006, p. 5-16; 48-63.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade: algumas considerações. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 37-45. ISBN 978-85-7700-175-0.