

EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E O ESTADO DE DIREITO

ADMINISTRATIVE EFFICIENCY AND THE RULE OF LAW

EFICIENCIA ADMINISTRATIVA Y ESTADO DE DERECHO

Manoel Ilson Cordeiro Rocha*

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O Estado de Direito; 3 O Princípio da Limitação do Poder do Estado; 4 O Princípio da Legalidade; 5 O Princípio da Racionalização do Estado; 6 O Princípio da Proteção de Direitos Fundamentais; 7 O Princípio da Separação de Poderes; 8 Conclusão. Referências*

* Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; Professor de Direito na Faculdade de Direito de Franca (FDF), Universidade de Araraquara (UNIARA) e Fundação Educacional de Ituverava (FAFRAM). Franca (SP), Brasil.

RESUMO: A eficiência administrativa é um princípio da administração reconhecido em vários ordenamentos contemporâneos. No Brasil é explicitado no artigo 37 da Constituição, mas cabe investigar o grau de integração do princípio no Estado de Direito. Os princípios de direito devem coexistir com relativa harmonia, especialmente perante um princípio mais relevante como o do Estado de Direito. A eficiência administrativa, ao final dessa investigação, mostrou-se plenamente compatível, considerando a legalidade, o controle e a racionalização do Estado, a proteção dos direitos fundamentais e a separação de poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública; Eficiência administrativa; Estado de Direito; Princípios da administração.

ABSTRACT: Administrative efficiency is an administration principle recognized in several contemporary systems. In Brazil it is explicit in article 37 of the Constitution. But it is worth investigating the degree of integration of the principle in the rule of law. The principles of law must coexist with relative harmony, especially in the face of a more relevant principle such as the rule of law. Administrative efficiency, at the end of this investigation, proved to be fully compatible, considering the legality, control and rationalization of the State, the protection of fundamental rights and the separation of.

KEY WORDS: Administrative efficiency; Administration principles; Public administration; Rule of law.

RESUMEN: La eficiencia administrativa es un principio de administración reconocido en varios ordenamientos jurídicos contemporáneos. En Brasil está explícito en el artículo 37 de la Constitución. Pero vale la pena investigar el grado de integración del principio en el Estado de Derecho. Los principios de derecho deben convivir con relativa armonía, especialmente frente a un principio más relevante como es el estado de derecho. La eficiencia administrativa, al final de esta investigación, se mostró plenamente compatible, considerando la legalidad, el control y la racionalización del Estado, la protección de los derechos fundamentales y la separación de poderes.

Autor correspondente:

Manoel Ilson Cordeiro Rocha

E-mail: manoel.rocha@direitofranca.br

PALABRAS CLAVE: Administración pública; Eficiencia administrativa; Estado Directo; Principios de administración.

INTRODUÇÃO

A eficiência administrativa, como princípio da administração pública brasileira, expresso no artigo 37 da Constituição, deve integrar a administração com coerência com os demais princípios, mas especialmente deve integrar-se com o princípio básico do Estado de Direito, o que gera uma série de implicações sistêmicas. Pretende-se observar, por dedução, o grau de integração e coerência do princípio da eficiência administrativa com o princípio do Estado de Direito.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e de interpretação normativa do sistema administrativo público em seus princípios constitucionais, em especial os princípios da eficiência e do Estado de Direito. Tem por problema a compatibilidade desses princípios na sua integração sistêmica. São princípios eleitos pelo ordenamento brasileiro, relevantes no conjunto do regime jurídico da administração pública.

2 O ESTADO DE DIREITO

O Estado de Direito é fruto de uma construção histórica e multifacetada, amadurecida no conjunto de revoluções liberais e de inspiração iluminista ocorridas no ocaso do absolutismo e com profundas transformações no século XX e ainda na atualidade. Apesar da constante atualização, pode-se dizer ainda que o Estado de Direito é a face jurídica da revolução liberal.

Os revolucionários burgueses encontraram no iluminismo a formulação mais precisa para a revolução, a partir, exatamente, da racionalização do Estado. Mas o iluminismo vai além da revolução com o resgate da “razão”, após a medievalidade e seus dogmas:

Linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a razão como crítica e guia a todos os campos da experiência humana. [...]. O Iluminismo compreende três aspectos diferentes e conexos: 1º extensão da crítica a toda e qualquer crença e conhecimento, sem exceção; 2º realização de um conhecimento que, por estar aberto à crítica, inclua e organize os instrumentos para sua própria correção; 3º uso efetivo, em todos os campos, do conhecimento assim atingido, com o fim de melhorar a vida privada e social dos homens¹.

O Estado de Direito é a fórmula racional encontrada para superar o Estado-Polícia e o absolutismo. Os iluministas foram importantes com suas obras ao preconizarem a primazia da Constituição e da lei, a defesa dos direitos fundamentais e do individualismo, a igualdade perante a lei, a separação de poderes e a limitação do poder, a democracia, a juridicização da administração pública, entre outros postulados. O Estado de Direito ocorre na concatenação desses ideais, com a devida diferenciação entre os Estados (especialmente Inglaterra, Alemanha, França e Estados Unidos).

São importantes, na formulação original do Estado de Direito, as contribuições inglesa (de um “processo justo legalmente regulado”, da “proeminência das leis e costumes”, da “sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento” e “de igualdade de acesso aos tribunais”), americana (de “uma constituição onde se estabelecessem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites” e da associação da “juridicidade do poder à justificação do governo” e “dos tribunais que exercem a justiça em nome do povo”), francesa (o “Estado constitucional, com hierarquia de normas, seria radicalmente oposto ao Estado de Polícia” e do “princípio da primazia da lei”) e alemã (do “Estado de Direito como um Estado liberal de direito”, “limita-se à defesa da ordem e segurança públicas”, do “respeito de uma esfera de liberdade individual”)².

¹ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 534.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 93.

A Constituição, como norma geral superior, legitimada pelo princípio democrático, impõe que sua eficácia dependa da limitação aos órgãos estatais funcionais, no sentido de serem limitados pelo interesse público expresso pela vontade popular e de serem imunizados contra o abuso da arbitrariedade política. Como afirma Novais, é “a racionalização do Estado operada mediante uma limitação jurídica dirigida à eliminação do arbitrário e à proteção de uma esfera indisponível de autonomia individual”³. É essa a racionalidade que o Estado de Direito constitui, realizadora do interesse público expresso pela vontade geral democrática.

O projeto de autonomia e auto-regulação da vida económica e a exigência de ‘debate público’ das questões nacionais (ou seja, num certo sentido, as reivindicações específicas da *burguesia como classe* e da *burguesia como público*, identificadas e apresentadas como reivindicações da sociedade) convergiam, assim, num programa revolucionário de racionalização integral do Estado segundo os interesses da *sociedade*. Esta racionalização requerida essencialmente pelas necessidades de cálculo e segurança inerentes à produção capitalista, projecta-se na exigência de racionalização das funções do Estado e, em primeiro lugar, no controlo da administração; um Estado racionalizado será um Estado cuja actuação é previsível, em que a administração está limitada por regras gerais e abstractas, em que as esferas de autonomia dos cidadãos e a vida económica não estão à mercê de ingerências arbitrárias do Monarca, mas antes protegidas e salvaguardadas pelas decisões racionais da *sociedade esclarecida*, representada no órgão da vontade geral⁴.

Enfim, o Estado de Direito impõe a Constituição como instrumento de limitação do poder e atribui ao governante o exercício de função pública.

Num certo sentido, tudo aquilo que serve para limitar o Poder, retirando-lhe arbitrariedade e onipotência, se deve incluir no âmbito do princípio do Estado de Direito: o Estado de Direito configura-se como verdadeira cláusula geral que, assumindo uma natureza residual, alberga todo o tipo de limitações jurídicas ao Poder⁵.

Trata-se de um tipo especial de Constituição, forjada no debate iluminista, caracterizada pela proteção aos direitos fundamentais e pela separação de poderes. No calor das revoluções liberais clássicas, o estabelecimento do Estado de Direito pretendeu limitar o poder do Estado pela sua juridicização.

Não há fórmula mais sintética e profunda para exprimir aquilo que veio a ser chamado de Estado de Direito. Nela, dois valores se entrelaçam: justiça e segurança.

O primeiro é, no pensamento da época, inerente à própria ideia de lei. Somente é lei a norma justa, aquela que se funda no Direito, mas num Direito que emana da razão, da natureza, da divindade, jamais da mera vontade do legislador. Ou seja, um Direito justo.

O outro se manifesta na proibição do arbítrio, aliás, implícita na própria ideia de justiça. Esta, por meio da lei, traça pautas justas - normas - de conduta, tanto para o governante quanto para os governados. Aquele, em especial, ao dirigir a comunidade, não pode quebrá-las, mormente porque essas leis não provêm de sua vontade.

Desses dois valores combinados resulta o ideal: um governo que se exerça por regras fixas e conhecidas, obedecendo à justiça⁶.

³ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 39.

⁴ Ibidem, 1987. p. 33.

⁵ OTERO, Paulo. Direito Constitucional Português. Vol. I. Identidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2010. p. 85.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 175.

Foi um movimento político respaldado em formulações teóricas e ideológicas profundas, mas é claro que as formulações iluministas foram adaptadas pela espontaneidade e criatividade das classes revolucionárias e pelas engrenagens políticas de cada Estado em revolução que participaram da moldura do movimento e do seu respectivo conceito multifacetado.

Por outro lado, a eficiência administrativa significa o modo ótimo de agir na realização dos fins públicos. Mas a eficiência administrativa no sentido de condicionamento às finalidades públicas resulta em integração ao regime jurídico administrativo. A realização das finalidades públicas é atribuída aos agentes públicos como um dever, mais especificamente, como um poder-dever⁷. É o sentido de função pública, como exercício de atividade de interesse da coletividade. O dever de administrar com eficiência é uma decorrência natural do Estado de Direito, que não faculta ao administrador outra opção senão a ótima. A eficiência administrativa como um princípio da administração, conforme a legalidade e na realização do interesse público, é irrenunciável. O princípio da eficiência converte-se em dever do administrador. Os poderes administrativos existem para a realização de deveres correspondentes às finalidades públicas⁸.

A instrumentalidade inerente ao conceito de eficiência implica também um dever administrativo de natureza instrumental, um dever de conduta segundo o modo ótimo. Mas ao dever de eficiência administrativa há o correspondente direito. Um direito que é atribuído aos administrados. Um direito à boa administração e um direito a um modo ótimo de realização dos demais direitos. Assim, a definição de eficiência administrativa: o princípio e dever administrativo de realizar as finalidades públicas pelo modo ótimo e segundo o regime jurídico administrativo⁹.

É a partir desse conceito que é possível concluir que o princípio da eficiência é uma derivação da evolução do Estado de Direito.

O Estado de Direito exige uma burocracia eficiente. Mas para se assegurar a eficiência da burocracia é necessário, sobretudo, assegurar previamente a sua qualificação técnica, a sua motivação para o trabalho e a sua ética profissional, que está associada à isenção e imparcialidade a que todo burocrata está vinculado¹⁰.

Em tempos de constatação da emergência do princípio da eficiência no processo de racionalização do Estado, a imbricação com o Estado de Direito é uma realidade que se descortina. O princípio, enquanto administração otimizada, com a imposição de escolha administrativa pela melhor opção, deve ser uma decorrência natural da interpretação sistemática do Estado de Direito. Essa afirmação deriva da revisão dos princípios que o caracterizam.

3 O PRINCÍPIO DA LIMITAÇÃO DO PODER DO ESTADO

É a primeira ordem do Estado de Direito, pode-se até dizer que dele se derivam todos os seus demais princípios. A limitação ao poder é a outra face do controle recíproco entre os órgãos de poder, que se realiza no Estado de Direito. O controle é a manifestação necessária para a caracterização e concretização da limitação.

O poder político é sedutor e converge naturalmente para a sua concentração e, de regra, ao abuso. A hipótese do Estado racional e realizador da liberdade de seus súditos pressupõe a limitação ao poder. O único caminho para a limitação ao poder do Estado é a sua autolimitação.

Tudo o que for estatuído pelo Poder político, como norma jurídica, de acordo com a legalidade vigente, será Direito. E o poder político não é susceptível de outra limitação jurídica senão a proveniente das suas próprias leis às quais, uma vez impostas aos cidadãos, voluntariamente se

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁸ ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. O Controle Jurisdicional da Eficiência Administrativa: na perspectiva dos direitos português e brasileiro. Tese de doutoramento. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2015.

⁹ Idem.

¹⁰ SOUSA, António Francisco de. Por uma burocracia de Estado de Direito. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano IX - 2012. p. 69.

submete também: é a *teoria da autolimitação do poder político* que se deve, sobretudo, aos escritores alemães e foi especialmente desenvolvida e fundamentada por JELLINEK. O eminente publicista germânico assenta a sua demonstração de que o Estado fica eficazmente obrigado, por vontade própria, às leis que elabora, sobre três princípios fundamentais: a necessidade da 'confiança social', a suficiência da vinculação jurídica por declaração unilateral da vontade e o carácter jurídico do poder político e da soberania¹¹.

Quando se afirma que o Estado de Direito é a face jurídica da revolução liberal burguesa é porque se pretende antagonizar o absolutismo monárquico com um Estado de poder limitado. Com o propósito de limitar o poder é que se propôs: a separação de poderes; a submissão do Estado à Constituição; a legalidade; os princípios de garantia do Estado de Direito; o reconhecimento dos direitos fundamentais; a defesa do princípio da igualdade.

O Estado de Direito, *como limitação do poder do Estado*, encontra na eficiência administrativa mais um recurso potente, porque a eficiência é um modo específico e único de conduta, a condicionar a administração e a estabelecer uma única conduta devida, a conduta ótima.

Se a limitação ao Estado, especialmente sobre a administração, ocorre para garantir a vontade geral expressa na manifestação do parlamento, a definição de eficiência administrativa como conduta que corresponde ao dever legal da administração de realizar as finalidades públicas é exatamente equivalente ao propósito do Estado de Direito.

Na atualidade, diante da maior autonomia administrativa em razão da administração gerencial, e diante das aberturas que se verificam na legalidade, a observância da legalidade tornou-se um desafio maior. A eficiência administrativa é, pela sua qualidade de apontar a vinculação à opção ótima, um recurso próprio ao alcance dessa "nova" legalidade.

350 4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No Estado de Direito, a legalidade é o seu elemento conceitual e caracterizador, a ponto de tornar-se o seu emblema. A legalidade nos primórdios do Estado de Direito não é exatamente igual à legalidade nos mesmos Estados de Direito na atualidade, a legalidade contemporânea se distingue daquela proposta no seio das revoluções liberais porque amplia o seu sentido, a entender por legalidade a sujeição ao sistema normativo jurídico. Essa abertura do princípio foi necessária para conter o seu *esvaziamento*, por conta de uma normatividade jurídica contemporânea mais complexa, mais distribuída entre os órgãos do Estado e mais sujeita à abertura do texto normativo em conceitos jurídicos indeterminados, em discricionariedade administrativa, em normas em branco etc.

Para uma concepção nuclear para o princípio, apontemos: significa a observância aos ditames da *norma jurídica*, o que se traduz nas seguintes implicações:

- a) A legalidade se traduz numa *supremacia da norma jurídica*, que lhe confere um *status* de inviolabilidade e de conduta obrigatória, aplicável a todos indistintamente;
- b) Não basta a supremacia da norma jurídica, é preciso que ela alcance amplamente as condutas, especialmente da administração;
- c) A lei é um postulado *geral e abstrato*. O carácter de generalidade e abstração da lei é fundamental para compreender a relevância que ela assumiu no Estado de Direito. Essas características conferem *impessoalidade* à lei, e, conseqüentemente, impedem a conduta estatal discriminatória;
- d) A *legalidade* é a *antinomia à arbitrariedade*. É o mais importante limite ao poder do Estado, porque o titular do poder político *tende* ao abuso, animado com as *vaidades* que lhe são proporcionadas;

¹¹ CAETANO, M. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Tombo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 300.

- e) O *princípio da legalidade* tem duas faces: é válido tanto para o Estado, especialmente para a administração, quanto para o indivíduo, mas em perspectivas distintas: o princípio alcança o indivíduo como *obrigação negativa* de não fazer o que a lei proíbe. Quando a legalidade se destina ao indivíduo é para delimitar o âmbito de sua liberdade. Legalidade e liberdade se relacionam em complementaridade no Estado de Direito, pois a lei é o limite necessário para que a liberdade de um acabe quando se inicia a liberdade do outro;
- f) Para além de limitar o poder do Estado, a lei no Estado de Direito liberal é a expressão da *vontade geral*. A *vontade geral*, segundo Rousseau, é a vontade do povo produzida no sistema democrático¹²;
- g) Entretanto, a democracia liberal só foi possível por meio da representação popular, e o parlamento é o órgão que assume, ao tempo da revolução liberal, a função de expressar, por meio do mandato político, essa vontade. A lei foi e ainda é, em certa medida, a expressão da *vontade soberana do parlamento*;
- h) A legalidade implica o estabelecimento de uma *ordem hierárquica* entre as normas estatais. Primeiro porque o princípio da legalidade significa a prevalência da lei na ordem política e administrativa e, segundo, a uma complexidade normativa distribuída desde o ato administrativo normativo até o princípio constitucional. A lei prevalece sobre a norma administrativa de produção administrativa.

É com base nessa noção de legalidade que encontramos fundamentos para o princípio da eficiência. A *legalidade administrativa* é o princípio do Estado de Direito que melhor identifica a derivação da eficiência administrativa.

O princípio da eficiência da administração ergue-se a princípio constitutivo do princípio da legalidade desde que isso não signifique preterição das dimensões garantísticas básicas de um Estado de direitos. Estas garantias ficariam, por exemplo, comprometidas se as tarefas atribuídas à administração se transformassem em 'cheque em branco' a uma burocracia ou tecnocracia sem transparência democrática (cfr. art. 267º/1/2) e isentas de quaisquer mecanismos de controlo de natureza política ou jurisdicional¹³.

351

A legalidade administrativa não admite a arbitrariedade (a escolha administrativa sem correspondência à vontade soberana do legislador). A vontade soberana do legislador, expressão legítima e democrática da vontade geral, pressupõe que seja a melhor escolha (a escolha eficiente) para a conduta administrativa. A lei é, a princípio, a escolha eficiente. Esse é o ponto de partida para que a eficiência administrativa seja imanente do Estado de Direito.

Mas não é possível chegar a um determinado resultado, na conduta administrativa, melhor do que o prescrito em lei? A resposta é a seguinte: o juízo de eficiência é uma apreciação da condição ótima (numa grandeza) conforme uma qualidade da coisa (objeto da conduta administrativa). A condição ótima é subjetiva, pois é uma condição ideal segundo o que é desejado. O que é ótimo numa perspectiva não é, necessariamente, ótimo em outra. A definição da perspectiva que indicará a condição ótima é uma eleição, ou melhor, um juízo valorativo, realizado por quem tem legitimidade para tanto, no caso, o legislador. Somente quando o legislador deixa uma abertura na lei é que há a hipótese de um juízo de eficiência com a aplicação de uma grandeza sobre uma qualidade (para exatamente interpretar a eleição do legislador naquela norma). Portanto, a princípio, qualquer apreciação que conclua ser determinada opção melhor do que a opção legal não será a ótima na perspectiva desejada para o ordenamento. É possível dizer que legalidade e eficiência se confrontem, quando não se tem a perspectiva da eficiência como resultante do Estado de Direito, nem a perspectiva da eficiência na realização dos fins públicos delimitados na lei, o que seria um equívoco.

¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Princípios do direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 729.

Cazetta (2009)¹⁴ afirma que a administração, de um lado, não pode se prender a um excessivo condicionamento normativo, de outro, ao mesmo tempo, não pode atuar puramente pela lógica do resultado. Deve atuar ponderadamente entre os princípios.

Por outro lado, a lei nem sempre conta com a objetividade suficiente para a demanda moderna da administração. Por isso a lei contém lacunas, que oferecem margens de discricionariedade e, outras vezes, a lei é expressa por conceitos que dependem de densificação. O juízo de eficiência é um processo de densificação do conteúdo legal. É a identificação do sentido da lei em determinadas situações em que ele não está claro. É a melhor identificação da *tensa fronteira* entre a legalidade estrita e discricionariedade administrativa. Onde há legalidade estrita e vinculação administrativa também há vinculação à eficiência administrativa, mas em objetiva coincidência com a prescrição legal, sem necessidade prática de controle jurisdicional da eficiência administrativa. Onde há discricionariedade administrativa também há escolha do legislador de um conteúdo eficiente de conduta administrativa e há um juízo de eficiência administrativa, mas reservado ao administrador, pela faculdade conferida pelo legislador. Genericamente, esses são os dois campos da conduta administrativa segundo a legalidade. Mas não se pode reduzir a boa administração ao cumprimento da legalidade formal ou à abstração genérica do administrador na sua discricionariedade, a boa administração vai além e atinge campos fronteirizos da vinculação e da discricionariedade, para ali exigir um juízo de otimização¹⁵.

O juízo de eficiência administrativa se situa na legalidade vinculativa, numa margem interna que possui uma aparente indeterminação e/ou discricionariedade. É aparente porque, na verdade, depende apenas de um juízo mais acurado. Depende de uma técnica de interpretação, desde que seja fiel aos princípios do Estado de Direito e da administração pública, que corresponda ao seu regime jurídico (ou seja, especialmente, que não transfira uma discricionariedade do administrador para uma discricionariedade do juiz).

352

É exatamente isso o que não ocorre no juízo de eficiência. A complexidade das normas administrativas na atualidade leva o intérprete a sacrifícios maiores. Ele precisa ousar e perseguir a verdade da lei. A lei para o administrador possui uma necessidade sistêmica de vinculação. É assim que a interpretação da norma de alcance administrativo deve ser sistêmica, em conjunção de regras e princípios, e é assim também que normas extrajurídicas são úteis à vinculação da conduta administrativa.

Conforme a definição de eficiência administrativa, a conduta eficiente é aquela que realiza as finalidades públicas que delineiam a função administrativa, segundo o regime jurídico administrativo (em consonância com os princípios da administração). O juízo de eficiência depende de um parâmetro, pois uma conduta não é simplesmente eficiente, a eficiência ocorre de acordo com uma finalidade, que exclui, em tese, outros parâmetros. A finalidade da eficiência administrativa só é a finalidade normatizada. É nesse sentido também que a eficiência administrativa é um complemento à legalidade.

A legalidade administrativa também é caracterizada pela sua generalidade e abstração. A densificação da norma pelo intérprete, diante do caso concreto, é um exercício que demanda *recursos instrumentais interpretativos*. O juízo de eficiência administrativa, conquanto seja legítimo diante do *regime jurídico administrativo*, é um recurso instrumental interpretativo. O momento de concretização da norma, ou seja, a sua passagem da abstração do sistema normativo para a concretude da vida, não goza de uma *arbitrariedade* do juiz; há, como estamos a tratar, recursos de interpretação. O juízo de eficiência administrativa, com um destino específico para a interpretação das normas de alcance administrativo, soma-se ao exercício de interpretação não somente porque é uma implicação da legalidade administrativa, mas porque também contribui na densificação da norma.

Reiterando, a lei, no Estado de Direito, é a expressão da vontade geral democrática. Essa vontade geral é, muitas vezes, interpretada como o *interesse público*. Mas o interesse público não é somente o correspondente às

¹⁴ CAZETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

¹⁵ ANDREANI, Antonio. *Il Principio Costituzionale di Buon Andamento DELLA PUBBLICA Amministrazione*. Pádova: CEDAM, 1979.

eleições das opções, realizado pelo legislador, soberano porta-voz da vontade geral. O interesse público é a prevalência, de regra, do interesse coletivo sobre o interesse privado. É uma decorrência republicana. A eficiência administrativa é inteiramente de interesse público porque protege a coletividade na gestão da coisa pública. É a opção, a princípio, que é desejada pela coletividade e pela vontade geral democrática porque, quando não é expressa pelo legislador, é interpretada, segundo um juízo objetivo, por um critério que confere, ao fim, por princípio, o resultado mais benéfico para essa coletividade. Ninguém quer para si o pior; pelo contrário, por princípio, deseja-se o melhor, o ótimo.

A supremacia da lei implica a necessidade de perseguir o seu exato sentido. O mero reconhecimento da eficiência como um princípio administrativo é insuficiente para o objetivo de alcançar a plenitude da lei, é preciso delinear o que é a conduta eficiente da administração, pois, senão, teremos um subemprego da legalidade.

5 O PRINCÍPIO DA RACIONALIZAÇÃO DO ESTADO

Coube a Kant, cronologicamente um dos últimos grandes iluministas, o emprego do termo *racionalismo* para identificar a sua filosofia metafísica, o que também correspondeu à corrente filosófica da metafísica moderna. Este é o sentido mais específico de *racionalismo*, que, em sentido amplo, significa o emprego da razão como fundamento filosófico¹⁶. No Estado de Direito os dois sentidos se encontram, por conta da influência dos filósofos racionalistas, e por conta da *crença na razão* como fundamento para a vida em sociedade, a formar o pensamento revolucionário liberal.

Esta passagem do estado de natureza para o estado civil produz no homem uma mudança muito marcante, substituindo, em sua conduta, o instinto de justiça, e dando-lhe às ações a moralidade que lhes faltava antes. É só então que a voz do dever, sucedendo ao impulso físico e ao direito ao apetite, faz o homem, que até então não tinha olhado senão para si mesmo, ver-se forçado a agir por outros princípios, e consultar a razão antes de escutar as suas inclinações. Embora se prive, nesse estado, de várias vantagens, que lhe provêm da natureza, ele as ganha tão grandes, suas faculdades se exercem e se desenvolvem, as ideias se alargam, os sentimentos enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto que, se os abusos desta nova condição não o degradarem, muitas vezes, abaixo da que saiu, deveria bendizer, sem cessar, o feliz instante que dela o arrancou para sempre, e que, de um animal estúpido e limitado, fez dele um ser inteligente e um homem¹⁷.

Para Kant, o Estado se legitima pela realização da liberdade por meio das leis. Em outras palavras, o Estado de Direito é o Estado em que prevalece o princípio da legalidade, mas é a legalidade que promove a liberdade, único direito inato do homem. São as leis, com a sua natureza de generalidade, que permitem a convivência pacífica da liberdade de um com a liberdade do outro (com os limites das liberdades definidos pela vontade geral democrática). O direito é vazio de conteúdo quando não se funda na liberdade e na razão¹⁸.

Quando não existe liberdade nem lei moral nela fundada, mas tudo o que acontece ou pode acontecer é simples mecanismo da natureza, então a política (enquanto arte de utilizar para o governo dos homens) constitui toda a sabedoria prática, e o conceito de direito é um pensamento sem conteúdo. Se, porém, se considerar inevitavelmente necessário associar tal pensamento à política, e mais ainda elevá-lo à condição limitante da última, deverá então admitir-se a possibilidade de unir as duas¹⁹.

¹⁶ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 822.

¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Princípios do direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 47.

¹⁸ KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Bauru: Edipro, 2003. p. 77.

¹⁹ KANT, Immanuel. A Paz Perpétua. Um projeto filosófico. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008, p. 36.

A *racionalização* é o percurso para a legitimação do poder. Ela permite concluir que a origem popular do poder produz a paz social necessária. Permite identificar também a expressão do povo como vontade geral pela representatividade parlamentar. Indica ainda a necessidade de limitação do poder e fornece o modelo, bastante criativo, de separação de poderes para possibilitar uma autolimitação do poder. Por fim, permite a identificação fundamentada de direitos do homem, a fechar o sistema que é o Estado de Direito.

À justificação patrimonial ou religiosa do poder, traduzida no governo da vontade discricionária do Príncipe, as Revoluções liberais opunham agora o governo da Razão, a soberania da vontade geral expressa no Parlamento através de normas gerais e abstratas, o '*government of law, not of men*', ou seja, a racionalização do Estado em função da garantia dos direitos fundamentais do homem²⁰.

O Estado de Direito é uma racionalização do Estado, em sentido amplo, de modo de organização social-política fundado na *razão*. Em que pese a generalização que esse último emprego possui, a *racionalização* é uma expressão também da administração moderna, com o sentido de adotar comportamentos lógicos e adequados aos seus fins.

Se o Estado de Direito, repetimos, é a face jurídica da revolução liberal, a mesma fonte de inspiração dos revolucionários, genericamente, em seu acesso ao poder, é a fonte daqueles que idealizaram as transformações que ocorreram e que redundaram neste Estado: a *razão*. A evidência atual da eficiência administrativa é também como um grau a mais de racionalização e como uma evolução natural, própria do Estado de Direito.

Os princípios do Estado de Direito são, sobretudo, racionalidades (legalidade; igualdade perante a lei; separação de poderes; vinculação às normas fundamentais; cumprimento de obrigações positivas na realização dos direitos fundamentais; juridicidade; exercício de função pública e submissão à hierarquia das normas). Esses princípios formam um conjunto coeso. A exigência de eficiência administrativa, como dever da administração para o seu modo operativo, lhe impõe também uma adequação de conduta, própria de um processo de racionalização.

É preciso lembrar que o ideal de eficiência não aparece somente por conta da crise do Estado, mais especificamente, uma crise do Estado Providência, estando presente desde a fundação do Estado moderno, quando se incorporou à esfera pública a noção iluminista de racionalização.²¹

A eficiência administrativa é lógica do ponto de vista da gestão dos recursos públicos, pois significa a sua maximização; lógica do ponto de vista ético, para o uso a quem lhe é de direito (o cidadão e administrado), sem arbitrariedade do gestor e conforme o uso mais útil; lógica do ponto de vista da teoria do Estado de Direito, uma vez que contribui para a limitação do poder, para a plena legalidade, para a justiça da igualdade perante a lei e para a adequação da conduta administrativa ao exercício de uma função pública.

A racionalização propiciada pela adoção da eficiência administrativa é mais do que a maximização dos resultados, é também a realização do interesse público. O interesse público, que é o bem da coletividade expresso pelo legislador na democracia, exige a máxima legalidade, pela execução eficiente da lei. No mesmo sentido, quando se define eficiência administrativa como a conduta ótima na realização das finalidades públicas, aquelas que a lei transporta, há uma total consonância da eficiência administrativa com a racionalização do Estado pretendida pelo Estado de Direito, porque ela é apenas a realização ótima da lei e do Estado de Direito.

²⁰ NOVAIS, J. R. Contributo Para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 36.

²¹ GABARDO, E. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. São Paulo: Dialética, 2002. p. 19.

Outra questão é a consonância da eficiência administrativa com o regime jurídico administrativo. Este, ao eleger, com prevalência, o princípio da legalidade, não poderia esperar, na conduta administrativa, nenhuma outra senão a ótima. Qualquer outra conduta deve ser desprezada, se há a possibilidade de distingui-las.

6 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado de Direito, produto do racionalismo liberal iluminista, pressupõe a limitação ao poder do Estado pela lei para garantir *direitos fundamentais ao indivíduo*. São direitos também limitadores do poder, institucionalmente reconhecidos na Constituição como parte estrutural sua, e legitimadores da respectiva ordem pública.

Os *direitos fundamentais* (os direitos humanos constitucionalmente positivados) correspondem a conceitos históricos representados em cada época conforme o respectivo conjunto de fundamentos do Estado e do direito. “Os direitos humanos seriam fruto de momentos históricos diferentes e a sua própria diversidade já aponta para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos em todos os tempos”.²²

Na atualidade o conjunto desses direitos compõe um universo multifacetado, distinto pelo processo evolutivo, em gerações que protagonizaram movimentos políticos com fundamentos revolucionários e que marcaram o seu tempo com a conquista de determinadas parcelas dos direitos; distinto pelas ideologias que inspiraram os respectivos movimentos políticos, do liberalismo ao Estado social, e que distinguem as parcelas dos direitos em sua natureza; distinto pela natureza dos direitos em cada geração (direitos individuais, coletivos e difusos), enquanto direitos que, respectivamente, protegem o homem enquanto ser humano único e protagonista da sociedade; enquanto ser humano parte de um coletivo que desenvolve interesses comuns carentes de proteção institucional; enquanto ser humano parte de uma sociedade complexa que depende de uma harmonia e de uma proteção para questões da humanidade como um todo.

Essa evolução ampliou positivamente a perspectiva dos direitos do homem e integra o Estado de Direito na sua compreensão atualizada. Ela mostra o dinamismo que o reconhecimento dos direitos do homem assumiu na modernidade, a vislumbrar outras conquistas. Mas é na concepção liberal dos direitos que identificamos o *lugar* que eles ocupam no Estado de Direito. Ali os direitos do homem passaram a integrar o Estado como parte essencial.

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder. São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos²³.

Portanto, enquanto princípio do Estado de Direito, a proteção dos direitos do homem tem uma matriz iluminista e liberal. Compreender a proteção dos direitos do homem é, inevitavelmente, compreender a revolução liberal burguesa. Mesmo que a defesa dos direitos do homem corresponda *logicamente* a um ideário iluminista que se sustenta até a atualidade, enquanto conjunto de liberdades fundamentais que limitam o poder do Estado e que existem como decorrência de um *pacto social* em sua virtude de se legitimar pela vontade geral e pelo que é útil ao povo, é na *exclusão política* da burguesia no *antigo regime* e no contexto de disputa pelo poder no ocaso desse

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 139.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIAIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 272.

regime que se encontra e se explica, concretamente, a “*adesão burguesa à causa*”: “A falta de liberdade política da burguesia constituirá um dos incentivos principais a favor da luta pelos direitos do homem”²⁴.

O antagonismo burguês ao *antigo regime* pelo Estado de Direito e, em essência, pela limitação ao poder do Estado, especialmente pela separação de poderes, completa-se com a proteção aos direitos do homem, em especial aqueles direitos que serviam à burguesia em sua pretensão emancipatória: a participação política; a proteção da propriedade privada; as liberdades individuais, em especial, a liberdade de iniciativa; a igualdade perante a lei.

Desde o século XVIII que a Europa Continental tem sido fortemente influenciada pela ideia francesa de que uma sociedade só tem uma Constituição se garantir os direitos e consagrar a separação de poderes. Trata-se de uma visão jurídica meramente formal do conceito de Constituição, amputada da dimensão material que não esgota a normatividade constitucional num texto escrito, esquecendo a experiência britânica, cronologicamente anterior, desde o início do século XIII centrada na relação entre os direitos e a limitação do poder²⁵.

O Estado de Direito é o Estado pelo governo das leis, mas não são quaisquer leis, são aquelas que realizam um Estado legítimo. A legitimidade do poder do Estado, no Estado de Direito, se funda num corpo de leis que garantem os direitos do homem. As considerações acima permitem identificar as seguintes características para os direitos fundamentais em seu nascedouro, quando representaram conquistas fundamentais para um Estado de Direito num Estado liberal clássico:

- a) enquanto produto da revolução liberal, são *direitos historicamente constituídos e reconhecidos*;
- b) enquanto parte fundamental do Estado, são *direitos materialmente constitucionais*;
- c) enquanto direitos materialmente constitucionais, são *vinculativos aos poderes públicos*;
- d) enquanto direitos materialmente constitucionais, são de *aplicabilidade imediata*;
- e) enquanto direitos inatos e caracterizadores da natureza humana, são *inalienáveis*;
- f) enquanto direitos inatos e caracterizadores da natureza humana, são *indisponíveis*;
- g) enquanto direitos individuais e de proteção contra o abuso do Estado, os quais exigem uma abstenção deste, são *direitos de face negativa*.

O princípio da eficiência administrativa tem a natureza das garantias fundamentais, como princípio instrumental para a limitação do poder. As garantias fundamentais possibilitam a concretude dos direitos, mas, no ordenamento, o reconhecimento dos direitos fundamentais também são limitações. Direitos e garantias são limitadores do poder, e essa é a natureza da eficiência administrativa.

O juízo de eficiência administrativa em sede de controle jurisdicional é a efetivação da função jurisdicional na perspectiva da separação de poderes, a limitar o poder do Estado na administração. O caráter instrumental do juízo de eficiência corresponde à natureza de garantia, como subprincípio da legalidade e garantia do próprio Estado de Direito.

7 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A separação de poderes, pilar do Estado de Direito, é uma divisão do poder em órgãos com predefinição legal das funções públicas no entrelaçado mecanismo de freios e contrapesos. Serve especialmente para submeter (também como uma forma de limitação) a administração e o judiciário à soberania do parlamento, como expressão

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 384.

²⁵ OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007. p. 57.

da vontade geral, e a submeter (também como outra forma de limitação) a administração e os agentes políticos à interpretação jurisdicional, com a devida independência dos tribunais. Ocorre para a proteção e o controle recíproco entre os poderes constitucionais e, em consequência, é um fundamento constitucional para o controle jurisdicional da administração. O instituto evoluiu da separação pura para um instrumento complexo de vigilância recíproca contra o abuso de poder.

O Direito não pode reinar sem o apoio do Poder e quando uma regra de direito se impõe a algum poder é porque outro poder a escora. A grande utilidade da separação de poderes estaria em, graças a ela, haver sempre um poder 'emboscado' por detrás de toda a regra de direito destinada a moderar outro poder²⁶.

A teoria da separação de poderes origina-se na complexa construção iluminista para a formatação e para a justificação do Estado de Direito. O seu fundamento é duplo, como lados de uma mesma moeda: (I) a necessidade de limitar o poder, o que ocorre com a sua divisão e com a atribuição de funções próprias e distintas a cada poder dividido, entre elas a fiscalização recíproca; (II) e a necessidade de proteger o poder nas parcelas limitadas contra as ingerências concentradoras recíprocas e ilegítimas.

Os três poderes no Estado, em primeiro lugar, se coordenam (*potestates coordinatae*) entre si como uma multiplicidade de pessoas morais, ou seja, cada uma complementa as outras para completar a constituição do Estado (*complementum ad sufficientiam*); todavia, em segundo lugar, também se subordinam (*subordinatae*) entre si, de maneira que um deles, ao assistir a um outro, fica impossibilitado também de usurpar sua função; em lugar disso, cada um possui seu próprio princípio, isto é, realmente comanda na sua qualidade de pessoa particular, porém ainda sob a condição da vontade de um superior; em terceiro lugar, através da associação de ambas cada súdito recebe a sua porção de direitos. Poder-se-ia dizer desses poderes, considerados em sua dignidade, que a vontade do legislador (*legislatoris*) relativamente ao que é expressamente meu ou teu à prova de censura (irrepreensível); que o poder executivo do chefe supremo (*summi rectoris*) é irresistível e que a sentença do sumo juiz (*supremi iudicis*) é irreversível (inapelável)²⁷.

Apesar de controverso, o princípio tem a magnitude de limitar o poder pela sua divisão, limita-o também ao impor uma fiscalização recíproca e tem a precaução de limitar também o controlador, diante do resguardo das competências legais de cada um.

A separação de poderes, nas Constituições atuais, implica independência e colaboração. Hoje ela é reconhecida em sua dupla dimensão: negativa, de limite ao poder; e positiva, de distribuição funcional e constitucional com atribuição de responsabilidade.

Na conjugação entre a separação e a interdependência dos poderes, segundo um modelo de cooperação mútua e equilíbrio entre as diversas estruturas decisórias, à luz de freios e contrapesos reveladores de um equilíbrio entre os poderes de decidir e de controlo da decisão, reside a chave de um 'governo moderado' que é a fonte da liberdade²⁸.

Houve uma evolução da sua dimensão negativa para a positiva, refletindo as transformações que o Estado de Direito sofreu na distribuição de suas funções entre os seus órgãos.

²⁶ CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Tombo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 283.

²⁷ KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Bauru: Edipro, 2003. p. 158.

²⁸ OTERO, Paulo. Direito Constitucional Português. vol. I. Identidade Constitucional. Coimbra: Almedina, 2010. p. 15.

A separação de poderes implica um complexo de interdependência entre órgãos que confere competências privativas ao mesmo tempo em que atribui ao judiciário a averiguação da exorbitância de competência. Os órgãos de poder estão protegidos na sua atribuição regular de função. Mas também há funções nos órgãos para o controle sobre os outros na averiguação de atos exorbitantes²⁹.

A colaboração entre órgãos políticos no processo legislativo, a prerrogativa de composição dos tribunais superiores pelos demais órgãos de poder, o controle jurisdicional dos atos administrativos e legislativos, a atividade administrativa nos tribunais etc., são exemplos da interdependência na separação de poderes. Mas são todos por previsão normativa, afora as hipóteses legais, reina a proteção de um poder contra o abuso dos demais. Existem, portanto, exceções que, nos limites da lei, permitem a colaboração e o controle entre os poderes. As exceções são logicamente necessárias e delimitadas pelo legislador com a experiência democrática.

Mas é importante que a Constituição garanta um núcleo essencial de aderência e afinidade entre a função e o órgão. Difícil é estabelecer hoje uma fronteira precisa para esse núcleo, e aí se encontra a qualidade de uma separação de poderes de um determinado Estado.

Enfim, a separação de poderes, hoje, significa a independência dos órgãos políticos no exercício de suas atribuições legítimas, sem que isso represente uma invulnerabilidade, porque a contraface equivalente dessa independência é o controle sobre a exorbitância, exercido reciprocamente entre os órgãos. Também podemos concluir que a separação de poderes atual significa um sistema de controles entre os poderes.

A distribuição constitucional das funções dos órgãos de poder especifica as formas e instrumentos de controle externo sobre a administração pública. O controle é função primária do Estado no Estado de Direito, como uma função transversal e recíproca entre os órgãos de poder.

358 Um controle jurisdicional da eficiência administrativa é um controle externo e de legalidade. Externo na relação entre os poderes constitucionais e de legalidade como uma função própria do poder jurisdicional nessa relação entre poderes. Portanto, é um controle que se funda e se legitima na separação de poderes. A fiscalização da eficiência administrativa pelo controle externo jurisdicional garante a execução do interesse público.

Quando ocorrer o controle jurisdicional de eficiência, para a sua legitimidade, tem que se constatar que o juiz não esteja assumindo condutas próprias do administrador, especialmente em sede de liberdade discricionária. A definição do campo de discricionariedade administrativa é crucial para delimitar o controle jurisdicional legítimo da eficiência administrativa.

O controlo do mérito da gestão não colide com o princípio da separação de poderes. Pelo contrário, ele robustece o controlo político e o controlo social, sem sacrificar a necessária margem de discricionariedade da atuação administrativa, contribuindo para um maior equilíbrio de poderes e para um reforço da credibilidade das instituições democráticas. Os executivos são mandatados para gerir *bem* os dinheiros públicos em nome do povo, pelo que os gestores públicos estão vinculados ao dever de *boa gestão*, atendendo a critérios técnicos (objetivos). Daqui decorre que o mérito da gestão pública deve ser permanentemente avaliado por um órgão externo, independente e tecnicamente habilitado para o efeito³⁰.

Sempre que a administração agir dentro da juridicidade, não há que se falar em *controle de eficiência*. Sempre que ocorrer exorbitância legal, cabe ao judiciário o controle. Essa regra básica do controle jurisdicional da administração tem fundamento, portanto, na separação de poderes. Se a eficiência administrativa é coincidente com a legalidade administrativa isso só confirma a legitimidade do controle jurisdicional de eficiência administrativa perante a separação de poderes. A questão da exata margem da legalidade é que mantém um desafio para o sistema.

²⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ediciones Ariel, 1982.

³⁰ COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 212.

O fundamento do controle jurisdicional da eficiência administrativa é, em princípio, o mesmo fundamento do controle jurisdicional da administração. A administração é sujeita a controle externo com fundamento na reserva de jurisdição que atribui ao poder judiciário, no Estado de Direito, a atividade de dizer o direito, como decorrência da relação entre os poderes.

O controle jurisdicional alcança o administrador na verificação dos seus deveres legais, entre eles o dever de boa administração. O Poder Judiciário realiza o controle da eficiência administrativa desde que o faça como medida de atuação jurisdicional. Isso significa que, de um lado, o juízo de eficiência administrativa é um juízo delimitado legalmente, correspondente a uma única resposta possível e plausível de realizar-se em sede de controle jurisdicional. De outro lado, o juízo de eficiência em sede de controle jurisdicional ocorre somente mediante juiz competente e provocação no exercício de função indeclinável.

Mais do que um princípio da administração e um princípio que impõe um dever à administração, a eficiência administrativa é, em determinadas situações, uma conduta sindicável e vinculada. Essa constatação, somada à indeclinável função de controle dos órgãos jurisdicionais sobre a administração, resulta na afirmação de que o controle jurisdicional da eficiência administrativa, nos limites da atividade jurisdicional, é uma função (dever funcional) dos órgãos de controle.

8 CONCLUSÃO

A eficiência administrativa como princípio e dever administrativo de realizar as finalidades públicas pelo modo ótimo e segundo o regime jurídico administrativo implica uma integração sistêmica do Estado de Direito, umas vezes compatíveis, outras consequentes dos seus subprincípios da legalidade, do controle e da racionalização do Estado, da proteção dos direitos fundamentais e da separação de poderes. Ao confrontar os fundamentos desses princípios com a eficiência administrativa, o resultado confirmou a hipótese aventada.

A vontade soberana do legislador, expressão legítima e democrática da vontade geral, pressupõe que seja a melhor escolha (a escolha eficiente) para a conduta administrativa. A lei é, a princípio, a escolha eficiente. O juízo de eficiência é um processo de densificação do conteúdo legal. É a identificação do sentido da lei em determinadas situações em que ele não está claro. É a melhor identificação da tensa fronteira entre a legalidade estrita e discricionariedade administrativa. A eficiência administrativa é um recurso instrumental interpretativo da legalidade.

O controle é uma relação de poder para fiscalização e aprovação dos atos do controlado. No Estado de Direito é uma função transversal recíproca entre os órgãos de poder. É também, enquanto Estado, um autocontrole, concretizado pelo sistema da separação de poderes. O poder controlado é o poder delimitado, o que ocorre pela previsão legal das atribuições funcionais. A partir da distribuição funcional é que ocorre a relação entre controlador e controlado, especialmente o controle jurisdicional. O controle jurisdicional sobre a administração foi e continua sendo um desafio constante para o Estado de Direito. É um controle de legalidade e a legalidade nas condições atuais da administração é bastante complexa. Entretanto, a eficiência administrativa é um instrumento útil, potente e passível de controle no Estado. Pode ocorrer em sede de controle hierárquico, mas também em controle jurisdicional, nos limites da legalidade e da separação de poderes.

Esse controle, ao observar a separação de poderes, impõe que a decisão do juiz não possa substituir a função do administrador. Não pode ferir as competências legais da administração e deve ocorrer no campo da jurisdição. Daí porque o controle de eficiência não alcança a discricionariedade administrativa, mas é possível no campo de vinculação tanto pelo estrito cumprimento da legalidade objetiva quanto na vinculação decorrente da interpretação das normas em branco e das normas de conteúdo indeterminado. A exigência de eficiência administrativa é sobre toda a conduta administrativa, mas o controle jurisdicional é somente sobre a legalidade vinculada. É um controle legítimo porque é um controle de juridicidade: primeiro pelo reconhecimento da eficiência como um princípio constitucional

da administração pública, segundo porque a eficiência administrativa sindicável faz parte da indeterminação dos conceitos na margem de determinação e, como tal, também não se confunde com a discricionariedade administrativa. Eficiência e legalidade se complementam no exercício do controle. O alcance do controle jurisdicional da eficiência administrativa ocorre como decorrência de sua legalidade em hipóteses de vinculação ao princípio.

A racionalização imposta no Estado de Direito é um processo dinâmico e contínuo que resultou no reconhecimento do princípio da eficiência, com o sentido de adotar comportamentos lógicos e adequados aos seus fins. A eficiência administrativa, como dever da administração de escolha ótima para os seus fins, de maximização dos resultados, é a própria realização do interesse público.

Quanto à proteção dos direitos fundamentais, o princípio da eficiência administrativa tem a natureza das garantias fundamentais, como princípio instrumental para a limitação do poder.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ANDREANI, Antonio. **Il Principio Costituzionale di Buon Andamento DELLA PUBBLICA Amministrazione**. Pádova: CEDAM, 1979.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tombo I. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAZETTA, Elio. **Manuale di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal**. Coimbra: Coimbra, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Um projeto filosófico. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1982.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo V. Actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra, 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português**. Coimbra: Almedina, 2010. vol. I. Identidade Constitucional.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2007.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **O controle jurisdicional da eficiência administrativa**: na perspectiva dos direitos português e brasileiro. 2015. Tese (doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas) - Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**: princípios do direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIAIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUSA, António Francisco de. Por uma burocracia de Estado de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, v. 9, p. 59-79, 2012.

Recebido em: 05 de fevereiro de 2022

Aceito em: 27 de julho de 2022