**ANDRÉ GUILHERME BELLO TEIXEIRA ALVES**

# A eficiência da Administração como preceito fundamental

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Doutor Sérgio Resende de Barros

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2020**

**ANDRÉ GUILHERME BELLO TEIXEIRA ALVES**

# A eficiência da Administração como preceito fundamental

**Versão Original**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Doutor Sérgio Resende de Barros.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2020**

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo ou pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Alves, André Guilherme Bello Teixeira.
A eficiência da Administração como preceito fundamental; André Guilherme Bello Teixeira Alves; orientador Sérgio Resende de Barros -- São Paulo, 2020.
193 p.
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Princípios Constitucionais. 2. Eficiência. 3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 4. controle de constitucionalidade. I. Resende de Barros, Sérgio, orient. II. Título.

ALVES, André Guilherme Bello Teixeira. **A eficiência da Administração como preceito fundamental**.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Aprovado em:**

**Banca Examinadora:**

Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

Prof. Dr._____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura: _____

# AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, por ser a luz que me guia e o vento que me conduz às águas calmas durante as tempestades;

Aos meus amados pais, Joaquim e Marisa, pelo amor e carinho incondicionais, sem os quais eu nada poderia ser;

À minha querida tia Deize, verdadeiro anjo em minha vida e exemplo de ser humano, na mente e no coração;

À minha esposa maravilhosa, Aline, pelo amor e apoio, por ser minha inspiração e pelo tempo que nos foi restrito durante a execução deste trabalho;

Ao Professor Sérgio Resende de Barros, o meu enorme agradecimento pela oportunidade de cursar o Mestrado, pelos ensinamentos acadêmicos e de vida e, principalmente, pela consideração e generosidade para com todos os seus orientandos;

Ao Professor Rubens Beçak, pelas valiosas observações e sugestões durante a etapa de qualificação;

Ao Professor Leonardo David Quintiliano, pela amizade e pelo incentivo que foi fundamental para este trabalho;

À querida amiga Beatriz Lameira Carrico Nimer, pelo carinho e pela imprescindível ajuda durante todo este curso de Mestrado;

Aos demais colegas orientandos, por todas as ideias e momentos de esforço e de alegria compartilhados;

A todos os professores que contribuíram para a minha formação acadêmica.

Na medida em que o Estado assume a prestação direta de serviços de teor econômico ou assistencial, o interesse e mesmo a sobrevivência de grande número de indivíduos passa a depender da *eficiência* da Administração e não apenas de sua *legalidade*.[1] (itálicos do autor)

Caio Tácito, 1967.

[1] TÁCITO, Caio. **O contrôle da Administração e a nova Constituição do Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 90, p. 23-29, jul. 1967. ISSN 2238-5177. P. 24. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30641>. Acesso em: 17 Jun. 2019. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v90.1967.30641.

# RESUMO

ALVES, André Guilherme Bello Teixeira. *A eficiência da Administração como preceito fundamental*. 193 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Com as crescentes demandas sociais, em que o Estado é o responsável pela prestação de serviços elementares, como saúde e educação, verifica-se uma preocupação cada vez maior com a eficiência da Administração Pública, principalmente, em momentos de crise econômica, que exigem o contingenciamento de recursos orçamentários e resta evidente a necessidade de aprimorar a estrutura e a atividade administrativas. Apesar de iniciativas isoladas durante o século XX, a eficiência só foi elevada a um novo patamar a partir da reforma gerencial da década de 1990. Assim, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, foi inserido o Princípio da Eficiência no caput do artigo 37 da Constituição Federal, que trata dos princípios regentes da Administração Pública. Preocupação semelhante ocorreu no Direito Europeu com a consolidação do direito fundamental à boa Administração. Essas alterações propiciaram uma nova análise sobre o desempenho do Estado, orientando a atuação do gestor público e dos órgãos de controle. Nesse sentido, o próprio tema do controle se desenvolveu, possibilitando o controle da eficiência. Paralelamente, a Constituição Federal de 1988 deu atenção especial à matéria do controle de constitucionalidade e instituiu no ordenamento jurídico um novo instrumento de controle concentrado, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Após o advento de sua regulamentação (Lei nº 9.882/1999), definiu-se que o novo instituto seria cabível para evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, permitindo a análise de constitucionalidade sobre leis municipais, recepção de normas anteriores à atual Constituição Federal, atos regulamentares e, inclusive, atos materiais. Demonstra-se, então, a possibilidade de considerar a eficiência da Administração como preceito fundamental, para fins de controle de constitucionalidade, via arguição de descumprimento, esclarecendo-se as condições para tal subsunção.

Palavra-chave: Princípios Constitucionais, Eficiência, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Controle de Constitucionalidade.

# ABSTRACT

ALVES, André Guilherme Bello Teixeira. *Public Administration efficiency as a fundamental precept*. 193 p. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

With the growing social demands, in which the State is responsible for the provision of elementary services, such as health and education, there is a major concern with the efficiency of Public Administration, especially in times of economic crisis, which require budget contingency and there is a clear need to improve the public administrative structure and activity. Despite isolated initiatives during the twentieth century, efficiency was only raised to a new level from the management reform of the 1990s. Thus, with the promulgation of Constitutional Amendment n. 19/1998, the Efficiency Principle was inserted in the caput of the article 37 of the Federal Constitution, which deals with the governing principles of Public Administration. Similar concern has occurred in European law with the consolidation of the Fundamental Right to Good Administration. These changes provided a new analysis of state performance, guiding the actions of public managers and control agencies. In this sense, the theme of control has developed, enabling the control of efficiency. At the same time, the Federal Constitution of 1988 gave special attention to the matter of controlling constitutionality and established in the legal system a new instrument of concentrated control, the fundamental precept non-compliance claim. After the advent of its regulation (Law n. 9.882 / 1999), it was defined that the new institute would be appropriate to avoid injury to the fundamental precept resulting from an act of the public authority, allowing the analysis of constitutionality on municipal laws, reception of rules prior to Federal Constitution, regulatory acts and even material acts. It is then demonstrated the possibility of considering the efficiency of the Public Administration as a fundamental precept, for purposes of constitutionality control, through the non-compliance claim, clarifying the conditions for such subsumption.



Keywords: Constitutional Principles, Efficiency, Fundamental Precept Non-compliance Claim, Constitutionality Control.

# LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---|---|
| ADC | Ação Direta de Constitucionalidade |
| ADCT | Ato das Disposições Constitucionais Transitórias |
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| AgReg | Agravo Regimental |
| AIA | Ação de Improbidade Administrativa |
| art. | artigo |
| cf. | conferir |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| Des. | Desembargador |
| DF | Distrito Feral |
| Dj | Diário da Justiça |
| Dje | Diário da Justiça eletrônico |
| EC | Emenda Constitucional |
| ed. | Edição |
| inc. | inciso |
| j. | julgamento |
| LINDB | Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro |
| Min. | Ministro (a) |
| MC | Medida Cautelar |

| | |
|---|---|
| nº | número |
| p. | página (s) |
| PL | Projeto de Lei |
| QO | Questão de Ordem |
| RE | Recurso Extraordinário |
| REsp | Recurso Especial |
| Rel. | Relator (a) |
| SP | São Paulo |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TCU | Tribunal de Contas da União |
| TJSP | Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |
| Trad. | Tradutor (a) |
| v. | volume |

## SÚMÁRIO

**INTRODUÇÃO .....21**

**CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA....29**

1.1. CONCEITO JURÍDICO DE EFICIÊNCIA .....30

1.2. REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL.....36

1.3. PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....42

1.4. APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS.....49

1.5. EFICIÊNCIA E DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO.....53

1.5.1. Conceito e evolução dos Direitos Fundamentais.....53

1.5.2. Histórico do Direito Fundamental à Boa Administração.....57

1.5.3. Boa Administração e Princípio da Eficiência.....63

1.6. CONTROLE E EFICIÊNCIA.....67

1.6.1. Evolução do Controle da Administração Pública .....67

1.6.2. Relação entre Controle e Eficiência.....70

1.6.3. Importância dos controles para o alcance da Eficiência .....71

1.6.4. Eficiência dos Mecanismos de Controle .....73

1.6.5. Controle da Eficiência.....75

1.6.6. Responsabilidade do Agente por Ineficiência .....80

**CAPÍTULO 2 – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL .....95**

2.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....95

2.2. HISTÓRICO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL .....102

2.3. INSTITUTOS SEMELHANTES DO DIREITO COMPARADO .....105

2.3. CONCEITO CONSTITUCIONAL E REGULAMENTAÇÃO LEGAL.....112

2.4. CARÁTER AUTÔNOMO E INCIDENTAL .....115

2.5. LEGITIMIDADE.....117

2.6. ALCANCE DA EXPRESSÃO *ATO DO PODER PÚBLICO* .....122

2.6.1. Leis Municipais .....124

2.6.2. Leis não recepcionadas, inclusive por emenda constitucional.....126

2.6.3. Projetos de Lei ..... 127
2.6.4. Atos regulamentares ..... 128
2.6.5. Decisões judiciais ..... 131
2.6.6. Decisões administrativas ..... 134
2.7. SUBSIDIARIEDADE ..... 135
**CAPÍTULO 3 – A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO COMO PRECEITO FUNDAMENTAL ..... 145**
3.1. PRECEITO FUNDAMENTAL ..... 145
3.1.1. Definição ..... 145
3.1.2. Objeto ..... 149
3.2. ESCOLHA POR CONCEITOS INDETERMINADOS ..... 153
3.3. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL ..... 156
3.3.1. Enquadramento dos Princípios da Administração Pública ..... 156
3.3.2. Enquadramento do Princípio da Eficiência ..... 167
3.3.3. Inclusão como garantia fundamental à boa Administração ..... 172
3.3.4. Direitos reflexos ..... 174
3.3.5. Hipóteses de alcance da eficiência como parâmetro de controle para os atos do Poder Público ..... 177
**CONCLUSÃO ..... 183**
**REFERÊNCIAS ..... 189**

# INTRODUÇÃO

O tema da presente dissertação aborda a eficiência administrativa como preceito fundamental, por meio da qual se buscará definir os contornos da aplicação do Princípio Constitucional da Eficiência como fundamento para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Trata-se de analisar o controle da Administração Pública, simultaneamente, sob a perspectiva da eficiência e a partir de um recente e instigante instrumento de controle de constitucionalidade, a arguição de descumprimento.

A escolha do tema justifica-se pela evolução das expectativas sociais e pela necessidade de maior legitimidade da atuação estatal. Essas ideias vão de encontro a um movimento de refinamento do controle da Administração Pública, que, embora já tenha passado por diversas reformas, precisa estar em compasso com o constante desenvolvimento da sociedade.

Trata-se de matéria que possui grande relevância, não apenas para a evolução do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, mas também de grande impacto e significado para a Gestão Pública. Na atual conjuntura de crise econômica e política no Estado Brasileiro, verifica-se a necessidade de criação de políticas públicas urgentes com o máximo de eficiência. No entanto, é nítida a carência desta qualidade na atuação da Administração, repleta de procedimentos burocráticos e de mecanismos de controle excessivos, que, ainda assim, são ineficazes no tocante à repreensão dos abusos praticados. É, portanto, imperativo alcançar a modernização dos procedimentos administrativos e de seu controle.

Nesse sentido, a partir do momento em que o Estado começa a ser avaliado pela sua eficiência e não apenas por simples conformidade às normas legais e constitucionais, quando a sociedade se organiza para pleitear melhorias nas políticas públicas e nos controles sobre a atividade estatal, torna-se evidente a necessidade de rever antigos entendimentos sobre a dimensão da eficiência administrativa e o alcance do seu controle, principalmente, diante de um contexto marcado por inúmeras críticas acerca de desvios de finalidade e da morosidade de seus procedimentos.

Com o intuito de estudar a atuação eficiente do Poder Público e, em especial, o seu controle via arguição de descumprimento de preceito fundamental, a estrutura do desenvolvimento da presente dissertação é segmentada em três partes. A primeira tem a missão de delimitar o Princípio Constitucional da Eficiência, a segunda tratará da arguição de descumprimento, esclarecendo seus principais aspectos processuais, e a terceira demonstrará a possibilidade de utilização do referido instrumento de controle de constitucionalidade para os casos de violação ao princípio da eficiência.

Assim, inicialmente será apresentado o conceito jurídico da eficiência administrativa, ressaltando sua abrangência e efeitos, bem como o contexto histórico da reforma administrativa gerencial. Nesse sentido, embora a ideia de eficiência administrativa tenha se consolidado no ordenamento jurídico brasileiro após a reforma administrativa gerencial, que culminou na elaboração da Emenda Constitucional nº 19/1998, elevando expressamente esse comando à categoria de princípio constitucional da Administração, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, já era possível encontrar menções à eficiência na legislação ordinária, desde as primeiras décadas do século XX.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que se elencarão as diversas disposições que se refiram expressamente à eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, que servem para conferir concretude à diretriz constitucional, será igualmente abordada a possibilidade de aplicação direta do princípio da eficiência.

Trata-se de um conceito em desenvolvimento, cuja abrangência é cada vez mais ampla e que ganha novas funções a partir das reformas administrativas implantadas. Se o foco na reforma burocrática era o procedimento, na reforma gerencial foi o resultado. Dessa forma, a eficiência administrativa pode ser aplicada do início ao fim da concepção e execução dos atos do Poder Público, envolvendo desde o planejamento até a avaliação de desempenho.

Portanto, a dissertação pretende evidenciar as hipóteses de incidência do Princípio da Eficiência, relacionando-o com os demais Princípios Constitucionais da Administração Pública, bem como definindo as possibilidades e limitações para o exercício do seu controle, sob um enfoque teórico e prático. Essa relação será

necessária para averiguar a qualidade de preceito fundamental atribuída a todos esses princípios.

Ademais, com o desiderato de enquadrar a eficiência como preceito fundamental, independentemente de sua qualidade diretamente atribuída a ela pela relevância de ser um dos princípios insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, será estabelecido de forma complementar o seu vínculo com o direito fundamental à boa Administração, de modo classificar a eficiência como um preceito reflexo. Para tanto, será examinada a definição do referido direito fundamental, cujo conteúdo é bastante desenvolvido no Direito Europeu, com gênese nas decisões da Corte Europeia, mas que não recebeu o mesmo tratamento no Brasil, onde o tema continua bastante tímido e dependente de trabalhos doutrinários isolados.

Do mesmo modo, para delimitar o alcance da eficiência administrativa, serão abordados os principais aspectos do seu controle. Será exposta a evolução histórica do controle da Administração Pública, sua tipologia e classificações, de maneira a entender em qual contexto se verifica o embrião do controle da eficiência na atuação administrativa. Assim, tratar-se-á do desenvolvimento do controle da eficiência na esfera administrativa, a partir da ideia de sua racionalização, definindo os parâmetros mais adequados para o seu exercício.

Além disso, visar-se-á a esmiuçar a relação entre controle e eficiência, que pode ser vista sob três vertentes: como realizar o controle da eficiência, analisando a possibilidade e limitações de sua incidência sobre a discricionariedade administrativa; qual a importância da contribuição do próprio controle como instrumento autônomo de incremento da eficiência na Administração Pública; como aprimorar o controle, verificando a eficiência de seus mecanismos de atuação, de maneira a apresentar um conjunto de medidas essenciais para alcançar tal finalidade, assim como importantes propostas e alterações legislativas que almejam aperfeiçoar os diplomas legais existentes nessa área.

Considerando esses pressupostos, será possível verificar a forma de operacionalização do controle da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro e o seu alcance nos dias hodiernos, na qualidade de garantia constitucional. Por fim,

será analisada a responsabilidade dos agentes públicos com fundamento na ineficiência.

A partir dessa configuração da eficiência administrativa, demonstrar-se-á sua condição de preceito fundamental, permitindo o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando esta como o único instrumento de controle de constitucionalidade específico para atos do Poder Público que não fica adstrito aos atos normativos.

Nessa medida, o controle das atividades da Administração Pública deve ser ainda considerado como um mecanismo de proteção dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, garantindo-os e visando à sua efetivação de um modo mais eficiente.

Em virtude da evolução dos mecanismos de controle, há necessidade de avaliar não só a legislação vigente, tais como os artigos 37 e seguintes da Constituição Federal, o Decreto-Lei nº 200/1967 e, mais recentemente, a Lei Anticorrupção, mas também as proposições legislativas pertinentes, como o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração e os diversos projetos visando à reforma da Administração Pública, que podem alterar significativamente o tratamento jurídico do tema.

Só o fato de existir uma norma instituída em 1967, durante o regime militar, que trate de um tema tão importante e dinâmico quanto o controle, principalmente no grau de informatização atual, demonstra o quão imprescindível se faz uma mudança legislativa com esse objetivo. A própria grafia da palavra “Contrôle” que identifica o capítulo específico para o tema, ilustra bem a defasagem do referido diploma.

Assim, a dissertação compreenderá o estudo das normas criadas com a finalidade de tornar mais eficiente o atual sistema legal e constitucional que regulamenta a atividade administrativa e o seu controle, destacando-se questões como as diretrizes para a atuação administrativa e para a responsabilização de agentes inseridas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Também há necessidade de atentar para as hipóteses de colidência entre o Princípio da Eficiência e o Princípio da Legalidade, que poderão ocorrer em casos concretos. Assim, analisar-se-á o caráter complementar entre estes Princípios Constitucionais da Administração Pública, inclusive, a possibilidade de eventual isenção de responsabilidade por desrespeito a um comando legal, quando a ação questionada buscou com razoabilidade à satisfação de interesse público de forma mais eficiente. Para tanto, deverão ser estabelecidos critérios adequados de aplicação do regime jurídico da eficiência administrativa. Serão ainda expostos os contornos da responsabilidade do agente público por atos de improbidade administrativa que sejam relacionados especificamente com a não aplicação do Princípio da Eficiência.

Nesse sentido, considera-se a ampliação do controle como concreta satisfação dos interesses da sociedade, de modo a garantir o cumprimento de uma legalidade finalística, que contemple a eficiência administrativa. Ou seja, a partir de uma concepção integrada dos princípios que garanta legitimidade democrática à atuação administrativa na concretização dos direitos fundamentais.

Em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental, serão analisados os seus aspectos históricos, ressaltando os institutos similares previstos no Direito Comparado, como o recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão. Além disso, será examinado o conteúdo do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal que instituiu essa modalidade de controle de constitucionalidade, assim como sua tardia regulamentação legal, com o advento da Lei nº 9.882/1999.

A partir de então, serão esmiuçadas as características processuais mais pertinentes ao objeto da presente dissertação, como o seu caráter autônomo e incidental, a questão da legitimidade, além de outros pressupostos, incluindo-se o requisito de subsidiariedade.

A fim de demonstrar a amplitude do cabimento da arguição de descumprimento e de ilustrar as situações concretas em que haveria afronta ao princípio da eficiência, serão apresentados os atos do Poder Público passíveis dessa modalidade de controle, os quais diferem bastante dos atos impugnáveis

pela Ação Direta de Inconstitucionalidade e pela Ação Declaratória de Constitucionalidade, até mesmo em razão do princípio da subsidiariedade.

Verifica-se que hodiernamente é cada vez mais frequente a utilização da arguição de descumprimento, de acordo com novos parâmetros de participação social e de transparência, que culminam na disposição de mais informações e maior engajamento dos cidadãos, inclusive para a cobrança das instituições. Trata-se de instrumento de controle de atos oriundos do Poder Público e, portanto, espécie de controle de atuação da Administração Pública, cujo uso acentuado pelos legitimados decorre em grande parte de questionamentos efetuados pela sociedade, inclusive via representação ao Procurador-Geral da República.

É o que se pode constatar com as estatísticas apresentadas no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal,[2] em que a quantidade de arguições de descumprimento propostas cresceu mais de oito vezes desde os anos 2000, quando houve a autuação de apenas dez medidas, enquanto em 2019 já foram autuadas oitenta e duas ADPFs. É o segundo instrumento de controle concentrado de constitucionalidade mais demandado, perdendo apenas para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja quantidade total inclusive diminuiu durante o período comparativo citado.

Assim, a presente dissertação traz uma importante contribuição para o estado da arte, na medida em que desenvolve os caminhos que abrem a possibilidade de controle de constitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, fundado na observância da eficiência administrativa e sobre diversas espécies de atos do Poder Público, dentre os quais se incluem os atos materiais. Incrementa-se, portanto, o controle da Administração Pública, o uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, especialmente, o alcance do Princípio da Eficiência.

Em que pese o objetivo tão específico da presente dissertação, buscar-se-ão seus alicerces em bases doutrinárias, legais e jurisprudenciais que possibilitem o desenvolvimento do tema, de forma a conectar as diversas hipóteses em uma

---

[2] STF. **Dados estatísticos relativos a todas as ações de controle concentrado**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC_Geral>, acesso em 28 dez. 2019.

conclusão lógica que demonstre sua viabilidade, utilizando-se de um raciocínio majoritariamente dedutivo.

Dessa forma, a metodologia empregada possuirá um predominante caráter dogmático, embora o enfoque zetético também se revele existente, de acordo com a própria característica científica da dissertação, que exige constantes indagações. Nesse sentido, conforme esclarece Tércio Sampaio Ferraz, toda a averiguação possui ambos os aspectos, apenas optando por conceder maior destaque a um deles.[3]

[3] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41.

# CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de julho de 1998, houve a inclusão do termo “Eficiência” no *caput* do Artigo 37 da Constituição Federal,[4] alçando-o expressamente à categoria de Princípio Constitucional da Administração Pública. Buscou-se, assim, conferir maior relevância a essa diretriz normativa, com o intuito de promover o aperfeiçoamento da atuação administrativa, uma vez que, até o momento, a eficiência constava apenas de forma esparsa e secundária na legislação brasileira.

A previsão expressa no mencionado dispositivo constitucional foi uma resposta ao crescimento das demandas da sociedade em relação às obrigações do Estado, sendo decorrente da evolução dos entendimentos doutrinários acerca da estrutura e do funcionamento da Administração Pública, considerando que a ineficiência estatal em promover o atendimento aos direitos básicos dos cidadãos pode implicar na própria perda desses direitos, inclusive do maior deles, a vida.[5]

Com o escopo de examinar o alcance do referido princípio constitucional, enquanto parâmetro da atividade da Administração Pública, caberá inicialmente definir o conceito jurídico de eficiência, inserindo-o no contexto da reforma administrativa gerencial. Além disso, serão elencados os diversos dispositivos do ordenamento jurídico que retratem a exigência da eficiência administrativa.

Surge também a necessidade de estabelecer a sua relação com a legalidade administrativa e de analisar a forma de aplicação direta dos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente, como parâmetro norteador do agente público.

---

[4] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

[5] TÁCITO, Caio. **O contrôle da Administração e a nova Constituição do Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 90, p. 23-29, jul. 1967. ISSN 2238-5177. p. 24. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30641>. Acesso em: 17 Jun. 2019. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v90.1967.30641.

Finalmente, serão tecidas considerações sobre a relação com o direito fundamental à boa Administração e os principais aspectos que envolvem o controle da eficiência da atuação administrativa.

## 1.1. CONCEITO JURÍDICO DE EFICIÊNCIA

A fim de delimitar o seu conceito jurídico, a eficiência pode ser definida como a aptidão que compreende competência e produtividade, de modo a conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros e dispêndios. Consiste, portanto, na qualidade de realizar da melhor forma possível.

Embora existam interpretações doutrinárias que, de forma imprecisa, acabem por restringir o seu significado, limitando-o, por exemplo, a uma noção de economicidade ou celeridade, é evidente que a eficiência apesar de também incluir tais características, não se reduz a elas.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que a eficiência deve ser reconhecida como o dever de presteza, perfeição e rendimento funcional. Além disso, a autora acrescenta:

> O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.[6]

Outra descrição de caráter complementar é apresentada por José Afonso da Silva, segundo a qual a eficiência administrativa pode ser ainda considerada como: "[...] a organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade [...]".[7] Dessa forma, o Princípio da Eficiência seria um norteador da atividade administrativa, a

---

[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 82.
[7] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 337.

fim de conseguir os melhores resultados dispondo de meios escassos e ao menor custo.[8]

Portanto, a eficiência administrativa não se restringe à sua noção econômica, de potencializar o lucro, mas envolve o melhor cumprimento possível da satisfação do interesse público pelo Estado. Tampouco pode ser reduzida à eficiência ambiental ou ecoeficiência.

Há também uma diferenciação feita na área da gestão pública acerca dos conceitos de eficiência, eficácia e efetividade. Embora existam diversas definições, utiliza-se como exemplo aquela adotada oficialmente pelo Tribunal de Contas da União,[9] segundo a qual, conceitua-se eficácia como o grau de alcance de metas programadas em um determinado período, ou ainda, o percentual de objetivos propostos e cumpridos.

Efetividade, por sua vez, é vista como a análise dos resultados de uma medida, sob a ótica dos efeitos concretos em dada sociedade, bem como de sua relação com os objetivos pretendidos, a médio e longo prazo. Portanto, é determinada pela comparação entre os impactos observados e os impactos esperados.

No que tange à definição de eficiência, segundo esse sentido específico, pode-se entendê-la como a manutenção dos padrões de qualidade, por meio da melhor relação entre os bens ou serviços gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los.

Entretanto, quando tratamos do conceito jurídico de eficiência, analisando sua inclusão como princípio constitucional, é evidente que há um alcance muito mais amplo. Sob o aspecto lógico, não há como cumprir o Princípio da Eficiência, caso a medida não seja eficaz e efetiva.

---

[8] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 337.

[9] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Portaria-SEGECEX nº 4, de 26 de fevereiro de 2010 Secretaria-Geral de Controle Externo. **Manual de auditoria operacional**. 3.ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 12. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>, acesso em 20 jun. 2019.

Nota-se que a opção do legislador foi aperfeiçoar o desempenho da Administração Pública como um todo, do qual se extrai que a impossibilidade de realizar as tarefas propostas ou, ainda, de causar resultados para a sociedade induz à ineficiência da máquina administrativa, ainda que tenha utilizado meios econômicos e céleres para tanto.

Assim, a eficiência, em sua configuração plena, pressupõe o cumprimento dos objetivos propostos (eficácia) e o devido impacto da medida (efetividade), ou seja, seu desempenho concreto. Nesse sentido, a eficácia pode ser entendida como a relação entre metas propostas e alcançadas e a efetividade como as consequências geradas para a sociedade.[10] Paulo Modesto descreve a eficácia como pressuposto da eficiência:

> Entendo eficácia como a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos. A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um *prius* da eficiência.[11]

Da mesma forma, a necessidade de resultados positivos como uma das finalidades da eficiência administrativa é corroborada pelos ensinamentos de Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara:

> A eficiência é vista como o mais avançado princípio de desempenho da função administrativa, que não se contenta apenas com a realização de atribuições dentro da legalidade, mas exige também a busca de resultados positivos na satisfação das necessidades dos cidadãos-administrados.[12]

Portanto, podemos tratar da eficiência como um conceito multidisciplinar. Compõem-se, assim, de um modo de realização eficaz e efetivo, com vistas à excelência das finalidades previstas no ordenamento jurídico para a Administração Pública e com os menores ônus possíveis ao aparato estatal e aos cidadãos.[13]

---

[10] NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Comentários sobre a lei da segurança jurídica e da eficiência**: lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 10 e 11.

[11] 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: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/view/59/91>, acesso em 10 out. 2019. p. 112.

[12] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68.

[13] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Princípio da Eficiência**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, 2004, p. 1-6. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>. Acesso em 8 out. 2019. p. 1.

Há, ainda, um entendimento doutrinário que, para descrever o conceito e o alcance do Princípio Constitucional da Eficiência, vincula o seu entendimento à ideia de qualidade do serviço público. Para tanto, analisa a questão sob duas óticas distintas.

A primeira se refere ao usuário do serviço público e o compara a um consumidor, exigindo excelência na sua realização. O segundo enfoque se dá sob a perspectiva do servidor público. Neste caso, verifica-se que para ser exigido um resultado eficiente, há necessidade de conceder meios ao agente, valorizando-o, seja através de políticas de incentivo, seja por meio da adequada e constante capacitação.

Trata-se de visões complementares, de modo que as perspectivas do usuário e do servidor público possuem como foco principal o incremento da qualidade do serviço público. Este pensamento fica demonstrado na seguinte citação:

> Em um plano global, a eficiência da Administração Pública como um todo está entrelaçada com a qualidade do serviço público, que passou a ser prerrogativa constitucional do consumidor, e uma garantia de permanência na função do servidor público que desempenhar o seu mister com qualidade e eficiência.
> Esse direito deverá ser invocado pelo usuário do serviço público, que terá a condição de avaliar a prestação do serviço recebido. Assim, a dignidade do consumidor e do serviço público, prestador do serviço, está sendo resgatada pelo Constituinte, devendo a Administração Pública treinar e capacitar os seus servidores públicos, oferecendo remunerações justas e razoáveis, com reajustes periódicos, que lhes preservem o poder aquisitivo.[14]

Embora a excelência dos serviços possa ser um dos fundamentos originais para a realização da reforma administrativa gerencial, o valor atribuído à inclusão do termo eficiência no contexto de princípio da Administração Pública vai muito além. A escolha pela denominação do referido princípio foi justamente uma opção legislativa para lhe garantir amplitude, enquanto a designação original de “qualidade do serviço público” claramente limitaria o seu alcance.

Nesse sentido, Paulo Modesto explica que propugnou pela troca da antiga denominação, por considerá-la imprópria, uma vez que restringiria o seu efeito à esfera dos serviços públicos, ao contrário dos demais princípios constitucionais da

---

[14] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 893.

Administração Pública, que possuíam uma aplicação geral. Além disso, argumenta que haveria redundância em utilizar a expressão, considerando a previsão contida no artigo 175 da Constituição Federal que já enaltecia a preocupação com qualidade dos serviços públicos.[15]

Ademais, desde a alteração do caput do artigo 37 da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência têm atribuído significado cada vez mais complexo e abrangente ao princípio da eficiência administrativa.

O mencionado autor também contesta a afirmação de que o Princípio da Eficiência foi incluído no ordenamento com a Emenda Constitucional nº 19/1998, uma vez que constaria na redação original da Constituição Federal dispositivos que implicariam na observância ao referido princípio, como o artigo 74, II e VII e §1º e Artigos 70 e 71, bem como artigo 144, §7º. Faz uma comparação ao princípio implícito da motivação, cuja exigência estaria disposta no artigo 93, X, da CF.[16]

De fato, mesmo antes da promulgação da emenda constitucional que instituiu a reforma administrativa gerencial, já havia na jurisprudência o reconhecimento da existência do princípio da eficiência administrativa, ainda que de forma implícita ao texto constitucional.[17]

Para João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, o princípio da eficiência pode ser entendido inclusive como uma consequência da “ideia de justiça”.[18] Trata-se de

---

[15] 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: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/view/59/91>, acesso em 10 out. 2019. p. 111.

[16] Ibid., p. 107-108.

[17] "RMS - ADMINISTRATIVO - ADMINISTRAÇÃO PUBLICA - SERVIDOR PUBLICO - VENCIMENTOS - PROVENTOS - ACUMULAÇÃO - **A Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const., art. 37). Outras também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência.** A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público. Daí, a proibição de acumulação de cargos. As exceções se justificam. O magistério enseja ao professor estudo teórico (teoria geral) de uma área do saber; quanto mais se aprofunda, no âmbito doutrinário, mais preparado se torna para o exercício de atividade técnica. Não há dispersão. Ao contrário, concentração de atividades. Além disso, notório, há deficiência de professores e médicos, notadamente nos locais distantes dos grandes centros urbanos. [...] A proibição de acumulação de vencimentos e proventos decorre do princípio que veda acumulação de cargos. **A eficiência não se esgota no exercício da atividade funcional. Alcança arco mais amplo para compreender também a eficiência para a carreira**.” (BRASIL. STJ. Recurso Ordinário MS nº 5590/DF [1995/0016776-0], Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 16/04/1996, DJ 10/06/1996, negritos nossos).

[18] LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 147.

uma condição intrínseca a toda atividade pública, diante da racionalidade necessária à gestão pública, que requer um comportamento administrativo eficiente. Em verdade, não há como alegar que o sistema constitucional permitiria uma administração pública ineficiente, ainda que não houvesse qualquer menção expressa ao referido princípio. Entendimento análogo foi ainda adotado pela doutrina alemã, que considerou a eficiência como decorrência lógica da cláusula do Estado Social.[19] Em suma, não há como cumprir plenamente a finalidade da Administração de satisfação do interesse público sem a observância ao dever de eficiência.

Nesse sentido, para melhor compreender os efeitos do princípio da eficiência, esclarece-se que conforme a própria natureza dos princípios, os seus efeitos se dividem em quatro funções distintas e complementares: função ordenadora, função hermenêutica, função limitativa e função diretiva.[20] Assim, serve para orientar a ordem jurídica, auxiliar o intérprete das normas, limitar a atuação da Administração e pautar as atividades dos agentes públicos.

A eficiência deve ser ainda analisada em sua multidimensão. De acordo com Paulo Modesto, há pelo menos duas dimensões indissociáveis. A primeira dimensão compreenderia a “racionalidade e otimização no uso dos meios”. Já a segunda implicaria na “satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública”. Para o autor, a eficiência, em seu sentido jurídico, não se resume ao correto uso dos meios e recursos, mas compreende também a “qualidade do agir final”, ou seja, exige uma ação dotada de eficácia, economicamente otimizada e que implique em qualidade satisfatória, fortalecendo, portanto, o controle de resultados.[21]

Por fim, para Humberto Ávila, assim como tratado no direito anglo-saxão, a eficiência traduz-se em duas exigências: “o dever de atingir o máximo do fim com

---

[19] 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: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/view/59/91>, acesso em 10 out. 2019. p. 109-110.
[20] Ibid. p. 112.
[21] Ibid. p. 112-113.

o mínimo de recursos (*efficiency*)" e "o dever de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*)".[22]

## 1.2. REFORMA ADMINISTRATIVA GERENCIAL

A inclusão da eficiência como princípio constitucional da Administração Pública foi resultado da proposta de realização de uma reforma administrativa de cunho gerencial. Em decorrência da evolução do processo de globalização e consequente processo comparativo entre os Estados, houve um acentuado crescimento da busca pela eficiência do Poder Público, em contraste ao modelo burocrático então vigente:

> Em todo o mundo, de 1950 a 1975, deu-se ênfase às reformas burocráticas orientadas para abordagens nacionais da 'administração para o desenvolvimento', mas em meados da década de 70 passou-se gradativamente a novas abordagens, que enfatizam a importância das políticas públicas, de sua efetiva implantação e avaliação.[23]

Assim, fruto da ocorrência de movimentos semelhantes no direito comparado, houve a crescente preocupação do Governo brasileiro, a partir da Década de 1990, com o implemento de uma nova reforma administrativa. Por essa razão, em substituição à antiga Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, foi criado, durante o mandato de Fernando Henrique Cardoso, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sob a liderança de Luiz Carlos Bresser-Pereira, com a finalidade de estudar as possíveis alterações no ordenamento jurídico aptas a introduzir os mecanismos gerenciais necessários, utilizando-se de experiências advindas da esfera privada.[24]

---

[22] ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out-dez 2005, p. 1-25. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67>, acesso em 5 out. 2019. p. 19.

[23] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 11.

[24] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 2011. p. 12-13.

O trabalho desenvolvido pela equipe do referido Ministério deu origem ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e à Proposta de Emenda Constitucional nº 173-A, de 1995, que foi convertida, em um período de quase três anos e meio, na Emenda Constitucional nº 19/1998,[25] que teve como alicerce as experiências produzidas nos países que compõem a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em especial, o exemplo proveniente do Reino Unido.[26]

Destacam-se alguns trechos da Exposição de Motivos da referida emenda constitucional, encaminhada ao Congresso Nacional por meio da Mensagem nº 886/1995,[27] do Poder Executivo:

> No difícil contexto do retorno à democracia, que em nosso país foi simultâneo à crise financeira do Estado, a Constituição de 1988 corporificou uma concepção de administração pública verticalizada, hierárquica, rígida, que favoreceu a proliferação de controles muitas vezes desnecessários. Cumpre agora, reavaliar algumas das opções e modelos adotados, assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção a eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão.
> [...] a reforma constitucional permitirá a implantação de um novo desenho estrutural na Administração Pública brasileira que contemplará a diferenciação e a inovação no tratamento de estruturas, formas jurídicas e métodos de gestão e de controle, particularmente no que tange ao regime jurídico dos servidores, aos mecanismos de recrutamento de quadros e a política remuneratória [...][28]

---

[25] Altera o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública: altera os incisos XIV e XXII do Art. 21 e XXVII do Art. 22; o § 2º do Art. 27 e os incisos V e VI do Art. 29, inserindo-se o § 2º no art. 28; caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do Art. 37, acrescendo-se os § 7º, § 8º e § 9º ao Art. 37; caput do Art. 38, Arts. 39; 41; 48, acrescido do inciso XV; incisos VII e VIII do Art. 49; inciso IV do Art. 51; inciso XIII do Art. 52; o § 7º do Art. 57; p. único do Art. 70; inc. V do Art. 93; inciso III do Art. 95 e a alínea “b" do inciso II do Art. 96; § 2º do Art. 127; alínea "c" do inciso I do § 5º do Art. 128; Seção II do Capítulo IV do Título IV; Arts. 132 e 135; § 1º e seu inciso III e os § 2º e § 3º do Art. 144; acrescenta inc. X ao caput do Art. 167; Art. 169 e § 1º do Art. 173; inciso V do Art. 206; Art. 241; e acrescenta o Art. 247 e p. único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 06 mai. 2019.

[26] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 2011. p. 12-13.

[27] **MENSAGEM Nº 886/1995 DO PODER EXECUTIVO**. Proposta de Emenda Constitucional nº 173-A, de 1995. p. 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/Emendas Constitucionais/EC19/Camara/EC019_cam_22111995_prcccjr_pec173a.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2019.

[28] **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS INTERMINISTERIAL Nº 49, de 18 de agosto de 1995**, dos Srs. Ministros de Estado da Justiça, da Fazenda, da Previdência e Assistência Social, da Educação e do Desporto, da Administração Federal e Reforma do Estado e do Planejamento e Orçamento. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816 -exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 07 mai. 2019.

Cabe ressalvar que a reforma gerencial não se resume à referida emenda constitucional, uma vez que pressupõe igualmente a ocorrência de diversas alterações na legislação infraconstitucional, além da importante e constante mudança cultural, que permita sua efetividade. Essa transição cultural é vista, por exemplo, na progressiva preocupação social com outro pilar da administração gerencial, que é a gestão da qualidade.

Por razões metodológicas, as principais alterações legislativas que tratam de eficiência promovidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 serão analisadas no tópico seguinte, que trata da previsão da eficiência administrativa no ordenamento jurídico.

Ao contrário do que é recorrentemente difundido, a reforma gerencial não tinha o condão de diminuir a esfera pública, mas sim de fortalecê-la, demonstrando que o setor público também poderia ser eficiente, devendo combater a burocracia e a simples racionalidade procedimental, cujos fins não atendiam aos reais interesses da sociedade, pela persistente falta de eficácia no combate ao patrimonialismo vigente. A reforma não implicaria na eliminação do Estado, mas em sua reconstrução de modo mais eficiente, permitindo uma maior capacidade de garantir os direitos sociais. Nesse contexto, o Brasil foi o primeiro país em desenvolvimento a realizar a reforma gerencial, dando-se ênfase inicial à reforma institucional, que seria aperfeiçoada por uma estratégia gerencial de gestão pública.[29]

A administração pública gerencial é marcada pela busca da melhoria na gestão, por meio da descentralização, do controle de resultados, da competição administrada e do acentuado controle social direto. Diferencia ainda as atividades que são exclusivas do Estado daquelas pertinentes à execução dos serviços sociais e científicos, bem como da produção de bens e serviços.[30]

No que tange ao controle, a administração gerencial concedeu destaque à participação social e à avaliação de desempenho, possuindo dois eixos principais:

---

[29] CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. IN: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 2011. p. 8.

[30] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 11.

o controle democrático e o controle de resultados. Em contrapartida, a abordagem burocrática, também denominada de racional-legal, é fundada basicamente no controle de procedimentos, repleto de formalismos excessivos que culminavam na morosidade e ineficiência da atividade administrativa.

Segundo Luiz Carlos Bresser-Pereira, há historicamente três modalidades de administração do Estado: administração patrimonialista, administração burocrática e administração gerencial. A administração patrimonialista seria característica das monarquias absolutistas, nas quais inexiste separação entre o patrimônio do monarca e o patrimônio público. Por sua vez, a administração pública burocrática buscou o rompimento desse vínculo patrimonial, por meio da criação de um serviço público profissional e de rígidas regras procedimentais, com fundamento na dominação racional-legal de Weber, representando uma melhora no combate ao nepotismo e à corrupção, mas longe de alcançar uma eficácia satisfatória. Esse movimento, também conhecido por Reforma do Serviço Público, iniciado durante o século XIX nos países europeus, somente foi estabelecido no Brasil, na década de 1930, cujo implemento tardio já não era suficiente para acompanhar as funções cada vez mais abrangentes do Estado, dada a morosidade implícita aos controles procedimentais burocráticos, o que fomentou tentativas de uma reforma de caráter desenvolvimentista, a partir da década de 1960, culminando no Decreto-Lei nº 200/1967, que representou um relevante avanço, porém ainda deficiente ante as expectativas socias.[31]

Nesse sentido, o Decreto-Lei nº 200/1967, ainda em vigor, teve por objetivo a valorização do planejamento, da racionalização do controle e da programação orçamentária, bem como buscou realizar a transferência de atividades desempenhadas pelo Estado para a Administração indireta, com a finalidade de conferir maior celeridade operacional, principalmente, às atividades de caráter econômico.[32]

Já a reforma gerencial, também, denominada de *new public management*, foi instaurada a partir da década de 1980, com especial relevo, por exemplo, no

---

[31] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 2011, p. 20-21.
[32] PASCARELLI FILHO, Mario. **A nova Administração Pública**: profissionalização, eficiência e governança. São Paulo: DVS Editora, 2011, p. 41.

Reino Unido, na Nova Zelândia e na Austrália. Sua influência no continente americano se daria apenas uma década depois, executando-se em três dimensões: dimensão institucional-legal; dimensão cultural; dimensão-gestão.[33] Lastreia-se, assim, na mudança de configuração da estrutura administrativa, na eliminação do excesso de formalismos, na evolução da exigência social, bem como nas ideias de melhoria de desempenho e de qualidade dos serviços públicos. Outro aspecto que se verifica na administração gerencial é a valorização da autonomia do gestor público, enfatizando sua capacidade de tomar decisões, em vez de o submeter a um controle meramente burocrático e fundado em um juízo prévio de desconfiança.

Assim, vale destacar algumas das experiências internacionais. Uma das mais influentes e produtivas foi a reforma ocorrida na Grã-Bretanha, onde havia grande preocupação com a reorganização interna do serviço público e a instituição de controles gerenciais. A partir da eleição da Primeira-Ministra Margaret Thatcher, em 1979, houve maior preocupação com a eficiência administrativa, criando-se a *Efficiency Unit*, um órgão responsável por avaliar as atividades da Administração e a efetividade do gasto público. Além disso, implantaram-se métodos de avaliação de desempenho e aperfeiçoou-se a organização administrativa com a sua descentralização, vinculando-se as unidades a mecanismos orçamentários, de acordo com critérios de centros de custo. Por fim, com o programa de *Next Steps*, de 1988, houve o advento das agências executivas, dando-se um enfoque à delegação e à celebração de contratos de gestão, o que permitiu o incremento do controle de resultados, da autonomia administrativa e da responsabilidade individual na prestação dos serviços públicos. Da mesma forma, foi concedida maior importância às organizações não governamentais, permitindo uma melhor descentralização e um regime de competição na prestação de serviços na área de saúde e educação.[34]

Já o caso da Nova Zelândia foi um exemplo extremo de reforma administrativa, realizada durante o período de 1984 e 1994, em conjunto com reformas econômicas, marcadas por forte influência da busca pela competitividade

---

[33] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 2011, p. 20-21 e 25.
[34] Ibid. p. 52-55.

no mercado internacional. Foram instituídas metas internas de fomento à eficiência, preocupando-se com questões de custos, qualidade e controle. Nesse sentido, foi dada atenção especial à responsabilidade fiscal, ao controle social, bem como ao controle estratégico em relação às agências públicas descentralizadas, por intermédio de contratos de gestão. Um dos maiores destaques foi a criação de um novo regime de trabalho para os altos administradores públicos, caracterizado por contratos de prazo fixo, pagamento por desempenho e avaliações periódicas.[35]

Por seu turno, a reforma gerencial na Austrália privilegiou o aumento de eficiência dos serviços, acompanhada de maior igualdade de acesso, por meio de uma série de medidas, dentre as quais se destaca a racionalização das estruturas, uma maior autonomia às agências executivas, simplificação de procedimentos e a existência de um Serviço Executivo Superior, cujo desempenho era periodicamente avaliado. Além disso, houve uma nova cultura diretiva de caráter gerencial, que visava à aplicação de controles de eficiência, com foco na desburocratização e descentralização, assim como atribuía maior liberdade e responsabilidade pessoal ao agente. Com o aumento da crise fiscal, verificou-se uma segunda fase na reforma administrativa australiana, voltada às aquisições públicas, em que se passou a aprofundar a análise acerca do retorno dos investimentos e procurou-se ampliar a competição aberta e eficaz em detrimento da normatização excessiva. Houve, ainda, o alinhamento a programas orçamentários com a necessidade da respectiva avaliação de impacto, com vistas ao incremento da eficiência da gestão.[36]

Esclarece-se que as reformas gerenciais não são totalmente homogêneas, possuindo somente um mesmo núcleo de ideias. Como último exemplo, toma-se por base a reforma implementada nos Estados Unidos da América. Embora houvesse algumas iniciativas anteriores, tolhidas por questões eminentemente políticas, como a *Civil Service Reform Act*, de 1978, que pretendia inserir novos métodos de avaliação de desempenho para pagamento e até demissão, bem como o diagnóstico apresentado pela *Grace Commission*, de 1984, que determinou os principais problemas administrativos do setor público, a reforma administrativa

---

[35] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 2011, p. 55-57.
[36] Ibid., p. 58-60.

gerencial só foi efetivamente implantada, a partir do programa *National Performance Review*, apresentado em 1993, na gestão do Governo Bill Clinton. O programa consistia em descentralização dos serviços públicos, com vista à eficiência administrativa. Permitiu-se a introdução de um novo modelo de gestão, com a assimilação de mecanismos da iniciativa privada, baseando-se no controle de resultados e na competição entre os entes responsáveis pela prestação direta dos serviços, como as universidades e os hospitais.[37]

Portanto, tendo como vetores a participação democrática e a eficiência, as principais características da administração gerencial resumem-se na transposição de ferramentas de gestão presentes na iniciativa privada para o setor público, com a devida adaptação, de modo a enfatizar a descentralização administrativa e a autonomia dos agentes públicos, gerando ganhos de flexibilidade na estrutura da Administração Pública, além da utilização de indicadores de desempenho, do controle gerencial de resultados e por fim, do controle social, que faria as vezes do controle de mercado na esfera privada.

Em que pese o inegável legado da reforma administrativa gerencial no Brasil, principalmente, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, é evidente que há um processo permanente de busca pela eficiência, decorrente de uma constante evolução cultural. Assim, a reforma gerencial foi responsável por iniciar a concretização da essência da eficiência administrativa, que já havia sido idealizada, mas não alcançada, pela reforma burocrática.

## 1.3. PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O artigo 37 da Constituição Federal não foi o único que sofreu alterações com o objetivo de promover a eficiência administrativa, a Emenda Constitucional nº 19/1998 também inseriu alguns mecanismos específicos com o intuito de dar cumprimento ao Princípio da Eficiência. É o caso da participação do usuário na

[37] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 2011, p. 60-63.

Administração Pública e da possibilidade de aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, segundo metas de desempenho. Outro dispositivo que merece destaque é o artigo 74, inciso II,[38] pelo qual os Três Poderes da República devem organizar um sistema de controle interno, a fim de avaliar os resultados de gestão dos órgãos e entidades públicas, no tocante à sua eficiência.

Vale ressaltar que a preocupação com a eficiência no setor público já era perceptível muito antes da última reforma administrativa, de caráter gerencial. Durante a década de 1930, houve uma atenção especial ao tema, com iniciativas atreladas a ideia de uma reforma administrativa burocrática, conforme se constata, por exemplo, com edição da Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, que criou as "Commissões de Efficiencia", vinculadas a cada Ministério, cuja função principal pode ser descrita como a busca pela racionalização e pelo aumento de rendimento dos serviços[39]. Instituiu também outro órgão, denominado Conselho Federal de Serviço Público Civil, com a incumbência estudar e analisar a organização dos serviços públicos, sendo este subordinado imediatamente ao Presidente da República.

Nesse sentido, verifica-se que a Constituição Brasileira de 1937 previa ainda a criação de um departamento com o objetivo de realizar estudos detalhados acerca da estrutura da Administração, a fim de alcançar eficiência na realização dos serviços públicos.[40]

---

[38] Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

[39] Art. 17. Compete á Commissão de Efficiencia, de Ministerio: a) estudar permanentemente a organização dos serviços affectos ao respectivo Ministerio, afim de identificar as causas que lhes diminuem o rendimento; b) propor ao Ministro as modificações que julgar necessarias á racionalização progressiva dos serviços; c) Propor as alterações que julgar convenientes na lotação ou relotação do pessoal das repartições, serviços ou estabelecimentos; d) propor as promoções e transferencias dos funccionarios na fórma desta lei; e) habilitar o C.F.S.P.C. a apreciar a procedencia improcedencia das reclamações apresentadas pelos funccionarios. (SIC)

[40] Art 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições:
a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público;

Inspirado na referida previsão constitucional, o Decreto-Lei nº 579/1938, deu origem ao Departamento Administrativo do Serviço Público, conhecido como D.A.S.P.. Este órgão era diretamente subordinado ao Presidente da República e possuía ampla competência, destacando-se a realização de estudos que viessem a implementar as alterações necessárias na Administração Pública, visando à eficiência e à economia, de acordo com o disposto no artigo 2º, alínea "a".[41]

Suas atribuições ainda incluíam: a organização da proposta orçamentária e a fiscalização de sua execução, por delegação do Presidente da República; a seleção dos candidatos para a maioria dos cargos públicos federais, bem como a responsabilidade pela readaptação e aperfeiçoamento dos servidores civis da União; fixação das especificações materiais necessários aos serviços públicos; auxílio na análise dos projetos de lei submetidos à sanção presidencial; inspeção dos serviços públicos; apresentação de relatórios das atividades desenvolvidas (artigo 2º, alíneas "b" a "i").[42]

O mesmo diploma introduziu também um novo modelo para as comissões de eficiência, reorganizando-as e permitindo maior articulação com o órgão central, além de extinguir o Conselho Federal de Serviço Público Civil, ao revogar as disposições anteriores que tratavam destes órgãos na Lei nº 284/1936.

Posteriormente, houve alguns avanços em regras específicas da legislação brasileira, como se verifica especialmente, no Decreto-lei nº 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública. O Artigo 26, inciso III, do referido diploma faz expressamente referência à eficiência administrativa, ao dispor que

---

[41] Art. 2º Compete ao D. A. S. P. : a) o estado pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamentos, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público;

[42] Art. 2º [...] b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados; c) fiscalizar, por deletgação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária; d) selecionar os candidatos aos cargos públicos federais, excetuados os das Secretarias da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal e os do magistério e da magistratura; e) promover a readaptação e o aperfeiçoamento dos funcionários civís da União; f) estudar e fixar os padrões e especificações do material para uso nos serviços públicos; g) auxiliar o Presidente da República no exame dos projetos de lei submetidos a sanção; h) inspecionar os serviços públicos; i) apresentar anualmente ao Presidente da República relatório pormenorizado dos trabalhos realizados e em andamento.(SIC)

esta corresponde a um dos objetivos da supervisão ministerial da Administração Indireta[43].

Ainda, particularmente em relação aos mecanismos de controle, o Decreto-lei nº 200/1967 prevê que toda a atividade administrativa deve ser racionalizada, visando à sua simplificação, de modo a suprimir os controles puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco (artigo 14).[44] Verifica-se, dessa forma, a antiga preocupação com a eficiência dos instrumentos de controle sobre a atuação administrativa.

A mesma norma estabelece inclusive que será atribuída aos órgãos públicos a autoridade executiva necessária para garantir a eficiência no desempenho de suas responsabilidades legais ou regulamentares (artigo 27),[45] assim como prevê demissão ou dispensa para o servidor público "comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos" (artigo 100).[46]

O artigo 115[47] traz novamente a ideia de um órgão central responsável pelo sistema de pessoal da Administração Pública, o Departamento Administrativo do Pessoal Civil, que posteriormente voltaria a ser denominado como Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP).[48] Dentre as atribuições, o artigo 116 estabelece que deverá adotar medidas visando ao aprimoramento do pessoal civil da União e maior eficiência.[49]

---

[43] Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: (...) III - A eficiência administrativa.

[44] Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

[45] Art. 27. Assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar.

[46] Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

[47] Art. 115. O Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP) é o órgão central do sistema de pessoal, responsável pelo estudo, formulação de diretrizes, orientação, coordenação, supervisão e contrôle dos assuntos concernentes à administração do Pessoal Civil da União.

[48] Lei nº 6.228/1975 - Art 1º O Departamento Administrativo do Pessoal Civil, com a estruturação e atribuições definidas por ato do Poder Executivo, passa a denominar-se Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP).

[49] Art. 116. [...] I - Cuidar dos assuntos referentes ao pessoal civil da União, adotando medidas visando ao seu aprimoramento e maior eficiência.

Neste momento, mais uma vez, cabe uma crítica à mera previsão no ordenamento da necessidade de eficiência em determinadas estruturas ou atividades da Administração. Reconhece-se como louvável o intento do legislador em fazer menções à exigência desta qualidade, mas, na prática, constatou-se a perda do seu significado, caracterizado pelo uso excessivo, porém esvaziado do termo. A falta de critérios mais objetivos para a sua caracterização acabou elevando a burocracia dos serviços públicos.

Foi exatamente essa a justificativa para a necessidade de uma reforma administrativa gerencial, que culminou na elevação da eficiência à categoria de princípio constitucional, mas que contraditoriamente manteve o conceito envolto de indeterminações. Aos poucos, a legislação ordinária e os entendimentos doutrinários e a jurisprudência foram atribuindo maior concretude à nova enunciação principiológica, ressaltando a importância da análise das demais previsões no ordenamento jurídico a partir das primeiras tentativas de adequar o sistema brasileiro à reforma gerencial.

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 19/1998, mas já no contexto de renovação, quando a partir de 1995 foram lançadas as bases para a reforma gerencial, verifica-se novamente a preocupação em enfatizar a eficiência, como por exemplo na legislação que regula as concessões. Assim, o artigo 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995 dispõe que o serviço objeto de concessão ou permissão só será considerado adequado quando também for eficiente.[50] Tal disposição foi seguida posteriormente pela Lei nº 11.079/2004, que trata das parcerias público-privadas, quando esta determinou como diretriz da nova modalidade de concessão a "eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade", conforme consta em seu artigo 4º, inciso I.[51]

A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, embora não cite expressamente todos os princípios constitucionais da

---

[50] Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.
[51] Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

Administração, elegeu o da eficiência administrativa como um dos que mereciam destaque ao elencar em seu artigo 2º os princípios que deviam ser observados.[52]

Do mesmo modo, a legislação mais recente conferiu destaque à eficiência nos procedimentos administrativos. A Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contrações Públicas – RDC, elenca como seu primeiro objetivo "ampliar a eficiência nas contratações públicas".[53] O referido diploma legal prevê expressamente a observância ao Princípio Constitucional da Eficiência e aos demais que regem a Administração Pública, especialmente, no campo das licitações e contratações.[54]

Finalmente, o artigo 31 da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais),[55] ao tratar das licitações e contratos de responsabilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, dispõe que devem ser respeitados os princípios constantes do *caput* do Artigo 37 da Constituição Federal.

A mais recente e importante contribuição para o tema foi a promulgação da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que, conforme seu enunciado, incluiu disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Oriunda do Projeto de Lei nº 7.448, de 2017 (PL nº 349/15 no Senado Federal), o novo diploma inseriu os artigos 20 a 30 no Decreto-Lei mencionado. Estes artigos tratam em suma de parâmetros para a tomada de decisão nas esferas

---

[52] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[53] Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: (...)§ 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

[54] Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

[55] Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

administrativa, controladora ou judicial, inclusive em relação à responsabilização do agente público, reduzindo-a especificamente aos casos de dolo ou erro grosseiro.[56]

Além da previsão expressa no artigo 23 e no inciso I do §1º do artigo 26, ao tratar, respectivamente, de regime de transição quando houver nova interpretação sobre normas e da celebração de compromisso administrativo[57], verifica-se que a própria garantia da segurança jurídica das relações com os administrados e a definição de limites mais objetivos para a apuração de responsabilidade dos agentes públicos representam um incremento à eficiência da Administração Pública, uma vez que fomentam o interesse em parcerias privadas e permitem ao administrador público atuar de forma mais criativa e inovadora em busca de eficiência, sem receio de sanções desarrazoadas.

Há diversos avanços importantes, especialmente, os que instituem critérios razoáveis de interpretação, como a regra prevista no artigo 22 da Lei de Introdução, que estabelece a necessidade de considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem olvidar dos direitos dos administrados. Tais critérios servem tanto para análise de validade do ato administrativo praticado quanto para aplicação de sanções ao gestor.

Os referidos dispositivos foram regulamentados pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que traz importantes contribuições para a análise da motivação das decisões e da responsabilização dos agentes públicos. Assim, ressalta a obrigatoriedade de constar na motivação a devida indicação das normas,

---

[56] Cf. Artigos 20 a 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942.

[57] Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.
Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

da interpretação jurídica, da jurisprudência ou da doutrina que a embasaram (artigo 2º, § 2º).

No entanto, para que a atividade do administrador não fique ainda mais complicada, ao elevar o dever de motivação a um novo patamar, exigindo que este contenha toda e qualquer consequência possível advinda da decisão, o artigo 3º, parágrafo segundo, do referido decreto limita este dever à descrição das consequências práticas àquelas que seriam vislumbradas por uma atuação diligente do decisor.

Trata-se de uma ressalva importante para evitar responsabilizações desnecessárias e injustas ao agente público que atuou com prudência e boa-fé, desde que observe critérios de adequação, proporcionalidade e razoabilidade (§ 3º).

Por conseguinte, verifica-se claramente a afirmação da importância da eficiência administrativa em diversos dispositivos legais. Contudo, ainda que se considere a declaração em si como uma evolução da preocupação com o referido princípio constitucional, há uma carência de medidas objetivas, capazes de fornecer diretrizes mais específicas para garantir o seu cumprimento.

## 1.4. APLICAÇÃO DIRETA DE PRINCÍPIOS

A preocupação com os impactos do Princípio da Eficiência na atividade administrativa está em consonância com a tendência de aplicação direta dos princípios constitucionais, especialmente aqueles destinados à normatização da Administração Pública. Verifica-se que a atribuição de caráter normativo aos princípios, com a sua aplicação imediata, é medida enaltecida por parte da doutrina, conforme destaca Luís Roberto Barroso:

> A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e

> regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.[58]

Dessa forma, o princípio constitucional serve como parâmetro norteador do agente público, vinculando em certa medida a sua atuação e, assim, transformando-se em instrumento de superação da plena discricionariedade. Ou seja, o respeito ao sistema composto pelos referidos princípios constitui requisito de legitimidade do próprio ato administrativo, tendo em vista que é uma decorrência da instituição do Estado Democrático de Direito.

Sobre a limitação da discricionariedade e a vinculação a critérios para ponderação de valores, merece ressalva mais uma vez o entendimento de Luís Roberto Barroso, que embora se refira de forma expressa à esfera judicial, pode ser plenamente aplicado ao campo administrativo:

> A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções.[59]

No entanto, deve-se ter bastante cautela na aplicação dos princípios, pois não envolvem sempre uma correlação perfeita, mas sim uma graduação de aplicação de princípios colidentes. Há, portanto, necessidade de uma ponderação por parte do aplicador e do controlador, pautando-se por critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Neste aspecto, a fim de garantir o correto cabimento dos mecanismos de controle, serão necessários parâmetros mais objetivos de aplicação dos princípios constitucionais, como se verifica no desrespeito a regras imediatamente deles decorrentes. Normalmente, tais regras aparecem discriminadas em um rol exemplificativo na própria sequência da enunciação do princípio, auxiliando como

---

[58] BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional** – Tomo III. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12-13.
[59] Ibid., p. 10.

definidora de situações objetivas e, concomitantemente, como vetor de interpretação para outros casos.

O raciocínio descrito é o mesmo utilizado pela Lei de Improbidade Administrativa, ao tratar dos atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública. Dessa forma, o artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 estabelece em seu caput que constitui ato de improbidade administrativa contra os referidos princípios, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Logo em seguida, apresenta alguns exemplos dessas violações.[60]

Outro aspecto fundamental para delimitar o alcance do Princípio da Eficiência é analisar a sua relação com o Princípio da Legalidade. Ambos os princípios constitucionais regentes da Administração Pública estão dispostos da mesma forma no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Só este fato já se mostra suficiente para verificar a sua complementaridade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a eficiência deve agir em conjunto aos demais princípios constitucionais, sem qualquer sobreposição, especialmente, em relação à legalidade estrita, pois o oposto resultaria em grave insegurança jurídica e, até mesmo, em riscos ao Estado de Direito.[61]

Desta forma, a atividade administrativa deve ser concomitantemente legal e eficiente. Em que pese parecer uma afirmação óbvia, nem sempre é fácil realizar esta combinação na prática. Isto porque o Princípio da Legalidade referente à Administração Pública apoia-se na ideia de legalidade estrita, ou seja, o agente público só pode realizar o que a lei autoriza, ao contrário da legalidade ampla,

---

[60] 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: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

[61] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 84.

aplicada ao particular e descrita no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal,[62] que permite a prática de todos os atos que não sejam proibidos por lei.

Trata-se da construção de uma lógica que impõe a exigência de uma legalidade materialmente eficiente e finalística, na qual se determina a criação de mecanismos aptos à concretude das políticas públicas. Assim, a Administração Pública não deve aplicar as regras indiscriminadamente, mas de maneira racional, buscando o interesse público. Além disso, a legitimidade da norma jurídica passa a compreender a sua eficiência. Sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão esclarece:

> O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados -, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.
> [...] O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, caput, da CF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas 'passam a ser critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater. [63]

Por conseguinte, a atuação administrativa deve ir além do sentido formal da norma e cumprir sua essência finalística, almejando-se a satisfação do interesse público da melhor maneira possível. Para tanto, destaca-se a relação entre Eficiência e Proporcionalidade, pela qual a concretude dos objetivos normativos deve ser alcançada eficientemente mediante critérios de adequação e necessidade. Ou seja, a legalidade material pressupõe a ponderação de meios e interpretações, organizados de modo racional.[64]

---

[62] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[63] ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Princípio da Eficiência**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, 2004, p. 1-6. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>. Acesso em 8 out. 2019. p. 3-4.

[64] Ibid., p. 3-4.

## 1.5. EFICIÊNCIA E DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

### 1.5.1. Conceito e evolução dos Direitos Fundamentais

A fim de conceituar os direitos fundamentais, são necessários, inicialmente, alguns esclarecimentos acerca da distinção terminológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, considerando como critério sua previsão no ordenamento jurídico. Assim, enquanto os direitos humanos seriam provenientes do direito natural, sendo intrínsecos à condição de ser humano, os direitos fundamentais possuem como característica básica a positivação em determinada ordem jurídica.[65] A partir desse vínculo e com o intuito de expor o seu desenvolvimento, será utilizada a expressão “direitos humanos” para acompanhar o movimento histórico, ao qual se segue o devido reconhecimento nos diversos ordenamentos, atribuindo-se, então, a qualificação de direitos fundamentais.

Dessa forma, os direitos humanos podem ser definidos como poderes-deveres decorrentes da necessidade de preservação da comunidade humana e de realização do ser humano em cada indivíduo inserido nesta.[66]

Assim, os direitos humanos constituem direitos que, concomitantemente, são deveres dos sujeitos humanos entre si mesmos. Tais direitos desenvolvem-se em conformidade com os valores que emergem e permanecem enquanto necessários.

Nesse aspecto, a motivação basilar é a necessidade da comunidade, condição lógica e histórica da humanidade, cujo produto é a mais-valia social, ou seja, um valor superior à simples integração dos valores individuais, mas produzido a partir desta, também denominado como sinergia. Trata-se, portanto, do princípio-

---

[65] QUINTILIANO, Leonardo David. **Direitos sociais e vinculação do legislador**: as reformas previdenciárias e seus limites constitucionais no Estado Social e de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 119.
[66] BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos**: Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1-2.

fim humano-comunitário como elo de fixação dos indivíduos, no qual a equidade e reciprocidade avalizam os direitos humanos.[67]

Como ensina Sérgio Resende de Barros, ao tratar do desenvolvimento dos direitos humanos, deve-se diferenciar a evolução até os direitos da evolução dos direitos propriamente dita. A primeira compreende as raízes e fundamentos do surgimento dos direitos humanos até a efetiva consolidação de sua existência.[68]

Nesse sentido, verifica-se que a necessidade gera o dever, que, por sua vez, dá origem ao poder. Assim, a necessidade precípua de realização do fim comunitário enseja uma série de deveres entre os indivíduos que acabam por resultar em direitos mútuos, assim como em relação ao Estado.

Trata-se, assim, de uma evolução complexa da sociedade e comunidade humana que deu origem aos direitos humanos. Não se pode reduzir sua justificativa a meras construções ideológicas, que podem ser usadas em sentidos diferentes para defender ideologias discrepantes. É o caso, por exemplo, das teorias que envolvem a natureza humana e o contrato social, de modo que os contratualistas utilizam suas ideias sob enfoque diverso e inclusive oposto. Assim, Hobbes defende o absolutismo, Locke defende a liberdade e o individualismo e Rousseau defende a democracia.

Durante o seu desenvolvimento, constata-se a mudança no sistema de organização da sociedade atrelado à forma de aplicação da sanção. Desde a aldeia tribal, onde havia a coação natural, pela imposição de deveres de forma direta e imediata pela própria comunidade, a sanção evolui dentro do contexto de uma sociedade patriarcal para a coerção institucional, aplicada pela autoridade natural e espontânea, até, por fim, a coartação estatal, dotada de um aparato de força destacado e armado, o qual está relacionado ao surgimento e desenvolvimento do Estado.

Em análise ao desenvolvimento da relação entre direito e dever, verifica-se inicialmente a imposição de deveres no contexto da comunidade, seguindo-se pela

---

[67] BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos**: Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1-2.
[68] Ibid.

composição de deveres e direitos, pela oposição de direitos e, finalmente, pela recomposição dos direitos com os deveres, almejando-se a eficácia plena da relação.

Desse modo, verifica-se, na conjuntura histórica, o paradoxo da civilização: o avanço da cultura humana e, ao mesmo tempo, a agressão aos direitos humanos. Paradoxo, este, talvez superável pela solidariedade na incessante busca pela solidez da humanidade.

No tocante à evolução dos direitos humanos, deve ser abordada a classificação nas três gerações (ou dimensões) de direitos, categorizadas em associação aos comandos ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato explica que os princípios fundamentais supremos correspondem à referida tríade da manifestação jurídica francesa.[69]

Embora influenciados pelo exemplo de limitação do poder estatal da Magna Carta de 1215, os direitos humanos de primeira geração, relacionados à ideia de liberdade, têm como marcos principais a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, culminando esta na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada no mesmo ano. Compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais (direitos civis e políticos).

Já os direitos de segunda geração, chamados de direitos sociais, simbolizando o ideal de igualdade, tiveram como expoentes a Constituição Mexicana de 1917 e a Revolução Russa ocorrida no mesmo ano, bem como o Tratado de Versalhes e a Constituição da República de Weimar, ambos de 1919. Nesse contexto, foram desenvolvidos os direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente, os direitos dos trabalhadores, deixados em condições desumanas após a Revolução Industrial. Trata-se das liberdades positivas, reais ou concretas.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu livro Direitos Humanos Fundamentais, toda essa evolução alcançou o seu coroamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada na Assembleia Geral da

---

[69] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22.

Organização das Nações Unidades, em 10 de dezembro de 1948. Marco de extrema relevância que adveio em reação às inúmeras atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial.[70]

Por fim, os direitos de terceira geração, chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, representam basicamente os direitos difusos e coletivos, como o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à comunicação e à autodeterminação dos povos. Esta categoria foi identificada por Karel Vazak, na abertura dos cursos do Instituto Internacional de Direitos do Homem, em 1979, e tratada na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981.[71]

Há ainda quem sustente a existência de uma quarta geração de direitos, relacionados à bioética. Contudo, é importante destacar que as gerações de direitos são um crescente contínuo no implemento das condições de realização de todo o ser humano em todos os indivíduos humanos e a sua classificação tem utilidade para uma percepção didática.

Nesse sentido, é relevante analisar o crescimento da quantidade de direitos inscritos e detalhados na legislação, que acaba por obscurecer o discernimento da qualidade, fazendo perder de vista a unidade do instituto dos direitos humanos fundamentais. Isto resulta na afronta dos direitos humanos pelos próprios direitos humanos, na medida em que se separa a sua concepção teórica da sua atuação prática, o que no fundo é parte do paradoxo da civilização. Ainda que possa haver uma distinção de níveis dos direitos humanos em fundamentais e operacionais, não há cisão do instituto, uma vez que não se pode separar o humano do fundamental.

Deste modo, tanto a natureza humana quanto a dignidade humana devem ser fixadas à sua raiz histórico-social de preservação da comunidade humana, sob pena de que tais conceitos sejam suscetíveis à manipulação pela ideologia e demagogia.

Finalmente, segundo os ensinamentos de Sérgio Resende de Barros, o paradoxo da civilização será, como já está sendo, continuamente vencido e

---

[70] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.
[71] Ibid.

renovado pela própria civilização, que sempre mais desenvolve os seus meios para os seus fins e, ao mesmo tempo em que os desenvolve para a sua afirmação, o faz para a sua negação. A civilização, assim, constantemente desenvolve e resolve o seu paradoxo, em uma contínua contradição da ação com a superação.[72] Portanto, conclui-se que a humanidade é a razão comum de todos os direitos humanos fundamentais.[73]

### 1.5.2. Histórico do Direito Fundamental à Boa Administração

O direito fundamental à boa Administração é uma criação relativamente recente no Direito, de modo que surgiu a partir das decisões judiciais proferidas pela Corte Europeia. Embora criado como um mecanismo de proteção a abusos estatais, este instituto evoluiu como comando geral para Administração Pública, orientando-a em suas decisões, a fim de manter a conformidade com os demais direitos e princípios já consolidados em cada ordenamento jurídico. Assim, tal direito constitui uma forma de condensar diversas normas que regem a atuação administrativa e de assegurar a proteção aos direitos dos cidadãos.

O desenvolvimento do referido direito fundamental culminou na sua inclusão no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,[74] também denominada Carta de Nice, com efeito vinculante para os seus Estados-membros,

---

[72] BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos Humanos**: Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 467.
[73] Ibid.
[74] Artigo 41º Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e Órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua. (PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Nice, 2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2018.

excetuando-se a Polônia e o Reino Unido. A sua positivação é um marco significativo para a evolução dos deveres da Administração Pública, cuja atividade é cada vez mais avaliada por critérios qualitativos e, até mesmo, subjetivos.

Importante frisar que somente foi conferido efeito vinculante à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia com a sua anexação ao Tratado de Lisboa, no ano de 2009, o que culminou por ampliar e consolidar definitivamente sua importância como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais em âmbito mundial.

As exigências da sociedade em relação aos agentes transformaram-se em consonância com uma nova visão da função do Estado e com a aproximação do cidadão em relação ao cotidiano da máquina administrativa, principalmente, pelo rápido avanço da transparência e dos mecanismos de controle social, como se verifica, por exemplo, com o advento da Lei de Acesso à Informação no Brasil.[75]

O referido dispositivo da Carta Europeia apresenta apenas um rol exemplificativo de direitos conferidos aos seus cidadãos. No entanto, a importância e a abrangência do Direito Fundamental à Boa Administração são bem mais extensas. Trata-se de um comando geral que aglutina todas as normas e princípios que regem a Administração Pública, como uma diretriz que produz diversas ramificações e que serve de baliza na avaliação da atuação administrativa, assim como outros direitos fundamentais produzem efeitos amplos nos mais diversos ramos do direito, em que se pode citar exemplificativamente a dignidade da pessoa humana.

Segundo Juarez Freitas, o Estado Constitucional pressupõe escolhas administrativas legítimas, ou seja, a autoridade pública deve justificar suas decisões de forma consistente e coerente, além da simples conveniência e oportunidade. Assim, a liberdade do gestor só se legitima para aplicar os Princípios Constitucionais, sendo o controle da discricionariedade uma norma implícita de imediata eficácia.[76]

---

[75] Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.
[76] FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 13.

Ainda, de acordo com o constante nas notas da exposição de motivos do projeto de Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o direito fundamental à boa administração pública disposto no artigo 41 do referido diploma tem seu embasamento legal na jurisprudência da Corte Europeia, citando especificamente o acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1992, processo C-255/90 P, Burban, Colect. 1992, I-2253, bem como os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1995, processo T-167/94, Nölle, Colect. 1995, II-2589; de 9 de Julho de 1999, processo T-231/97, New Europe Consulting e Michael P. Brown, Colect. II-2403).[77]

Os enunciados dos dois primeiros itens do referido dispositivo se originam da jurisprudência, conforme os acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 1987, processo 222/86, Heylens, Colect. 1987,p. 4097, ponto 15; de 18 de Outubro de 1989, processo 374/87, Orkem, Colect. 1989, p. 3283; de 21 de Novembro de 1991, processo C-269/90, TU München, Colect. 1991, I-5469; e os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Dezembro de 1994, processo T-450/93, Lisrestal, Colect. 1994, II-1177; de 18 de Setembro de 1995, processo T-167/94, Nölle, Colect. 1995, II-258) e, em relação à obrigação de fundamentar, do artigo 253 do Tratado CE.[78]

O item nº 3 representa o direito garantido no artigo 288 do Tratado CE e o item nº 4 menciona o direito garantido no artigo 21, terceiro parágrafo, do Tratado CE. Nos termos do item nº 2 do artigo 52, estes direitos são aplicáveis nas condições e limites definidos pelos Tratados. O direito a uma ação judicial efetiva é garantido pelo artigo 47 da própria Carta de Direitos Fundamentais.[79]

Há outros inúmeros fatores históricos que deram ensejo ao direito fundamental à boa administração, como por exemplo os efeitos do período pós-Segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento de diversas convenções internacionais, principalmente, na seara dos Direitos Humanos.

---

[77] PARLAMENTO EUROPEU. **Projeto de Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_pt.pdf>. Acesso em 02 mai. 2018
[78] Ibid.
[79] Ibid.

Vale ressaltar também a existência do Código Europeu de Boa Conduta Administrativa,[80] que pode ser conceituado como um ato normativo editado pelo Parlamento Europeu, aplicável a todas as relações de suas instituições com o público, constituindo documento complementar ao Estatuto dos Funcionários da União Europeia.

Desde que foi aprovado pelo Parlamento Europeu, em 2001, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa constitui um importante instrumento para aplicar no cotidiano administrativo europeu o direito fundamental à boa Administração. Trata-se de auxílio aos cidadãos para compreender e resguardar seus direitos perante o Poder Público, além de estimular o interesse público na eficiência e transparência da administração europeia. Segundo informação proveniente do próprio Ouvidor de Justiça Europeu:

> Aos cidadãos da UE assiste, ao abrigo da Carta, o direito fundamental a uma boa administração. As instituições devem, portanto, acolher a mudança e os desafios e ser proativas na melhoria e reforço da qualidade e da eficiência do seu trabalho.[81]

No direito interno dos países membros, verificam-se disposições semelhantes, como é o caso do ordenamento jurídico italiano que faz menção ao princípio do bom funcionamento dos serviços públicos, também denominado de boa administração, podendo este ser equiparado à qualidade do serviço público e, principalmente, à eficiência administrativa. Trata-se de conceito fundamental para a atual concepção de Estado, cuja ideia é pré-constitucional.[82] A previsão expressa do princípio consta do Artigo 97 da Constituição da República Italiana.[83]

---

[80] PROVEDOR DE JUSTIÇA EUROPEU. **Código Europeu de Boa Conduta Administrativa**. 2001. Disponível em: <https://www.ombudsman.europa.eu/pt/publication/pt/3510>. Acesso em: 8 mai. 2018.

[81] Ibid.

[82] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 892.

[83] Secção II – A Administração Pública Art. 97 As administrações públicas, em coerência com o ordenamento da União Europeia, garantem o equilíbrio dos orçamentos e a sustentabilidade da dívida pública. Os gabinetes públicos são organizados conforme disposição da lei, de modo a que sejam assegurados o bom andamento e imparcialidade da administração. (ITÁLIA. SENADO DA REPÚBLICA. **Constituição da República Italiana**. Roma, 1947. Disponível em: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf>. Acesso em 17 jun. 2019).

Na Espanha, a denominação escolhida para o princípio que rege a boa atuação da Administração Pública é de Princípio da Eficácia, conforme dispõe o artigo 103, nº 1, da Constituição Espanhola de 1978.[84] No entanto, também é possível identificar referência expressa ao dever de eficiência na programação e execução do gasto público, nos termos do artigo 31, nº 2.[85]

Já em Portugal, embora sua Constituição não preveja o direito fundamental à boa Administração, tampouco o Princípio da Eficiência, ou outra de suas designações variantes, o texto constitucional português possui importantes contribuições para o tema, como por exemplo, ao dispor que é incumbência prioritária do Estado zelar pela eficiência do setor público e do funcionamento eficiente dos mercados,[86] bem como assegurar padrões de eficiência para a saúde.[87]

Consta ainda previsão de que a atividade administrativa obedeça a procedimento no qual haja "racionalização dos meios a utilizar pelos serviços",[88] conforme previsão do artigo 267, nº 5, da Constituição da República Portuguesa.[89] Para o constitucionalista português, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, a

---

[84] Artigo 103 1. A Administração Pública serve com objectividade os interesses gerais e actua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, plenamente submetida à lei e ao Direito. (ESPANHA. CORTES GERAIS. **Constituição Espanhola**. Madrid, 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019).

[85] Artigo 31 [...] 2. O gasto público realizará uma distribuição equitativa dos recursos públicos, e a sua programação e execução responderá a critérios de eficiência e economia.

[86] Artigo 81.º Incumbências prioritárias do Estado - Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: [...] c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público; [...] f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral; (PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Portuguesa**. 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublicaportuguesa.aspx>. Acesso em: 18 jun. 2019.

[87] Artigo 64.º Saúde. [...] 3. Para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: [...] b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; [...] d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;[...]

[88] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 892

[89] Art. 267 [...] 5. O processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.

racionalização utiliza também critérios de produtividade, surgindo às vezes como sinônimo da eficiência *stricto sensu*.[90]

Também é possível encontrar previsões acerca do tema nos textos constitucionais de países de menor relevo internacional. É o caso do Suriname, cuja Constituição traz uma determinação no capítulo que trata da Administração Pública para que as formas legais de descentralização administrativa observem a eficiência e que seja garantida a racionalidade dos procedimentos administrativos.[91]

A Constituição das Filipinas de 1987, em especial, apresenta uma série de disposições que destacam a importância da eficiência administrativa, tais como: a existência de órgão central responsável pelo servidores que deverá adotar medidas para promover a eficiência no serviço público;[92] a reponsabilidade dos agentes públicos que deverão servir à população com eficiência;[93] a figura do Ouvidor que tem a função de investigar atos ou omissões dos agentes quando estes forem aparentemente ineficientes, bem como determinar suas causas e propor recomendações para eliminá-las.[94]

---

[90] LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 128.

[91] *CHAPTER XX THE PUBLIC ADMINISTRATION – Article 157 [...] 2. Suitable forms of administrative decentralization shall be created by law, taking efficiency into consideration and without diminishing the unity of action or the powers of the Government to give guidance and to exercise supervision. 3. Administrative procedures shall be created by law, which will ensure the rationality of the methods used by the ministerial departments, as well as the participation of the citizens in the process of decision making or in the debates that concern them.* (SURINAME. ***Constitution of Suriname***. Sítio da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/en/sur/en_sur-int-text-const.pdf>. Acesso em 18 de jun. 2019).

[92] *ARTICLE IX Constitutional Commissions B. The Civil Service Commission SECTION 3. The Civil Service Commission, as the central personnel agency of the Government, shall establish a career service and adopt measures to promote morale, efficiency, integrity, responsiveness, progressiveness, and courtesy in the civil service. It shall strengthen the merit and rewards system, integrate all human resources development programs for all levels and ranks, and institutionalize a management climate conducive to public accountability. It shall submit to the President and the Congress an annual report on its personnel programs.* (FILIPINAS. ***The Constitution of the Republic of the Philippines***. 1987. Sítio do Diário Oficial – *Official Gazette*. Disponível em: <https://www.officialgazette.gov.ph/constitutions/1987-constitution/>. Acesso em: 18 jun. 2019).

[93] *ARTICLE XI Accountability of Public Officers SECTION 1. Public office is a public trust. Public officers and employees must at all times be accountable to the people, serve them with utmost responsibility, integrity, loyalty, and efficiency, act with patriotism and justice, and lead modest lives.*

[94] *ARTICLE XI Accountability of Public Officers* [...] *SECTION 13. The Office of the Ombudsman shall have the following powers, functions, and duties: (1) Investigate on its own, or on complaint by any person, any act or omission of any public official, employee, office or agency, when such act or omission appears to be illegal, unjust, improper, or inefficient. [...] (7) Determine the causes of*

### 1.5.3. Boa Administração e Princípio da Eficiência

A aplicação do direito fundamental à boa Administração exige a legitimidade dos atos proferidos pelo Poder Público. Para tanto, é necessário primordialmente que a atuação da Administração Pública esteja em conformidade com os Princípios Constitucionais, de modo que seja pautada pela Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Embora seja inegável a importância de todos os princípios mencionados, assim como outros previstos expressa ou implicitamente, como o princípio da Proporcionalidade ou da Motivação, é certo que o Princípio da Eficiência, considerado em sua multidimensão, é o que mais se aproxima per si do comando ideal da Boa Administração.

Trata-se de uma regra que almeja a melhor Administração Pública possível, com seu desenvolvimento em todas as vertentes (econômica, social, ambiental) e vai além. Como já exposto, a Eficiência plena só é alcançada com o cumprimento de todos os demais princípios, uma vez que é o modo de execução deles mais próximo possível da excelência.

Portanto, o Princípio da Eficiência exige que a Administração atue com Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade da forma mais adequada, em verdadeira relação de interdependência. É, portanto, uma versão própria da boa Administração prevista no Direito Europeu.

Esse entendimento é compartilhado por Hely Lopes Meirelles, para o qual o dever de eficiência corresponde ao "dever de boa administração" previsto na doutrina italiana.[95] Por sua vez, a satisfação do direito fundamental dos cidadãos à boa Administração Pública se traduz no direito público subjetivo de exigir uma

---

*inefficiency, red tape, mismanagement, fraud, and corruption in the Government and make recommendations for their elimination and the observance of high standards of ethics and efficiency.*

[95] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 90.

administração pública eficiente, que observe a totalidade de seus princípios constitucionais reguladores.[96]

A exemplo dos conceitos comuns de moral e publicidade, que não se confundem com o sentido atribuído aos Princípios da Moralidade e da Publicidade, a noção comum de eficiência é bem diferente do valor semântico do Princípio da Eficiência. Seja pelo desenvolvimento histórico ou pela vontade social que deu origem à fundamentação do comando constitucional, o fato é que os princípios são comandos basilares complexos que possuem denominações que apenas visam à sua melhor identificação.

Assim, apesar do termo “eficiência” ser bastante relacionado à questão econômica, o Princípio da Eficiência representa a melhor aplicação possível dos demais princípios e instrumentos jurídicos e administrativos que constituem o aparato do Estado.

Do mesmo modo, o direito fundamental à boa Administração é uma locução que representa a compilação de várias diretrizes ao exercício da atividade administrativa. Assim, seja pela crescente necessidade e preocupação social com a Administração Pública, seja pela evolução do próprio direito, verifica-se que é cada vez maior o sentido atribuído ao referido dispositivo fundamental.

Este crescimento pode ser visto nas ações dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, à medida que as propostas legislativas, a atuação administrativa e as decisões judiciais começam a incorporar a preocupação com uma Administração Pública mais eficiente em seus meios e resultados, ainda que as iniciativas continuem tímidas diante do potencial que possuem.

Em suma, é nítido o vínculo entre o Princípio da Eficiência e o direito fundamental à boa Administração. Tal relação é bem explicitada na obra de Jesse Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

> A boa administração é direito da sociedade, a que corresponde um dever político e jurídico da administração estatal, por isto que a atuação desta se compromete com a legalidade, a legitimidade, a imparcialidade, a impessoalidade, a moralidade, a motivação, a qualidade, a presteza, a

[96] FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 21.

> racionalidade, a objetividade, a coordenação, a economicidade, a **eficiência** e a publicidade, tais os valores e princípios norteadores da gestão efetivamente voltada para a satisfação do interesse público.
> Algumas práticas institucionais conspiram contra a boa administração, citando-se, de forma ilustrativa, a corrupção, que não conhece fronteiras partidárias, nem ideológicas, a má aplicação de recursos públicos e a **ineficiência administrativa**. (negritos nossos) [97]

Os referidos autores ainda apresentam de forma complementar um paralelo importante entre controle e boa administração, cuja junção demonstra claramente a subsunção perfeita entre o controle da eficiência e o referido direito fundamental, conforme se verifica no seguinte texto:

> O controle pressupõe supervisão, coordenação, orientação, fiscalização, aprovação, revisão e avocação das atividades controladas. O descontrole inviabiliza a gestão, torna ineficaz o direito à boa administração e não se compadece com o ideário do estado democrático de direito e republicano.[98]

Para melhor entender a relação entre boa Administração e Princípio da Eficiência, é preciso antes tratar da dupla natureza dos direitos fundamentais, pela qual estes direitos podem ser categorizados segundo seus aspectos subjetivo e objetivo, ou seja, a dupla natureza consiste na atuação simultânea dos direitos fundamentais como direito subjetivo e como princípio objetivo da ordem constitucional.

No mesmo sentido, Nagibe de Melo Jorge Neto apresenta o conceito das duas dimensões:

> A dimensão subjetiva apresenta os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos dos cidadãos. A dimensão objetiva apresenta os direitos fundamentais como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.[99]

Dessa forma, a sua dimensão subjetiva caracteriza-se pela exigibilidade desses direitos por parte dos indivíduos, logo, a própria garantia de proteção aos direitos fundamentais. Já a vertente objetiva define o modo de atuação estatal e do ordenamento jurídico no sentido de respeitar e concretizar os direitos fundamentais.

---

[97] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação.** 1ª ed. São Paulo: Editora NDJ, 2012, p. 3.
[98] Ibid.
[99] JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas:** concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2008, p.42.

Merecem destaque ainda os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em que sintetiza suas diversas funções. Segundo essa visão, a vertente objetiva serve para definir o exercício dos direitos subjetivos, atribuindo-lhe legitimidade social, ao mesmo tempo em que se torna parâmetro para o agir da Administração Pública, para a interpretação das leis e outros atos normativos e, inclusive, para o seu controle de constitucionalidade.[100]

Verifica-se que tal caráter dúplice não decorre sempre de previsão expressa nas redações das constituições, mas da técnica interpretativa do aplicador.[101] Assim, um direito fundamental corresponderia a um princípio objetivo constitucional e vice-versa. É a relação que se verifica ao considerar as expressões direito fundamental à boa Administração e Princípio da Eficiência.

Importante ainda ressaltar a relação de complementariedade entre o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo, na qual há um fortalecimento mútuo entre ambos, conforme André Ramos Tavares assevera:

> Tomados pela sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais impõem ao Estado um agir capaz de garantir, assegurar e efetivar o gozo dos direitos fundamentais. Funcionam como balizas tanto para o agir estatal, como para a liberdade individual. Se, de um lado, impedem o arbítrio do Estado, de outro, excluem também a liberdade ilimitada do particular. Por outra vertente, a atualização dos direitos fundamentais como direitos subjetivos é que confere realidade e vida à sua dimensão objetiva.
> Essa relação de complementaridade seria alimentada como que por um círculo virtuoso: o exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos, sua cobrança, sua atualização, redunda em um fortalecimento da sua dimensão objetiva; quanto mais o Estado os protege ou assegura a sua proteção, tanto mais os direitos subjetivos são exercidos.[102]

Assim, os direitos fundamentais se desenvolvem para além de meras declarações, tornando-se verdadeiros instrumentos de salvaguarda dos interesses sociais e uma fonte limitadora da atuação pública e privada. Por esta razão, é imprescindível a análise da previsão constitucional desses direitos e como se dá a sua aplicação de acordo com o entendimento contemporâneo.

---

[100] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 155-159.
[101] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 358.
[102] Ibid.

Embora os conceitos transmitam aparentemente a natureza subjetiva e objetiva, de forma respectiva, o que se verifica é que o direito fundamental à boa Administração é constantemente descrito por características de cunho objetivo. Por exemplo, na Carta de Nice, consta a sua definição por meio de um rol de direitos que estão implícitos na boa Administração, mas também consta a obrigação de fundamentação das decisões proferidas pela Administração Pública.

Assim, é mais correto interpretar o direito fundamental à boa Administração e o princípio da eficiência administrativa como opções dos legisladores de seus países para definir objetos jurídicos semelhantes e que, apesar de cada expressão dar relevância a uma das naturezas mencionadas, ambos apresentam o viés subjetivo e objetivo.

Esta explicação é de extrema importância para analisar a eficiência enquanto preceito fundamental, uma vez que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em incluir os direitos fundamentais como objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Enquanto isso, no tocante à verificação específica do enquadramento dos princípios constitucionais da Administração Pública, há pouquíssimas menções em livros ou decisões judiciais.

## 1.6. CONTROLE E EFICIÊNCIA

### 1.6.1. Evolução do Controle da Administração Pública

Embora a preocupação com o controle da Administração Pública seja uma ideia antiga e sedimentada, os seus parâmetros de atuação têm evoluído ao longo da história do Direito Público, tornando-se cada vez mais refinados. Nota-se, assim, um salto de qualidade, ao partir de um controle de juridicidade para um controle

mais amplo, em que se exige a concreta satisfação dos interesses da sociedade pelo Estado, passando por uma análise de legitimidade.[103]

Trata-se, portanto, de um novo modelo, implementado por diversas reformas administrativas e voltado ao controle de resultados, visando à formulação e execução de políticas públicas aptas ao cumprimento dos direitos humanos fundamentais, sintetizados, neste caso, no direito à boa administração. Tal modelo surge como mais uma tentativa de resposta à irresponsabilidade na direção político-administrativa que deveria ser eficiente na realização concreta dos direitos públicos subjetivos dos administrados.[104]

Neste sentido, o controle de legalidade formal não é suficiente, se não houver, em conjunto, a responsabilidade quanto à efetiva satisfação material e concreta. É necessário, pois, o cumprimento da pretensão social à eficiência, caracterizando-se a boa administração, o que necessariamente inclui a tutela dos resultados no âmbito administrativo.

Esse fenômeno que aconteceu no desenvolvimento do controle sobre a Administração Pública, pôde ser percebido de uma maneira peculiar naquele exercido pelo Poder Judiciário. Assim, no tocante ao controle judicial, o que inicialmente era um tímido e estrito controle de legalidade dos atos administrativos, desenvolveu-se em controles mais abrangentes como os previstos na Teoria do Desvio de Poder e na Teoria dos Motivos Determinantes que adentram no próprio mérito administrativo do agente público e continua a desenvolver para um controle mais atuante.

Em suma, a Teoria do Desvio de Poder autoriza o controle judicial quando se verifica que o administrador público praticou o ato desviando-se do interesse público, de forma abusiva. Já a Teoria dos Motivos Determinantes estabelece que se o agente público fundamentar o seu ato em dado motivo, a validade desse ato ficará condicionada à existência e à veracidade dos motivos que o ensejaram.

---

[103] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novo referencial no Direito Administrativo**: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública. In: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006, p. 2-3. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/06/ebook-10-artigos-controle-administracao-publica-selecao.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.
[104] Ibid., p. 2-3.

Portanto, caso o Poder Judiciário verifique que um ato discricionário foi fundamentado em fato inexistente ou inverídico, deve determinar a sua anulação.

O refinamento dos instrumentos de controle e a ampliação do seu objeto é resultado da cobrança por melhorias nas políticas públicas e a necessidade de serviços públicos com melhor qualidade. Como fruto desse pensamento, há o desenvolvimento de outras teorias sobre o controle dos atos administrativos e seu aprofundamento, culminando na análise sobre os valores atribuídos às políticas implementadas, como a própria eficiência administrativa.

Tal tendência de ampliação do controle sobre princípios e valores constitucionais já se verifica inclusive na jurisprudência brasileira, conforme se observa no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em análise ao Recurso Especial nº 695.718-SP:

> O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. **O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal**, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. (negritos nossos)[105]

Contudo, a ampliação da extensão dos controles deve ser analisada com muita cautela, uma vez que a função do administrador público não pode ser usurpada pelos órgãos de controle, sob pena, inclusive, de invadir a competência de um dos outros Poderes.

Ressalta-se a mudança não apenas no controle judicial, mas, também, no controle interno que evoluiu muito nos últimos anos, com a criação das controladorias e com o surgimento do *compliance* no setor público, principalmente,

---

[105] "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. UTILIZAÇÃO DE FRASES DE CAMPANHA ELEITORAL NO EXERCÍCIO DO MANDATO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC, REPELIDA. **OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS**. INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRESCINDIBILIDADE. INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO CONFIGURADA. SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU." (STJ. REsp nº 695.718/SP [2004/0147109-3], 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. em 16/08/2005, DJ 12/09/2005, negritos nossos).

após o advento da Lei federal nº 12.846/2013, destinada a auxiliar no combate à corrupção. Da mesma forma, verifica-se uma expansão do controle social, aliada à necessidade cada vez maior de transparência e aos anseios crescentes por uma efetiva responsividade estatal.

Por fim, não há dúvidas de que muitas controvérsias persistem sobre o controle da Administração Pública, especialmente, em relação à sobreposição de competências e aos conflitos decorrentes da usurpação de função, bem como da falta de legitimidade, quanto mais em uma situação de grave crise política e financeira estatal, tendente a agravar o quadro de insatisfação social. O que se pode afirmar é que o controle da Administração Pública caminha para um enfoque na verificação de resultados e de legitimidade da atuação administrativa, segundo uma legalidade finalística e em busca da eficiência.

### 1.6.2. Relação entre Controle e Eficiência

A ideia de controle está intimamente relacionada com a noção de eficiência e, conforme se pretende nesta dissertação, tal relação deve ser analisada sob três perspectivas, todas de forma complementar. A primeira diz respeito à aplicação do controle sobre a eficiência, nas suas vertentes subjetivas e objetivas, ou seja, como a eficiência pode pautar a atuação do agente público e como repercute nas normas ou diretamente nos procedimentos administrativos, de acordo com os aspectos já expostos sobre o regime jurídico da eficiência administrativa.

A segunda perspectiva trata da importância da existência de controles para o fomento da eficiência na Administração Pública, de modo a demonstrar que, apesar das críticas sobre os instrumentos atuais de controle e como engessariam a atuação administrativa, estes podem se tornar ferramentas para alcançar maior eficiência quando não utilizados de maneira excessiva e desproporcional.

Finalmente, a terceira perspectiva busca verificar os próprios mecanismos de controle, como aprimorá-los e torná-los mais eficientes. Como já foi tratado, os controles sobre a Administração Pública evoluíram muito desde a sua concepção.

A partir deste desenvolvimento, serão abordadas algumas diretrizes para que se aperfeiçoem ainda mais, citando-se algumas propostas importantes de alteração legislativa.

Trata-se de uma esfera delicada, onde o excesso normativo ou a falta de clareza das normas têm gerado enormes prejuízos para a Administração Pública, restringindo a qualidade da sua a atuação e gerando incertezas quanto à aplicação e à efetividade dos atos administrativos.

Hodiernamente, há uma carência de equilíbrio, de modo que a finalidade de coibir a corrupção, os abusos de autoridade e o desperdício do dinheiro público deve ser alinhada à modernização dos procedimentos, ao incentivo de medidas eficientes e à garantia de segurança jurídica ao agente público e ao administrado.

Quanto mais efetivo for o respeito à segurança das relações jurídicas no âmbito administrativo e aos direitos dos particulares, maiores serão os investimentos deste no setor público e menores serão os custos para a Administração. Dessa forma, não há como falar na aplicação do Princípio da Eficiência sem esta garantia.

Portanto, embora a lei deva ser rígida, a fim de evitar as diversas tentativas de corrupção e de locupletamento ilícito, também deve manter a prudência e a coerência em seu sistema de responsabilização, para que não imobilize a atividade administrativa, acarretando custos desnecessários e, consequentemente, os mesmos prejuízos ao dinheiro público que buscou evitar.[106]

### 1.6.3. Importância dos controles para o alcance da Eficiência

Diferentemente das críticas aos mecanismos de controle da Administração Pública, pelos seus supostos entraves à atuação administrativa, este trabalho tem por escopo demonstrar que o problema não é o controle em si, muito pelo contrário,

---

[106] BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato**: a crise da licitação. 2ª ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999, p.15.

parte-se do pressuposto que o controle pode ser de grande auxílio em conferir maior eficiência aos procedimentos e à estrutura da Administração Pública, quando manuseado de forma correta e, diga-se, eficiente.

Ocorre que as referidas críticas consideram burocráticos diversos controles, afirmando que causam morosidade e maiores gastos para a Administração Pública. Em razão disto, muitos requerem a extinção indiscriminada dos controles ou descumprem suas recomendações de forma institucionalizada, a fim de reduzir sua eficácia. Mas, a solução caminha na direção oposta, ou seja, aperfeiçoar os controles e transformá-los em instrumentos eficientes de verificação e orientação.

O controle pode deixar de ser um mecanismo incentivador da burocracia excessiva, transformando-se em um instrumento para sua eliminação. Muitas das inovações sugeridas nas reformas administrativas são atreladas à noção de controle, como por exemplo, a adoção cada vez maior de um enfoque no controle de resultados e no controle social.

Nessa medida, o controle das atividades da Administração Pública deve ser ainda considerado como um instrumento de proteção dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, garantindo-os e visando à sua efetivação de um modo mais eficiente.

Vale ressaltar que Norberto Bobbio, ao tratar do controle do poder, já associava a controlabilidade à democracia e incontrolabilidade à arbitrariedade.[107] A própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 15, já previa que “a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.[108] Por esse motivo, é que se buscará descrever alguns parâmetros para alcançar a eficiência nos mecanismos de controle.

---

[107] BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurelio Nogueira. 6ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 95.

[108] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3% A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 01 jun. 2018.

### 1.6.4. Eficiência dos Mecanismos de Controle

Atualmente, verifica-se uma série de medidas aplicadas de forma inadequada por parte de alguns órgãos controladores, que, por razões formais de menor monta, acabam inviabilizando diversas políticas públicas e contratações do Estado, gerando enormes prejuízos para a máquina pública e para a população, quando poderiam determinar medidas alternativas para o saneamento dos vícios, permitindo o prosseguimento do respectivo serviço público.

É corriqueiro que o agente público se veja obrigado a seguir uma conduta prevista na legislação, mas que já esteja completamente ultrapassada, principalmente sob o aspecto gerencial. Há diversas leis que regulam os procedimentos administrativos que não se atualizam com o mesmo dinamismo da sociedade, cujo comportamento cultural acompanha o desenvolvimento tecnológico. Nesse caso, não há alternativa, senão seguir a determinação legal, ainda que menos eficiente, sob pena de ser responsabilizado perante os órgãos de controle.

Verifica-se assim que a substituição de procedimentos burocráticos por soluções tecnológicas, capazes de cumprir a mesma função com melhor desempenho e menores custos, por vezes, esbarra na necessidade de alterações legislativas, submetidas a discussões políticas demoradas ou deixadas em segundo plano, diante de outras questões consideradas mais importantes.

Outra grave situação existe quando não raramente há divergência interpretativa entre os diversos órgãos que integram o sistema de controle externo, quando uma mesma conduta é proibida na esfera estadual, mas amplamente utilizada na esfera federal, ainda que reguladas pelas mesmas disposições legais, como ocorre por exemplo no uso de registro de preços para a contratação de serviços contínuos, proibido no âmbito do Estado de São Paulo, mas permitido para órgãos e entidades federais.

Sem contar que a divergência de entendimentos dentro do mesmo órgão de controle, principalmente, no Judiciário, pode considerar uma conduta irregular após mudança de interpretação, causando enorme insegurança jurídica à atuação do agente público.

A atuação dos órgãos de controle deve ser pautada antes pela intenção de prevenir do que pela intenção de punir, motivo pelo qual é importante que seja analisada a responsabilidade de suas decisões. O controle de legalidade não é um controle vazio, pois deve visar à obtenção de bons resultados. Da mesma forma, tal finalidade não pode ser apenas uma missão do administrador público, mas, também, do agente controlador.

Assim, os instrumentos de controle devem incidir tanto sobre os atos e procedimentos, quanto sobre os resultados alcançados. A busca pela efetiva satisfação dos direitos dos cidadãos é um dos requisitos de legitimidade do próprio controle, seja este exercido internamente ou por órgãos externos, uma vez que todo o sistema de controle instituído possui como objetivo a garantia do pleno funcionamento da Administração Pública.

Outra perspectiva interessante, é adoção de parâmetros principiológicos na efetivação dos controles, como a razoabilidade, a proporcionalidade e a própria eficiência. Tais parâmetros somam-se à verificação de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, entre outros princípios expressa ou implicitamente previstos no ordenamento jurídico, de forma complementar.

Em virtude da evolução das diretrizes e mecanismos de controle, há necessidade de atentar não só para as normas constitucionais e leis vigentes, tais como o Decreto-Lei nº 200/1967, a Lei federal nº 12.846/2013, a Lei federal nº 13.303/2016 e a recente Lei federal nº 13.655/2018, que modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao estabelecer novas balizas para a atuação administrativa e seu controle, mas também para as proposições legislativas pertinentes, como o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração e o Projeto de Lei nº 1292/1995, que altera as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

Uma modalidade de controle bastante eficiente é o controle social. Dentre os principais fatores que lhe concedem essa característica, destaca-se a atribuição de legitimidade e a ausência de custos expressivos para sua implementação, bastando investimentos na transparência e na permeabilidade institucional. Além disso, por ser um instrumento direto do poder popular, possui uma dinamicidade em sintonia com as mudanças culturais.

Por fim, é necessário apresentar algumas medidas propostas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto para conferir eficiência ao controle da Administração Pública, notadamente, o de resultados. O referido autor cita a contínua obrigação de melhorar os critérios para aferição objetiva da eficiência administrativa, a realização de debates multidisciplinares e o incremento da produção legislativa sobre o tema, incluindo parâmetros para o controle de resultados e a ampliação da participação social.[109]

### 1.6.5. Controle da Eficiência

Um dos grandes desafios atuais do controle da Administração Pública é definir o alcance e a operacionalização do controle da eficiência administrativa. Esta matéria é de extrema importância não apenas para o Direito Público, mas para a Gestão Pública também, uma vez que no presente contexto de crise econômica e falta de eficiência nas instituições públicas, é imprescindível aperfeiçoar a atividade administrativa, assim como o seu controle.

Por sua vez, o regime jurídico de eficiência administrativa corresponde à satisfação do direito fundamental dos cidadãos à boa Administração Pública. Este liame é imprescindível para demonstrar a configuração de um direito público subjetivo a uma administração pública eficiente. Embora a eficiência possua um

---

[109] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novo referencial no Direito Administrativo**: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública. In: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006, p. 13. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/06/ebook-10-artigos-controle-administracao-publica-selecao.pdf>, acesso em: 15 jun. 2019.

conteúdo amplo, que talvez dificulte a sua identificação exata enquanto direito, não há como negar a sua exigibilidade jurídica, diante de tantas previsões legais e constitucionais.[110]

Conforme já exposto, a eficiência se desenvolve de diversas formas na Administração Pública, tanto como orientação da atuação do agente público, quanto das normas e procedimentos administrativos.

O controle da eficiência, também, pode ser entendido como análise de finalidade das decisões político-administrativas, avaliando o desempenho institucional e das autoridades envolvidas. Neste caso, poderia se questionar e responsabilizar, com base em critérios objetivos e de metas, a falta ou omissão de eficiência.

O Princípio da Eficiência pode ser considerado um fundamento constitucional para o bom resultado da atividade administrativa, daí a relação entre os controles da eficiência e de resultados. Infelizmente, ainda não é unânime a admissibilidade do controle judicial da eficiência administrativa:

> Não é pacífica a aceitação de que a obrigação de atingir resultados qualificados pela legitimidade e pela eficiência, tanto nos meios como nos fins, que executem as diretrizes constitucionais, possa ser objeto de controle judicial. Tal questão é um desafio, talvez um dos maiores do Direito Público neste século, que se apresenta à racionalização da vida organizada graças às possibilidades abertas pelo neoconstitucionalismo.[111]

O controle da eficiência não se restringe à análise do resultado, mas, também, atua sobre os meios, uma vez que estes são requisitos para alcançar o objetivo esperado. Não há como desassociar resultados de metas e estas são definidas a partir de critérios procedimentais e estruturais da entidade que as elabora. Assim, para verificar a eficiência dos resultados, é necessário verificar a eficiência do conteúdo das metas, que, por sua vez, passa pelos procedimentos de como foram criadas e de como poderão ser cumpridas.

---

[110] SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em Busca de uma Administração Pública de Resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto (Coord.). **Controle da Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 41-42.

[111] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 129-130.

Dessa forma, considerando-se uma classificação segundo o critério temporal, pode-se definir que o controle de eficiência não é apenas preventivo ou posterior, mas sim um controle permanente e tempestivo, ou seja, deve estar sempre presente, para ser aplicado quando for necessário.

Além disso, o controle como um todo deve ser razoável na responsabilização dos agentes públicos, uma vez que somente com a devida caracterização da possibilidade e dos limites da responsabilidade do administrador público é que se poderá conferir segurança jurídica à sua atuação e, dessa forma, evitar que esta seja pautada por receios indevidos de ser penalizado, tolhendo assim a sua produtividade.

Outro ponto polêmico do controle da eficiência administrativa que merece destaque diz respeito ao modo como o controlador pode avaliar a atuação do agente público responsável e como corrigir a ofensa ao referido princípio constitucional. Para tanto, não se pode atuar no lugar do administrador público, indiscriminadamente, sob pena de perder a legitimidade da medida e, até mesmo, ferir o Princípio da Separação dos Poderes. A exigência dessa postura do controlador pode ser vista em antiga jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.[112]

De acordo com o artigo 13 do Decreto nº 9.830/2019, a avaliação da regularidade da decisão do agente público não poderá substituir a atuação deste, uma vez que é decorrente do exercício de suas atribuições e competências,

---

[112] "ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2**. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional.** Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). **O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.** 4. **As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes.** 5. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito.** 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido. (STJ, REsp nº 169876/SP [1998/0023955-3], 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. em 16/06/1998, DJ 21/09/1998, negritos nossos).

evitando-se inclusive a usurpação na definição de políticas públicas. Além disso, dispõe que os órgãos de controle devem privilegiar ações preventivas em detrimento das ações repressivas de caráter sancionatório (§1º). Do mesmo modo, estabelece que a simples possibilidade de prejuízo ao erário não é motivo bastante para qualificar o ato administrativo como irregular (§2).

Nota-se que o Princípio da Eficiência eleva o sentido de discricionariedade do administrador público, na medida em que não se pode exigir sempre a melhor solução, mas sim que o agente utilize meios adequados para buscar a solução mais eficiente, demonstrando a preocupação em atingir o patamar estabelecido pelo referido princípio.

Assim, o planejamento e a análise dos riscos envolvidos, avaliando os meios e resultados, são fundamentais para qualquer ação administrativa, ainda que tal obrigação não esteja expressamente prevista na legislação específica, como já ocorre, por exemplo, para os procedimentos de licitação. Importante também considerar a proporcionalidade no tocante à referida análise de acordo com o vulto e o impacto da medida, evitando-se estudos que acarretem custos elevados para medidas de pequeno impacto financeiro e social.

Quando não puder convalidar um ato administrativo supostamente viciado por ineficiência e for preciso anulá-lo, em razão do descumprimento das metas desenvolvidas ou da nítida falta de preocupação com os seus efeitos, deve-se devolver à autoridade que o emitiu para que realize os estudos suficientemente necessários para garantir a aplicação da medida mais eficiente ao caso, salvo nos casos de evidente urgência e risco de prejuízo irreparável.

Portanto, há necessidade de um verdadeiro instrumento de avaliação de impacto de medida administrativa, assim como já existe a previsão da avaliação de impacto regulatório[113] e do estudo de impacto ambiental no direito brasileiro, para que anteceda e balize a tomada de decisões do administrador público.

---

[113] Cf. VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Algo semelhante já existe na exigência de gerenciamento de riscos nas licitações realizadas pelos entes federais, por meio da elaboração do mapa de riscos, conforme Instrução Normativa nº 5/2017,[114] editada pelo antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, bem como na obrigação de realizar o planejamento anual de licitações, presente na Lei Estadual nº 16.928/2019, do Estado de São Paulo,[115] na Instrução Normativa nº 1/2019,[116] do Ministério da Economia, e, inclusive, no Decreto nº 10.024/2019, [117] que regulamenta o procedimento do pregão.

Recentemente, com a promulgação da Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, houve uma ampliação da avaliação de impacto regulatório, determinando que qualquer órgão ou entidade federal, antes de propor a edição de atos normativos, deverá efetuar a análise de impacto regulatório, a fim de verificar seus possíveis efeitos e a razoabilidade do seu impacto econômico.[118]

Por fim, outra técnica importante para implementar a eficiência é a realização de comparações de desempenho e a pesquisa por boas práticas dentro e fora da Administração Pública, respeitando suas particularidades. A técnica, também conhecida como *benchmarking*, possibilita a identificação de oportunidades de aprimoramento.[119]

---

[114] Cf. Art. 19 e ss. da Instrução Normativa nº 5/2017, da Secretária de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível em:<http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783>. Acesso em: 05 jun. 2019.

[115] Cf. art. 7º da Lei Estadual nº 16.928/2019, do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-16928-16.01.2019.html>. Acesso em: 10 jun. 2019.

[116] Cf. Art. 8º e ss. Instrução Normativa nº 1/2019, da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-1-de-27-de-agosto-de-2019-213477435>. Acesso em: 05 jun. 2019.

[117] Cf. Art. 14 e ss. do Decreto nº 10.024/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

[118] Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

[119] BRASIL. TCU. **Técnicas de Auditoria**: Benchmarking. Brasília: TCU, Coordenadoria de Fiscalização e Controle, 2000. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/tecnica-de-auditoria-benchmarking.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

### 1.6.6. Responsabilidade do Agente por Ineficiência

Tema de grande relevância para o controle da eficiência é a responsabilidade dos agentes públicos, independentemente da natureza do seu vínculo com a Administração Pública. Há, nesta situação, uma relação jurídica qualificada por determinação constitucional, que obriga a um desempenho razoável, ou seja, surge para o sujeito um dever de agir com eficiência.

Nesse sentido, existe na doutrina uma classificação que define graus diversos de eficiência, conforme o nível de recursos que o agente possui para implementar a medida que almeja.[120] Embora a discussão não deva ser resumida à noção de recursos financeiros, trata-se de uma análise preliminar importante para a construção do tema.

Em suma, o raciocínio consiste na obrigação de não desperdiçar os recursos quando não há possibilidade de alcançar o objetivo desejado, mas no dever de providenciar todas as medidas que permitam o seu cumprimento no futuro, como o planejamento adequado e a busca pelos recursos necessários. Assim, diminuirá o desperdício do erário com tentativas frustradas de cumprir metas desarrazoadas.

De igual modo, outra atitude criticável é a escolha aparentemente mais barata, quando após uma análise simples é possível verificar que a médio e longo prazos haverá mais dispêndios com manutenção, menor retorno financeiro ou, ainda, menor benefício para o interesse público. Sendo devida uma ressalva para hipótese de a escolha ser completamente inviabilizada pela falta de recursos suficientes para possibilitar todas as alternativas ao agente.

O mesmo raciocínio é válido para as medidas que estejam vinculadas à rápida evolução tecnológica, algo bem comum nos dias hodiernos. Isso se refere

---

[120] MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Ensaio sobre a determinação da responsabilidade administrativa pelo Princípio da Eficiência: graus de omissão e concorrência culposa do lesado. p. 295-306 In: LEITE, George Salomão. **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Método, 2008, p. 296.

tanto para a realização de determinado ato, quanto para sua abstenção. No primeiro caso, há a obrigação do agente de preparar toda a infraestrutura adequada para a recepção da tecnologia no futuro próximo. Por exemplo, a informatização é o caminho para superação de diversos problemas sem precisar, por vezes, sequer respondê-los. Acarreta a diminuição de recursos empregados, além de agilizar e padronizar os procedimentos, permitindo mecanismos de gestão e avaliação dos trabalhos realizados. Assim, muitos aspectos incidentais sobre fluxos e atribuições acabam desaparecendo com o implemento de novos sistemas, sem contar o ganho em confiabilidade e transparência das informações.

Na segunda hipótese, o que se verifica é a necessidade de evitar o desperdício de recursos públicos em tecnologias que ficarão obsoletas ou em obras que perderão a razão de ser em um prazo bem curto. Um exemplo emblemático é a carência de planejamento estatal eficaz em relação à transição para um período de drástica diminuição na utilização dos combustíveis fósseis, retardando o processo para tornar as fontes renováveis a principal matriz energética.

Para que a inovação seja possível, além de incentivos fiscais, deve haver uma estrutura mínima apta à recepção dos investimentos ligados à disseminação da nova tecnologia. Por estrutura, entendem-se não só as obras e equipamentos mínimos, mas também a edição de normas que permitam segurança jurídica para os investimentos no setor e para os usuários.

A dificuldade em atender a essas diretrizes surge principalmente para os agentes políticos, cuja cobrança é sempre mais imediata e a tendência do controle social é limitar o seu parâmetro de análise ao período de mandato, razão pela qual é raro que um desses agentes preparem todas as condições necessárias para que o seu eventual sucessor receba as glórias pela conclusão do objetivo inicialmente proposto.

Sua missão é realizar o melhor possível com os recursos disponíveis, incluindo como conseguir aplicá-los. Para aperfeiçoar essa relação, não basta diminuir custos e ampliar receitas, mas pensar na própria movimentação da economia como efeito da medida, não somente a contenção de despesas para o órgão. Busca-se sobretudo o benefício geral e não específico, considerando o

interesse público predominante, embora haja dificuldades práticas para a sua verificação.

Portanto, a análise do interesse público pelo gestor não pode ser resumida ao interesse secundário do ente da Administração, deve sim buscar a satisfação do interesse primário geral. Contudo, para que não se perca a lógica da medida com fórmulas genéricas que indiquem a satisfação do interesse público, faz-se necessário exigir uma justificativa que contemple a estimativa de impacto da medida administrativa.

Do mesmo modo, devem ser evitados retrabalhos, de maneira a exigir o planejamento para coincidir as ações do Estado, a fim de não desfazer algo já implantado, como, por exemplo, a manutenção programada de rede hidráulica ou de gás, logo após a repavimentação da via sobre a tubulação. É o caso ainda da implantação de novos projetos sobre o mesmo tema sem a devida justificativa. A coordenação dos trabalhos é o mínimo que se espera de um planejamento organizado.

Outros exemplos de nítida ineficiência compreendem desde a realização de compras, serviços e obras desnecessariamente luxuosos até a concessão injustificada de isenções, anistias, subsídios ou outros benefícios a determinados setores econômicos.

Existem, ainda, casos bastante específicos, como o da Apelação nº 1007107-12.2015.8.26.0533,[121] que foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Trata-se de ação civil pública que culminou na exoneração de dois terços do contingente de servidores em comissão de uma Câmara Municipal.

---

[121] "APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXONERAÇÃO DE 2/3 DOS CARGOS COMISSIONADOS DE ASSESSORES PARLAMENTARES DE SANTA BÁRBARA D'OESTE – Autor demonstrou a desproporcionalidade da quantidade de cargos comissionados criados pela Lei Complementar nº 58/2009, modificada pela Lei nº 146/2012, em relação à quantidade de cargos efetivos – Ademais, maior parte dos trabalhos dos assessores é incompatível com o comissionamento - **Violação aos princípios da proporcionalidade e eficiência** - Sentença de procedência mantida, nos termos do art. 252 do RITJ. Recurso não provido." (TJSP. Apelação nº 1007107-12.2015.8.26.0533, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ponte Neto, Comarca: Santa Bárbara D'Oeste, j. em 18/12/2018, Dje: 19/12/2018, negritos nossos)

O órgão julgador manteve a decisão de primeira instância e concluiu pela violação aos princípios da eficiência e da proporcionalidade em razão do excesso de cargos em comissão, dentro do mesmo ente, considerando como baliza a quantidade de cargos de provimento efetivo, preenchidos via concurso público. O Tribunal também analisou, no caso descrito, a produtividade dos respectivos servidores em comissão e verificou que estaria bem aquém do exigido, restando clara a sua ineficiência.

Assim, o trabalho do órgão controlador é ponderar as escolhas subjetivas, as diversas opções, desde que razoáveis e possuam uma lógica aceitável dentro de um padrão médio do gestor para aquela situação, considerando ainda as particularidades concretas. Pode haver níveis de exigência diferentes, conforme o caso, mas se resguardando um padrão mínimo necessário.

A partir da promulgação da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu os artigos 20 a 30 no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), elevou-se a obrigação do gestor público, consistente no dever de incluir na motivação das decisões as suas possíveis consequências jurídicas e administrativas, inclusive as de ordem prática. Ao mesmo tempo, limitou bastante a responsabilização dos agentes, prevendo-a somente nos casos de dolo ou erro grosseiro.

Trata-se de medida que visa a instituir uma fórmula de refinamento do controle da Administração ao cobrar uma atuação mais responsável do agente público e permitir concomitantemente que tenha maior liberdade de decisão, segundo o seu juízo de conveniência e oportunidade. A diferença é que esse juízo deverá ser expresso e seguir balizas mínimas necessárias. Desde que atenda a essa exigência, terá uma nova proteção quanto à eventual discordância de posicionamento dos órgãos de controle.

Logo no artigo 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942,[122] verifica-se a preocupação com à motivação dos atos administrativos, sendo vedada a decisão com

[122] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

fundamento apenas em valores jurídicos abstratos, sem avaliar suas consequências práticas. Logo, não basta alegar genericamente a eficiência, mas demonstrá-la logicamente por meio dos resultados esperados da decisão.

Para evitar um encargo excessivo ao decisor, o Decreto nº 9.830/2019, ao regulamentar a matéria, limitou o dever de indicação das consequências práticas da decisão àquelas que o agente consiga vislumbrar no exercício diligente de sua atuação, a partir dos fatos e fundamentos existentes, conforme disposto no artigo 3º, §2º, e no artigo 4º, §1º.

A nova redação da Lei de Introdução também apresentou outras instruções que visam a exaltar os valores da segurança jurídica e da eficiência, conforme se verifica em seu artigo 23, ao impor um regime de transição em casos de nova interpretação ou orientação acerca de norma de conteúdo indeterminado que estabeleça obrigações, prevendo que o seu cumprimento se dê de forma proporcional, equânime e eficiente.

No mesmo sentido, o artigo 24 dispõe que a revisão de decisão que trate da validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, considerará as orientações gerais da época, incluindo nestas os atos públicos de caráter geral, a jurisprudência e, especialmente, a prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

O referido diploma ainda prevê a celebração de compromisso com os interessados, quando for preciso eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público e atribui caráter vinculante aos regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, no âmbito do ente público a que se destinam, de acordo com os artigos 26 e 30, respectivamente.

No tocante ao tema da responsabilização dos agentes públicos, o artigo 22 é claro ao considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e estabelece os parâmetros para a dosimetria das possíveis sanções, tais como as circunstâncias que limitaram a ação do agente, a natureza e gravidade da conduta, os danos causados à Administração, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os seus antecedentes.

Por fim, dispõe que qualquer sanção aplicada será considerada para efeito de aplicação de outras sanções referentes ao mesmo fato. A mesma previsão é replicada no artigo 16 do Decreto nº 9.830/2019, o qual ainda acrescentou o nexo de causalidade e a culpabilidade do agente como elementos da dosimetria.

Nessa seara, o marco para a limitação da responsabilidade do agente é a previsão do artigo 28 da Lei de Introdução, pela qual ele somente responderá pessoalmente quando atuar com dolo ou cometer erro grosseiro. Esta previsão é válida tanto para decisões quanto para opiniões técnicas e encontra amparo em antiga jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,[123] mas que aos poucos foi sendo relativizada e permitiu a configuração de improbidade também para os demais casos de culpa, o que ocasionou enorme insegurança jurídica para o gestor público.

Ainda que pudessem pairar dúvidas sobre a extensão da locução "erro grosseiro", o Decreto nº 9.830/2019 pretendeu definir melhor a expressão, segundo o qual é "aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia", conforme previsão do artigo 12, §1º. Além disso, o artigo 12, §3º, determina que a configuração do dolo ou do erro grosseiro deverá estar devidamente comprovada nos autos do respectivo processo.

O decreto mencionado traz outras balizas relevantes para a apuração de responsabilidade, como análise da complexidade da matéria e das atribuições do agente, disposta no artigo 12, § 4º. Os itens merecem destaque, uma vez que é comum haver reclamações de servidores e empregados em relação a designações para funções que extrapolem suas competências, como, por exemplo, a participação em comissões disciplinares, de licitação ou para o exercício da função de pregoeiro.

---

[123] "Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, **sendo 'indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10'**." (STJ, AIA nº 30/AM [2010/0157996-6], Corte Especial, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 21/09/2011, DJe 28/09/2011, negritos nossos).

Especificamente para a figura do gestor, há duas ressalvas pertinentes à sua responsabilidade. A primeira, prevista no artigo 12, § 6º, do Decreto nº 9.830/2019, é a proteção atribuída ao decisor contra a extensão automática da responsabilização pela opinião técnica, quando esta for fundamento da decisão.

Assim, afastará sua incidência desde que não haja elementos suficientes para aferir o dolo ou o erro grosseiro da manifestação técnica. Já a segunda ressalva visa a restringir a responsabilidade decorrente do poder hierárquico, de modo que só haverá *culpa in vigilando* quando a omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo, nos termos do artigo 12, § 7º.

No entanto, apesar das diretrizes que implicam na limitação da responsabilidade do agente público, o texto do artigo 12, § 8º, do referido decreto é expresso ao estabelecer que tal limitação não o isenta de agir com diligência e eficiência no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

Em relação ao tema da improbidade administrativa, já se citou a previsão constante do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, a qual dispõe em seu *caput* que constitui ato de improbidade administrativa a ação ou omissão que atente contra os princípios da Administração Pública. Inclui-se, assim, o dever de observância ao Princípio da Eficiência, caso contrário, sua violação pode configurar verdadeiro ato de improbidade administrativa, embora careça de melhor definição das hipóteses em que se configuraria a infração.

O texto é envolto de questionamentos e algumas polêmicas, existem diversos projetos para alteração da legislação em vigor. Há, nesse sentido, várias críticas à redação atual da Lei nº 8.429/1992, das quais podem ser citadas a falta de clareza de alguns dispositivos e, principalmente, a configuração de improbidade também por atos culposos.

Cita-se a esse respeito o Projeto de Lei nº 10.887, de 2018,[124] que pretende corrigir os problemas mencionados. Em suma, alega-se que deve haver uma separação entre as condutas dolosas e as culposas, justificando-se na ideia de

---

[124] BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 10.887, de 17 de outubro de 2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em: 08 nov. 2019.

inexistência de corrupção na modalidade culposa. Portanto, há uma carência de melhor enquadramento dos casos de pura má-fé, a fim de isolá-los dos casos de incompetência do agente público, com a consequente proporcionalidade no momento de aplicar a sanção.

A situação é nitidamente agravada quando o critério para definição de culpa não raras vezes perpassa por um juízo discricionário do órgão de controle, cujo entendimento também nem sempre é pacífico entre os demais órgãos que compõem o sistema de controle externo. A temeridade reside em aplicar penas tão severas a um agente público, quando há divergência entre os próprios controladores.

Há jurisprudência no sentido de que nem sempre a ineficiência administrativa é considerada como causa de improbidade. É o que se verifica em recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que trata especialmente do princípio da eficiência administrativa, mas que cita julgados do Superior Tribunal de Justiça, nos quais se observa que a improbidade administrativa, por se tratar de imoralidade qualificada, só estaria presente nos casos específicos de desrespeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, quando também for configurada má-fé do agente.[125]

É fundamental uniformizar um tratamento razoável e proporcional à situação, sob o risco de engessarmos ainda mais a atividade administrativa, com o temor de responsabilizações randômicas, visto que a Administração Pública já é incapaz de

---

[125] "Apelação Cível - Administrativo e Constitucional - Improbidade Administrativa - Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face do então Prefeito do Município de Jaci e de empresa fornecedora de produtos sob o argumento de que houve ofensa aos princípios administrativos pela não realização de licitação - Sentença de procedência parcial - Recurso pelos requeridos - Provimento de rigor. 1. Ainda que tenha restado incontroverso no feito a efetiva aquisição de produtos em patamar superior à norma relativa à dispensa de licitação, não reputo configurado ato de improbidade administrativa - Aquisições que se deram no correr de ao menos quatro meses e superaram em pouco mais de R$ 3.000,00 o limite, sendo os produtos efetivamente utilizados no atendimento das finalidades e atribuições do Município - Inexistência de indicio de direcionamento ou superfaturamento de preços - **Necessário observar que nem sempre a ineficiência administrativa pode ser considerada como ato de improbidade - Prática de ato ímprobo - Não configuração** - Precedentes da Corte e do C. STJ. 2. Condenação do MP nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios – Descabimento - Inteligência do art. 18 da Lei Federal nº 7.347/85 - Precedentes do C. STJ. Sentença reformada - Recursos dos requeridos providos." (TJSP. Apelação Cível nº 1004252-66.2016.8.26.0358, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. em 23/09/2019, DJe 24/09/2019, negritos nossos).

acompanhar o dinamismo da evolução tecnológica, dos métodos e instrumentos de gestão e, especialmente, das necessidades sociais.

Recentemente, foi criada uma comissão de juristas pela Câmara dos Deputados, com o intuito de preparar uma reformulação da Lei 8.429/1992. Trata-se do Projeto de Lei n° 3359/2019, que almeja conceder maior celeridade, eficiência e efetividade ao processo de improbidade administrativa.[126]

Dentre as alterações propostas estão a equiparação do particular que celebrar ajustes administrativos à figura do agente público; a previsão de que a indisponibilidade de bens do indiciado possa assegurar o pagamento de possível multa civil; inclusão de novas condutas como atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Prevê, ainda, a possibilidade de desconto em folha do agente público até o valor do enriquecimento ilícito auferido ou do prejuízo causado, limitado a trinta por cento de sua remuneração; autoriza o parcelamento do débito resultante da condenação; dispõe sobre a realização de acordo de colaboração com o MP ou com a pessoa jurídica interessada, bem como possibilita redução de pena e isenção de verbas sucumbenciais em caso de confissão, acordo e abreviação do processo.

Há outros projetos no mesmo sentido, como o Projeto de Lei nº 7007/2013, que visa à melhor regulamentação da determinação de indisponibilidade de bens nas ações de improbidade.[127]

Contudo, as possíveis mudanças na Lei de Improbidade Administrativa, aliadas à nova legislação sobre os crimes de abuso de autoridade,[128] podem ensejar um novo capítulo no movimento pendular da responsabilização, tão perigoso quanto o controle exacerbado, ao implementar um freio excessivo aos órgãos de controle, que passam a ser intimidados pelos próprios receios de eventual responsabilidade.

---

[126] BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei n° 3359, de 05 de junho de 2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137182>. Acesso em: 09 nov. 2019.
[127] BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 7.007, de 18 de dezembro de 2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604898>. Acesso em: 09 nov. 2019.
[128] Cf. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Outro tema relevante é a diferenciação entre a responsabilidade do Estado e a responsabilidade do agente, em casos de ineficiência. Embora o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal estabeleça, em regra, a responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente público, os danos decorrentes de uma prestação de serviços ineficiente, geralmente, ocorrem com mais frequência de uma omissão da atuação estatal. Nessa situação específica, a responsabilidade do Estado também é determinada pela modalidade subjetiva, em razão da necessidade de comprovação da omissão.

A esse respeito, ressalta-se a previsão do artigo 14 do Decreto nº 9.830/2019, que limita o direito de regresso tratado pelo dispositivo constitucional mencionado no parágrafo anterior ao estabelecer que somente poderá ser exercido quando o agente público agir com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, conforme assegurado pelo artigo 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e respeitando os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade.

Lembra-se ainda que a eficiência já é uma condição indispensável na avaliação dos agentes públicos, sendo possível em algumas situações a demissão por ineficiência. É o caso das avaliações periódicas durante o estágio probatório para que o servidor estatutário consiga a estabilidade ou, ainda, da verificação do desempenho dos empregados públicos, no curso do contrato de trabalho e, principalmente, durante o período de experiência. Sem contar os servidores em comissão, cuja natureza específica permite a demissão *ad nutum*, o que abarcaria, portanto, os casos de ineficiência, mas segundo um juízo amplamente discricionário, característico dos cargos de confiança.

Nesse momento, cabem algumas considerações sobre o alcance da estabilidade dos agentes públicos, especialmente, em razão da distinção entre servidores estatutários e empregados públicos. Conforme a atual redação do artigo 41 da Constituição Federal,[129] foi garantida estabilidade apenas aos servidores nomeados por meio de concurso público para cargo de provimento efetivo, após

[129] Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, houve alteração na redação do artigo 41 do texto constitucional, de maneira a constar expressamente que a garantia de estabilidade ficaria restrita aos cargos de provimento efetivo, além de elevar para três anos o período de exercício necessário.

três anos de efetivo exercício. Assim, pela simples leitura do dispositivo constitucional, os empregados celetistas, ainda que concursados, não teriam direito à estabilidade.

Os empregos públicos, assim, seriam regulados de acordo com o artigo 173, §1º, II, da Constituição Federal,[130] sujeitando-se ao regime jurídicas das empresas privadas. Verifica-se que havia decisões dos tribunais trabalhistas, os quais são competentes também para apreciar as relações decorrentes de empregos públicos, que reconheciam a eficiência de um empregado como razão para a impossibilidade de demissão *ad nutum*, ainda que não possuísse estabilidade regimental,[131] considerando a cláusula do *during good behavior*, ou seja, enquanto bem servir, não haveria motivo razoável para sua demissão.[132] No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho já possuía duas orientações normativas com entendimento diverso: a OJ SDI-1 247[133] e a Súmula 390[134].

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre o tema, com repercussão geral, durante a análise sobre o vínculo trabalhista dos empregados

---

[130] Art. 173. [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[131] Algumas categorias possuem certa estabilidade prevista em regulamento do próprio empregador.

[132] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 890.

[133] BRASIL. TST. **Orientação Jurisprudencial nº 247**: "SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007 I - **A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;** II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais." (negritos nossos).

[134] BRASIL. TST. **Súmula nº 390**: ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - **O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988**. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000) II - **Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988**. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001). (negritos nossos).

da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que é uma pessoa jurídica de direito privado pertencente à Administração Indireta com natureza *sui generis*, gozando de privilégios como imunidade tributárias e pagamento de débitos trabalhistas via sistema de precatório judicial.[135]

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski consignou a obrigação de motivar a demissão, considerando a contratação mediante concurso público e em observância aos princípios da moralidade, impessoalidade, transparência e demais que norteiam a Administração Pública, nos termos do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

No entanto, em sede de embargos de declaração, a referida Corte verificou a necessidade de incorporação da tese de repercussão geral, de modo a evitar interpretações equivocadas do acórdão pelas instâncias inferiores, situação que vinha ocorrendo. Um dos pontos que carecia de maior clareza é o alcance da medida, uma vez que no acórdão original restou descrito que o dever de motivação se aplicava a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestassem serviços públicos.

Na análise dos embargos, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que a ação tratava apenas das relações de emprego da ECT, com suas peculiaridades, e não das demais empresas estatais, ainda que prestadoras de serviço público, havendo inclusive divergência entre os membros do colegiado sobre essa questão. Assim, acolheu parcialmente o recurso para fixar a seguinte tese, reconhecida em repercussão geral: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT tem o

---

[135] “EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALEMENTE PROVIDO. I - **Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998**. Precedentes. II - **Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa**. III – **A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir**. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.” (BRASIL. STF. RE nº 589.998/PI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20/03/2013, Dje 12/09/2013, negritos nossos).

dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados". Em relação a outros temas decorrentes, a referida corte definiu que cabia a análise de mérito às instâncias inferiores, até que fosse eventualmente suscitada questão constitucional a respeito.[136]

Dessa forma, no caso dos empregados públicos, ainda que não seja garantida estabilidade, há o dever de motivar sua demissão, principalmente, em razão dos princípios da impessoalidade e publicidade. Nesse sentido, mesmo que seja um ato discricionário, por respeitos aos demais princípios constitucionais da Administração Pública e às normas que regem a atuação administrativa, o motivo será sempre um interesse público, como por exemplo, a ineficiência do empregado ou para ampliar a eficiência da empresa estatal, com o corte de custos. A necessidade de motivação cumpre a importante função de tentar vedar dispensas arbitrárias e perseguições, com fundamentos meramente políticos ou pessoais.

Em relação ao servidor estatutário, há necessidade de competente e regular processo administrativo disciplinar com contraditório e ampla defesa, a fim de proteger o servidor que atue com afinco e eficiência de situações de pressão abusivas.

Ressalta-se que há propostas de reforma administrativa que visam a instituir novas possibilidades de perda do cargo público, de acordo com padrões de eficiência. A medida pode ser implantada tanto pelo fim da estabilidade para os novos servidores quanto pela regulamentação do artigo 41, §1º, inciso III, da Constituição Federal,[137] que estabelece a avaliação periódica de desempenho como hipótese de perda de cargo dos servidores estáveis.

Até que haja a devida regulamentação legal, o padrão de eficiência e qualidade do agente dependerá do cumprimento dos deveres estatutários ou

---

[136] BRASIL. STF. Embargos de declaração RE nº 589.998/PI, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 10/10/2018, Dje 05/12/2018.

[137] Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: [...] III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Código Disciplinar, bem como do exercício de suas funções com presteza e bom rendimento.[138]

No Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo, Lei estadual nº 10.261/1968, o artigo 256 elenca as causas que ensejam a aplicação da pena de demissão ao servidor, trazendo, em seu inciso III, a hipótese de ineficiência no serviço, com a ressalva de que a pena só seria aplicada quando não houver a possibilidade de readaptação, conforme previsão constante do §2º.[139]

No mesmo sentido, o Decreto-lei nº 200/1967 já previa a instauração de processo administrativo para aplicar a pena de demissão ao servidor efetivo e estável, quando fosse verificada a ineficiência no desempenho de suas funções.[140] Há na jurisprudência o reconhecimento da possibilidade de demissão por ineficiência, conforme acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual foi improvido recurso de decisão que julgou improcedente o direito de indenização a uma ex-servidora da Prefeitura do Município de São Paulo, cuja ação foi proposta em razão de sua demissão, fundamentada em ineficiência administrativa, após sucessivas remoções e até readaptação sem êxito.[141]

Vale ressaltar que dessa relação jurídica entre agentes públicos e Administração também decorrem obrigações para o Estado, como adequar sua estrutura organizacional, de modo a evitar que setores eficientes diminuam seus

---

[138] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 891.

[139] Artigo 256 - Será aplicada a pena de demissão nos casos de: [...] III - ineficiência no serviço; [...] § 2º - A pena de demissão por ineficiência no serviço, só será aplicada quando verificada a impossibilidade de readaptação.

[140] Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

[141] "Responsabilidade Civil. Demissão de funcionário do quadro funcional da Prefeitura Municipal de São Paulo. Legalidade. **Servidor que violou o princípio básico da eficiência. Falta grave caracterizada.** Não há prova do desvio de poder. Os princípios previstos no artigo 37 "caput" da Constituição Federal foram cumpridos. Descabe ao Judiciário rever exclusivamente o mérito do ato, a não ser que acinte nele a ilegalidade, o que inocorreu. Recurso improvido." (TJSP. Apelação com revisão nº 238.190-5/5-00 [9156909-83.2001.8.26.0000], 7ª Câmara de Direito Público, Des. Res. Guerrieri Rezende, j. em 10/10/2005, negritos nossos).

quadros funcionais, sem medidas que possam manter a qualidade do serviço. Do mesmo modo implica no dever de capacitação dos agentes públicos.[142]

Assim, nas decisões que digam respeito às avaliações do estágio probatório dos servidores, dos empregos públicos, especialmente, durante o período de experiência, bem como à nomeação e à exoneração *ad nutum* para cargos e funções em comissão, há nitidamente um juízo de eficiência como elemento central. O mesmo raciocínio servirá para a eventual regulamentação da avaliação de desempenho do servidor estável, disciplinada no artigo 41, §1º, inciso III, da Constituição Federal.

[142] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 892.

# CAPÍTULO 2 – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

## 2.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Com o intuito de analisar como se opera o controle de constitucionalidade por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, será apresentada a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e seus contornos atuais, de modo a explicitar o sistema no qual se insere o referido instrumento e os seus principais objetivos, inclusive a possibilidade de realizar o controle de atos que afrontem os princípios constitucionais da Administração Pública, principalmente, a eficiência administrativa.

De tal modo, não há como tratar do desenvolvimento do tema no Brasil, sem antes abordar alguns elementos que remontam à origem dos sistemas de controle de constitucionalidade utilizados, considerando a importância do texto constitucional e a concepção histórica de sua proteção.

Verifica-se que a partir da necessidade de organização política de uma sociedade, com a finalidade de garantir suas relações econômicas e sociais, surgiu preliminarmente a noção de Estado. Sobre o tema, Sérgio Resende de Barros assevera que houve a concentração do poder institucional nos agentes políticos, separando-se a base civil, sede das relações econômicas, da superestrutura política, em que se constituiu o Estado.[143]

Conforme o poder político se tornou absoluto sobre as relações econômicas e sociais, transferindo excessivamente as riquezas da burguesia para a nobreza e o clero, a distinção entre a sociedade civil e a política transformou-se em uma antinomia que exigiu a criação de um aparato jurídico limitador do Estado. Segundo o mencionado autor, em razão da crescente insatisfação da sociedade civil com a

---

[143] BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008, p.11.

inadequada representação pelos agentes políticos, houve uma “reconformação” da representação, que culminou na realização de uma constituição, “como sumário jurídico do ideário político”, conveniente às intenções dos grupos detentores do poder econômico, sendo “legitimada pela anteposição de um poder constituinte plenipotenciário ao poder monárquico absoluto”.[144] Assim, a partir da evolução da sociedade civil, pela transformação do Estado nacional em Estado constitucional, resultante de sua constitucionalização formal, constatou-se a função histórica da Constituição de aprimoramento e garantia do Estado.[145]

Dessa forma, entende-se a Constituição como a norma fundamental do Estado, na qual estão descritos todos os princípios e regras que delimitam a organização política da sociedade, bem como todos os direitos fundamentais. Assim, Sérgio Resende de Barros esclarece que a Constituição no processo histórico é, ao mesmo tempo, razão e resultado de uma constante construção da unidade política do Estado com base na pluralidade de necessidades e interesses dos indivíduos, que motivam aspirações e comportamentos na realidade social.[146]

Além do importante caráter histórico para o controle de constitucionalidade, essa explicação ainda tem o condão de ressaltar a imprescindibilidade da definição e limitação dos poderes e deveres do Estado para a formação da Constituição, de maneira a demonstrar que os princípios e regras responsáveis por tal função devam ser qualificados como preceitos fundamentais, reconhecendo-se assim o relevante papel dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Traçadas as bases da instituição do Estado e, posteriormente, da sua limitação, por meio da Constituição, cabe tratar da evolução do controle de constitucionalidade. Para tanto, deve-se preliminarmente analisar a rigidez e a supremacia das normas constitucionais. Sobre a matéria, cabe destacar passagem constante dos ensinamentos de José Afonso da Silva, em que define a rigidez constitucional como atributo que estabelece maior dificuldade para sua modificação

---

[144] BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008, p.8-9.
[145] Ibid., p. 8-9.
[146] Ibid., p. 9-10.

do que para a alteração das demais normas do ordenamento jurídico, sendo uma decorrência da própria supremacia da constituição, assim descrita:

> Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estrutura deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (itálicos do autor)[147]

A supremacia constitucional apresenta duas vertentes: a supremacia formal e a supremacia material. A primeira caracteriza-se pela superioridade em razão de disposições que garantam um processo diferenciado de alteração das normas constitucionais em relação às demais. Já a segunda decorre da própria matéria tratada, sendo tipicamente de cunho constitucional, como, por exemplo, estabelecer direitos fundamentais ou dispor sobre a organização e funcionamento do próprio Estado que a editou.

Tal supremacia é de onde se origina o poder e o fundamento para o controle de constitucionalidade, uma vez que a presença da hierarquia normativa pela qual a Constituição seja a baliza principal permite a anulação de leis ou outros atos que a contrariem. Dessa forma, devem ser examinados a seguir os principais modelos de controle de constitucionalidade e como se originaram.

O primeiro grande sistema de controle de constitucionalidade foi o sistema difuso, de origem norte-americana. Embora não fosse a primeira vez que um ato legislativo tenha sido declarado inexistente, o julgamento do caso *William Marbury versus James Madison,* em 1803, foi o mais emblemático ao consagrar definitivamente a possibilidade de controle de constitucionalidade.[148]

Na ocasião, o juiz-presidente da Suprema Corte, John Marshall, reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Judiciária de 1789 (*Judiciary Act*), que permitia a competência originária da referida corte para expedir o *writ of mandamus*. Foi anulada então a sua aplicação para o caso concreto, que tratava do pedido de

---

[147] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 45.
[148] DUTRA, Carlos Roberto Alckmin. **Controle de Constitucionalidade**: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo. Saraiva, 2012, p. 66.

William Marbury e outros, em face do então Secretário do Estado, James Madison, para que tomassem posse como juízes de paz, requerendo que fossem realizadas as providências administrativas necessárias.[149]

O referido modelo de controle de constitucionalidade é caracterizado por ser um controle difuso, ou seja, pode ser exercido pelos órgãos judiciários em geral e não apenas uma Corte superior ou especial. Além disso, a sua atuação é feita de forma concreta e incidental.

Assim, é realizado no curso de qualquer ação judicial, quando for suscitada, em caso concreto, a necessidade de análise de constitucionalidade para resolver uma questão prejudicial ao julgamento daquela demanda. Em razão desta característica, cabe destacar outro aspecto importante deste modelo: o alcance dos efeitos da decisão.

No controle difuso e concreto, os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade se restringem às partes envolvidas na ação que deu origem à questão, não possuindo eficácia *erga omnes*.

Por sua vez, o modelo europeu ou kelseniano foi previsto na Constituição da Áustria de 1920, reformada em 1929. Sua utilização foi uma reação às deficiências do sistema norte-americano. Em especial, as deficiências do modelo difuso de controle dizem respeito à própria forma de atuação do Poder Judiciário norte-americano, baseado fundamentalmente no *stare decisis*, o qual não é uma realidade para a maioria dos Estados. É o que se pode verificar nos ensinamentos de Sérgio Resende de Barros:

> As deficiências do sistema difuso se agravaram nos países onde não pôde despontar o *stare decisis*, como o Brasil e outros, aos quais se transplantou o sistema difuso norte-americano. Ao Brasil, ele chegou com constitucionalismo republicano, iniciado pela Constituição de 1891. A prática desses países reforçou as críticas que o sistema sofria quanto a dois aspectos: a deseconomicidade e a insegurança. O sistema difuso favorecia a proliferação de casos praticamente iguais, em que às vezes não se mudava senão o autor; mas que acabavam tendo – onde não o regia o *stare decisis* – desfechos discrepantes e até contraditórios, em

[149] BARROS, Sérgio Resende de. **Simplificação do Controle de Constitucionalidade** p. 2-3. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/simplificacao-do-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 02 dez 2019.

> juízos diferentes, onerando a uns sujeitos, mas não a outros, embora colocados todos na mesma situação de fato e de direito.[150]

Surgiu, assim, a necessidade de um novo modelo, que foi proposto pelo jurista austríaco Hans Kelsen. Esse modelo seria caracterizado por um controle concentrado, ou seja, no qual a competência não seria compartilhada pelos órgãos judiciários, mas concentrada em uma corte superior especializada. Além disso, o controle de constitucionalidade realizar-se-ia objetivamente por um processo próprio e não de forma incidental a um caso concreto. Dessa forma, logicamente a decisão possuiria eficácia geral, com efeito *erga omnes*.[151]

Há ainda os chamados sistemas mistos, que apresentam um controle de constitucionalidade tanto difuso quanto concreto. Esse é o caso do modelo brasileiro, conforme será tratado a seguir.

Na primeira Constituição brasileira, de 1824, não havia previsão de controle de constitucionalidade. Havia, no entanto, o Poder Moderador exercido pelo Imperador, que servia como órgão de controle dos demais, mas distante de qualquer controle de constitucionalidade.

Já com o advento da República, em 1889, e, consequentemente, de uma nova ordem constitucional, em 1891, pela primeira vez houve a previsão de verificação de validade dos atos com base no texto da Constituição, conforme previsão de sua redação original no artigo 59, § 1º, alíneas “a” e “b”, assim como no artigo 60, alínea “a”.[152] O controle de constitucionalidade instituído foi difuso, de modo incidental, sob marcante influência do modelo adotado pela Suprema Corte norte-americana.

---

[150] BARROS, Sérgio Resende de. **Simplificação do Controle de Constitucionalidade**. p. 9. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/simplificacao-do-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 02 dez. 2019.

[151] Ibid., p. 9.

[152] Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. [...]
Art 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;

No tocante à legislação infraconstitucional, Rubens Beçak destaca a relevância da Lei nº 221/1894, responsável pela organização da Justiça Federal. De acordo com o artigo 13, § 10, do referido diploma, os juízes e tribunais possuiriam a competência para a análise de validade de leis e regulamentos, deixando de aplicar aqueles que fossem manifestamente inconstitucionais.[153]

O mencionado autor ainda ressalta a ampliação do controle de constitucionalidade, a partir da reforma constitucional de 1926.[154] Nesse sentido, houve importante alteração, ao atribuir nova redação ao artigo 60, § 1º, alíneas "a" e "b" da Constituição de 1891, que tratava de recurso das sentenças estaduais ao Supremo Tribunal Federal, quando envolvesse questão constitucional.[155]

Do mesmo modo, a Constituição de 1934 foi responsável por significativas alterações que visavam ao aperfeiçoamento do instituto, incluindo-se a previsão de efeito *erga omnes*. Dentre as inovações, destacam-se:

> [...] quórum mínimo para a declaração (art. 179); competência do Senado para suspender, com efeito *erga omnes* a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário (art. 91, IV); possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, após ser provocado pelo Procurador Geral da República, declarar a inconstitucionalidade de lei estadual (art. 12), desde que ocorresse a violação de algum dos princípios constitucionais sensíveis [...][156]

Por sua vez, a Constituição de 1937 contrariou a tendência de ampliação dos mecanismos de controle judicial, ao diminuir a força do Poder Judiciário frente ao Poder Executivo, em um momento histórico de prevalência dos regimes ditatoriais, representado no Brasil pelo Estado Novo.

---

[153] BEÇAK, Rubens. **As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado.** p. 3. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

[154] Ibid.

[155] Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: [...] § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas;

[156] FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 2ª ed, São Paulo: Método, 2005, p. 32.

Com a redemocratização, simbolizada pela Constituição de 1946, houve a retomada do desenvolvimento dos mecanismos de verificação de adequação dos dispositivos em face da Constituição. Descrevem-se principalmente os seguintes:

> [...] a outorga de competência ao Judiciário acerca da última palavra sobre a constitucionalidade; a previsão da competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão do Pretório Excelso (art. 64); a manutenção do controle via exceção nos casos de recurso extraordinário (art. 101, III, alíneas 'b' e 'c'); a previsão da possibilidade de intervenção federal nos Estados, com o fim de assegurar a observância dos princípios constitucionais previstos no art. 7º, VII.[157]

Contudo, a gênese do controle concentrado de constitucionalidade só ocorreu com a Emenda Constitucional nº 16/1965, já durante o regime militar. Desse modo, passaram a coexistir dois sistemas de controle: o sistema concentrado e o sistema difuso. Sobre esse aspecto, Sérgio Resende de Barros destaca a aplicação do sistema misto no Brasil, fundado em duas concepções tradicionalmente opostas na doutrina:

> Na concepção inspirada em Marshall, dita **americana**, o controle se faz em concreto, por arguição incidente em uma ação qualquer, e a titularidade para controlar é difusa por todo o Judiciário, sendo a sentença declaratória de nulidade preexistente, com efeito retroativo *ex tunc* e restrito *inter partes*. O ato inconstitucional é considerado um natimorto e sua nulidade é declarada de forma tal, que suas consequências são impedidas ou reparadas desde a origem, mediante ações, compensações ou indenizações entre os litigantes. Já a concepção inspirada em Kelsen, dita **europeia**, possibilita o controle em abstrato, por ação direta, na qual a inconstitucionalidade é discutida em tese e a titularidade para controlar é concentrada em um tribunal de alto nível, cujo acórdão é constitutivo-negativo ou desconstitutivo, com efeito ampliado *erga omnes* e fixado *pro tempore*: em um tempo certo, *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. O ato inconstitucional não é um natimorto, não é nulo, mas anulável de forma que suas consequências são impedidas para todos desde um momento estabelecido no acórdão.[158]

Este sistema híbrido de controle perdurou na Constituição de 1967 e na extensa e complexa Emenda Constitucional nº 1/1969. Nesta época, a legitimidade ativa do controle concentrado pertencia exclusivamente ao Procurador-Geral da República.[159]

---

[157] FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 2ª ed, São Paulo: Método, 2005, p. 33.
[158] BARROS, Sérgio Resende de. O Nó Górdio do Sistema Misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 180-181.
[159] FERREIRA, Olavo A. V. Alves. op. cit., p. 34.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 além de continuar a adotar o sistema misto, apresentou uma série de outros dispositivos que regulavam desde novos procedimentos até a criação de institutos, como é o caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sobre as inovações advindas com a nova ordem constitucional, José Afonso da Silva esclarece:

> A Constituição de 1988 introduziu mais duas novidades: previu a *inconstitucionalidade por omissão* (art.103, § 2º) e ampliou a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103). Antes, essa legitimação só pertencia ao Procurador-Geral da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa Federal, ao governador de Estado ou do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.[160]

Ainda, segundo o referido constitucionalista, outra importante novidade foi a previsão da ação declaratória de constitucionalidade, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 3/1993, cuja finalidade consiste em resolver a controvérsia decorrente de ações em que a constitucionalidade de lei ou ato normativo foi questionada.[161]

## 2.2. HISTÓRICO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve um nítido desenvolvimento do controle concentrado de constitucionalidade, principalmente, com a ampliação do uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade e com a previsão da Ação Declaratória de Constitucionalidade, inserida pela Emenda Constitucional nº 3/1993, mas, mesmo assim, algumas questões importantes permaneceram sem a tutela desses instrumentos processuais e foram deixadas residualmente para o controle de constitucionalidade difuso, como, por exemplo, as matérias pertinentes

---

[160] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 51.
[161] Ibid., p. 56.

ao direito pré-constitucional, ao direito municipal e até a interpretação de normas revogadas.

Tal competência residual tão expressiva do controle de constitucionalidade difuso ocasionou uma grande repetição de processos e o fenômeno conhecido como “guerra de liminares”.[162]

Nesse contexto, cogitou-se a criação de um instituto que solucionasse o problema da vultuosa quantidade de processos repetidos, chamado de Incidente de Constitucionalidade. Paralelamente, surgiram estudos voltados à regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com a finalidade adicional de utilizar este instrumento processual para suprir as referidas lacunas constitucionais do controle concentrado.

Dessa forma, aproveitando o texto desenvolvido pela comissão de juristas presidida por Celso Bastos e nomeada pelo Ministro da Justiça, em 04 de julho de 1997, para regulamentar o mecanismo criado pelo artigo 102, §1º, da Constituição Federal, foi apresentado um substitutivo ao projeto de Lei nº 2872/1997, de autoria da Deputada Sandra Starling, que já versava sobre o tema.[163]

O substitutivo foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e o texto seguiu para a sanção presidencial, culminando na promulgação da Lei nº 9.882/1999. No entanto, sofreu vetos importantes, citando-se os seguintes dispositivos: inciso II do parágrafo único do artigo 1º, inciso II e parágrafo 2º do artigo 2º, parágrafo 4º do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º do artigo 8º e artigo 9º.[164]

Os vetos ocorreram por três principais motivos: para que não houvesse interferência excessiva do Supremo Tribunal Federal em matéria *interna corporis* do Poder Legislativo, resguardando-se, assim, de forma razoável, a separação de poderes (inciso II do parágrafo único do artigo 1º, parágrafo 4º do artigo 5º e artigo

---

[162] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1192.
[163] Ibid., p. 1192.
[164] BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Mensagem de Veto nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>, acesso em: 16 out. 2019.

9º);[165] para evitar ampla legitimidade conferida à qualquer pessoa lesada ou ameaçada, ressaltando a incompatibilidade com o sistema de controle concentrado de constitucionalidade e a vedação ao número excessivo de demandas, inclusive para efeito de recurso, em casos de representação ao Procurador-Geral da República para propositura, em face da sua negativa (inciso II e parágrafo 2º do artigo 2º);[166] em razão de exigência de quórum desproporcional ao julgamento da arguição, sendo superior ao estabelecido para a ação de direta de inconstitucionalidade (parágrafos 1º e 2º do artigo 8º).[167]

Atualmente, é inegável que a arguição de descumprimento de preceito fundamental se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro, sendo responsável por tratar de diversos temas com grande repercussão na sociedade, que foram submetidos à análise do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, além de outras matérias relevantes, podem ser citados, a título de exemplo: a descriminalização do aborto de feto com anencefalia, determinada no julgamento da ADPF nº 54/DF; a vedação à inelegibilidade sem condenação transitada em julgado, durante o exame da ADPF nº 144, acerca da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135 de 2010); a constitucionalidade da política de cotas raciais nas universidades, declarada no acórdão exarado na ADPF nº 186; a incompatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) com a atual

---

[165] Art. 1º [...] II - em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal.
Art. 5º [...] § 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do caput, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente.
Art. 9º Julgando procedente a argüição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso, anulará os atos processuais legislativos subseqüentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição.
[166] Art. 2º [...] II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. [...] § 2º Contra o indeferimento do pedido, caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
[167] Art. 8º [...] § 1º Considerar-se-á procedente ou improcedente a argüição se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos dois terços dos Ministros. § 2º Se não for alcançada a maioria necessária ao julgamento da argüição, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se sessão plenária na qual se atinja o *quorum* mínimo de votos.

Constituição Federal, por meio da ADPF nº 130; a constitucionalidade da terceirização inclusive para atividades-fim, conforme julgamento da ADPF nº 324.

## 2.3. INSTITUTOS SEMELHANTES DO DIREITO COMPARADO

No tocante às influências do Direito Comparado, verifica-se que a ADPF é uma criação do ordenamento jurídico brasileiro que apresenta semelhanças com outros institutos do direito estrangeiro, como o recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão.

Vale ressaltar que a doutrina identifica esses recursos como os mais próximos do que foi idealizado quando houve a criação da ADPF, mas há outros institutos anteriores que serviram de base até para os instrumentos presentes no direito espanhol e alemão, citando-se, nesse sentido, o *juicio* de amparo do sistema mexicano, que exerceu igualmente grande influência nos países latino-americanos.[168]

Antes ainda, sobre estes mecanismos jurídicos, houve enorme influência do direito público americano, inglês e francês, onde se constata a preocupação com a proteção aos direitos fundamentais em face da autoridade pública. Verifica-se que desde a Magna Carta de 1215, até a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e a Constituição Francesa, de 1791, surgiram grandes avanços e influências mútuas na consagração e proteção dos direitos individuais. Cabe ressaltar como exemplo o *writ do habeas corpus*, que surgiu com a finalidade de resguardar as liberdades individuais. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos destaca diversos instrumentos jurídicos que possuem semelhança com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, além do próprio recurso constitucional alemão:

> [...] a exemplo do *writ of certionari*, dos americanos, da *Popularklage*, da Baviera, do *recurso de amparo*, dos espanhóis, da *autorremissão*, dos

---

[168] Cf. FIX-ZAMUDIO, Héctor; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El derecho de amparo en el mundo**. 1ª ed. México D.F.: Editorial Porrúa, 2006.

> italianos, do *Beschwerde*, dos austríacos, da *ação popular de inconstitucionalidade*, dos venezuelanos.[169]

Assim como existem diversos institutos embrionários de defesa da liberdade e de outros direitos que influenciaram o recurso de amparo e os demais instrumentos de proteção atuais, há, particularmente, nas raízes do direito espanhol, os chamados processos forais aragoneses, de forte ligação com o instituto de amparo, conforme ensina Alfredo Buzaid:

> O fenômeno histórico mais importante da Espanha e que mantém certa afinidade com o amparo é o privilégio geral ou processo foral de Aragão, de onde derivaram garantias individuais que foram, com o tempo, consagradas na Constituição aragonesa.[170]

Trata-se, portanto, de analisar que a arguição de descumprimento é um instrumento de controle de constitucionalidade que visa à defesa dos preceitos fundamentais. Dessa forma, considerando que os direitos fundamentais são um dos mais importantes temas que se enquadram na referida expressão, é evidente que todo instrumento jurídico ou remédio constitucional que visasse à sua defesa acabou por constituir uma fonte de inspiração em menor ou maior grau.

Levando-se em conta a relevância do tema, obviamente que haverá inúmeros mecanismos similares com tal finalidade no direito comparado, tendo em vista ainda que há menção expressa sobre a defesa desses direitos no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual: “toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.[171]

Desse modo, uma vez que o recurso de amparo espanhol e o recurso constitucional alemão são os que mais se aproximam da arguição de

---

[169] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 328.

[170] BUZAID, Alfredo. **"Juicio de amparo” e mandado de segurança** (contrastes e confrontos). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 56, n. 1, p. 172-231, 1º jan. 1961, p. 198 – rodapé. Disponível: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>. Acesso em: 08/11/2019.

[171] UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htmll> Acesso em: 07 ago. 2019.

descumprimento, considerando suas características, em especial, o seu objeto e forma de atuação, é importante que estes sejam analisados mais detalhadamente.

Para tanto, serão ainda abordadas as diferenças e semelhanças em relação aos referidos institutos do direito comparado. Assim, podem ser citadas algumas particularidades da arguição, como por exemplo, as questões pertinentes à legitimidade ativa e ao objeto do controle de constitucionalidade, em comparação ao recurso constitucional do direito alemão (*verfassungsbeschwerde*)[172] e ao recurso de amparo espanhol.

No caso do recurso de amparo, assim como ocorreu com a ADPF, o texto constitucional espanhol também indicou poucos parâmetros para delinear o instituto. O recurso encontra-se previsto no artigo 53 da Constituição Espanhola de 1978,[173] objetivando a tutela das liberdades e dos direitos fundamentais.

Coube então à Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, Lei nº 2, promulgada no ano de 1979, a função de regulamentar o instrumento constitucional com os requisitos de interposição, procedimentos de tramitação, recursos e efeitos. Sendo ainda completada pela jurisprudência do referido tribunal.[174]

Trata-se de uma medida de preocupação garantista, em consequência ao processo de democratização, merecendo assim previsão constitucional. Em que pese o nome de recurso, o amparo possui natureza jurídica de ação, podendo ser enquadrado como um remédio constitucional. De acordo com Alfredo Buzaid, o

---

[172] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 563.

[173] CAPÍTULO QUARTO – Das Garantias das Liberdades e Direitos Fundamentais – Artigo 53 1. Os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo segundo do presente Título vinculam a todos os poderes públicos. Só por lei, que em o todo caso deverá respeitar o seu conteúdo essencial, se poderá regular o exercício de tais direitos e liberdades, que se tutelarão de acordo com o previsto no artigo 161, 1, a). 2. Qualquer cidadão poderá pedir a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo 14 e na Secção primeira do Capítulo segundo ante os Tribunais ordinários por um procedimento baseado nos princípios de preferência e brevidade e, se for caso disso, **através do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional**. Este último recurso será aplicável à objecção de consciência reconhecida no artigo 30. (ESPANHA. CORTES GERAIS. **Constituição Espanhola**. Madrid, 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019, negritos nossos).

[174] SEGADO, Francisco Fernández. El recurso de amparo en España. IN: FIX-ZAMUDIO, Héctor; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El derecho de amparo en el mundo.** 1ª ed. México D.F.: Editorial Porrúa, 2006, p. 790.

referido instrumento espanhol de defesa dos direitos fundamentais ainda pode ser definido da seguinte forma:

> O amparo é, com efeito, uma ação ajuizada pelo particular, na qual pleiteia perante a justiça a proteção contra ato de autoridade eivado de inconstitucionalidade.[175]

Segundo o mesmo autor, não há certeza sobre a origem do termo “amparo” que designa o referido recurso na Espanha e em diversos outros Estados de língua espanhola. A nomenclatura poderia ser derivada de *imparare*, que significa apossar-se, com o sentido de proteção daquilo que está em sua posse e teria ideia semelhante à dos institutos possessórios.[176] Cita-se, também, a origem indicada por Antonio de Moraes Silva que, em seu dicionário, ao conceituar amparar (ou antigamente “emperár”), relaciona o termo a *empor* ou *emporen* da língua alemã, com o sentido próximo a defender ou sustentar.[177]

Francisco Fernández Segado adverte que o recurso de amparo também não é um instrumento de revisão judicial, mas uma forma de proteção aos direitos fundamentais elencados pela Constituição, sendo, dessa forma, de natureza subsidiária à jurisdição comum e não uma instância revisora.[178]

Isso implica, em regra, no esgotamento de todos os meios processuais ordinárias como requisito para a aceitabilidade do recurso de amparo espanhol, cuja função é evitar a supressão de instâncias e possível sobrecarga da corte constitucional.

Em relação ao recurso constitucional alemão, também conhecido como queixa constitucional,[179] verifica-se que sua previsão constitucional está contida no artigo 93 (1), 4a, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha,

---

[175] BUZAID, Alfredo. **"Juicio de amparo” e mandado de segurança** (contrastes e confrontos). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 56, n. 1, p. 172-231, 1º jan. 1961, p. 194 Disponível: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>. Acesso em: 08/11/2019.
[176] Ibid., p. 193 – rodapé.
[177] SILVA, Antonio de Moraes. **Diccionario da Lingua Portugueza**. 8 ed. rev. e melhor. Empreza Litteraria Fluminense: Rio de Janeiro: 1890, p. 741. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242523>. Acesso em: 08/11/2019.
[178] SEGADO, Francisco Fernández. op. cit., p. 791.
[179] CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 44.

promulgada em Bonn, no ano de 1949.[180] Semelhantemente ao modelo espanhol, sua regulamentação legal está disposta na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal Alemão, especificamente no capítulo 15, do § 90 a § 95.[181]

Gabriel Dias Marques da Cruz ressalta a dupla função do recurso constitucional, pela qual há, simultaneamente, além da própria função subjetiva de defesa dos direitos fundamentais, uma função objetiva de resguardo do texto constitucional.

Trata-se de instrumento de grande utilização no ordenamento jurídico alemão. De acordo com o relatório que consta no portal eletrônico oficial do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), durante o período de 1951 a 2018, foram ajuizados 238.048 processos perante a referida corte, dos quais 229.899 foram recursos constitucionais, representando 96,57% do total.[182]

Verifica-se que a questão da subsidiariedade é disciplinada de modo similar ao realizado no recurso de amparo, conforme dispõe o § 90 (2) da Lei do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Assim, exige o esgotamento prévio da via judicial ordinária antes de utilizar o recurso constitucional. Porém, neste caso, é facultada à referida corte a resolução imediata do recurso, se houver importância geral ou se houver risco de prejuízo grave e inevitável.[183] É o que também aponta André Ramos Tavares, ao explicar que há exceção à regra da subsidiariedade

---

[180] Artigo 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal] (1) O Tribunal Constitucional Federal decide: [...] 4a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos Artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104; (ALEMANHA. *DEUTSCHER BUNDESTAG* [PARLAMENTO FEDERAL ALEMÃO]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Bonn, 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 06 set. 2019).

[181] ALEMANHA. **Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal Alemão** (tradução livre). Act on the Federal Constitutional Court. Sítio do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). Disponível em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.html#download=1>, acesso em 06 set 2019).

[182] ALEMANHA. **Estatísticas Anuais – 2018** (tradução livre). *Annual Statistics*. Sítio do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht). Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2018/statistik_2018_node.html>, acesso em 08 set 2019.

[183] SEGADO, Francisco Fernández. El recurso de amparo en España. IN: FIX-ZAMUDIO, Héctor; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El derecho de amparo en el mundo.** 1ª ed. México D.F.: Editorial Porrúa, 2006, p. 792.

quando a questão suscitada revelar um significado geral, ou seja, quando o recurso representar um interesse geral.[184]

Esse entendimento é muito parecido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do aspecto de subsidiariedade da ADPF, em que estabelece a necessidade de ausência de um outro meio eficaz para evitar danos irreparáveis aos preceitos fundamentais, ao mesmo tempo em que também considera a relevância da questão suscitada superação desse requisito para efeito de conhecimento da medida de controle de constitucionalidade, relativizando-se, assim, a regra geral da subsidiariedade.

No entanto, deve ser feita uma ressalva sobre a simples comparação dos instrumentos do direito constitucional espanhol e do direito germânico com a arguição de descumprimento, sem a devida contextualização. Segundo Daniel Sarmento, embora a doutrina estabeleça com frequência um paralelo entre a arguição de descumprimento, o recurso de amparo e a *verfassungsbeschwerde*, há diferenças relevantes entre os sistemas de constitucionalidades desses Estados. Assevera que não existe o controle difuso de constitucionalidade na Espanha e Alemanha, ao contrário do sistema pátrio, o que implica na vedação aos juízes e tribunais das instâncias inferiores de julgar as ofensas aos direitos fundamentais, quando estas decorrerem da inconstitucionalidade de leis. Cabe aos magistrados ordinários somente submeter a suposta violação constitucional ao juízo das Cortes Supremas, cuja decisão terá eficácia *erga omnes*.[185]

A fim de esclarecer a matéria, o próprio autor caracteriza os dois institutos do direito comparado, de acordo com a sua inserção nos respectivos sistemas constitucionais. Desse modo, define o recurso ao Tribunal Constitucional do sistema jurídico alemão como um instrumento de defesa dos direitos fundamentais, quando afrontados por atos do poder público e desde que esgotadas todas as instâncias ordinárias. A legitimidade alcança qualquer cidadão e o objeto de impugnação compreende atos normativos, administrativos e judiciais. Em relação

---

[184] TAVARES, André Ramos. **Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 46.

[185] SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. p. 85-108. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 88-89.

aos efeitos da decisão que julgar a inconstitucionalidade, cabe à Corte a competência para aplicar sua eficácia geral, eliminando o vício da legislação.[186]

Já no ordenamento espanhol, Daniel Sarmento destaca que existe grande semelhança das características do recurso de amparo com as do recurso germânico, sendo também um mecanismo concedido aos cidadãos para defesa dos seus direitos fundamentais, especificamente, aqueles tutelados nos artigos 14 a 30 da Constituição da Espanha, em face de atos praticados pelo Estado, sempre que venham a ameaçá-los ou violá-los, havendo a mesma necessidade de esgotamento das instâncias inferiores. Faz uma ressalva quanto ao objeto do recurso, que não é a lei eivada de inconstitucionalidade, mas o ato que lhe deu cumprimento e afrontou os direitos fundamentais. O acórdão, nesse caso, tem o poder de apreciar a inconstitucionalidade da norma, atribuindo eficácia *erga omnes*.[187]

Portanto, nota-se que também existe legitimidade ampla para interpor o recurso de amparo, de modo que, assim como o recurso constitucional alemão, a legitimidade é estendida a todos os cidadãos que tiveram seus direitos fundamentais violados. Justamente por tal motivo é que se constata o excesso de ações dessa natureza nas cortes constitucionais, o que serviu de fundamento para o veto presidencial ao dispositivo que permitia legitimidade ampla na Lei nº 9.882/1999, que regulamentou a ADPF.

Apesar do possível excesso de demandas causado pela regra de legitimidade mais extensiva, verifica-se que haveria um ganho potencial com a ampla participação do cidadão, conferindo didaticamente um maior engajamento social, considerando a tendência de aumento da participação popular no controle da Administração Pública, até como elemento democrático.

Porém, no caso da legislação brasileira, conforme será melhor analisado posteriormente, a participação do cidadão na arguição de descumprimento de preceito fundamental ficou restrita à representação ao Procurador Geral da

---

[186] SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. p. 85-108. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 88-89.
[187] Ibid, p. 88-89.

República, que verificará a possibilidade de propor a medida. Ademais, o veto presidencial ao inciso II do artigo 2º do projeto de lei que deu origem à Lei nº 9.882/1999 acabou retirando grande parte do interesse na modalidade incidental do referido instrumento de controle de constitucionalidade, uma vez que mesmo nas hipóteses de existência de um caso concreto, apenas os legitimados do rol constitucional poderiam propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ressaltando o aspecto de controle objetivo do instituto.

## 2.3. CONCEITO CONSTITUCIONAL E REGULAMENTAÇÃO LEGAL

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo disciplinada no artigo 102, § 1º, nos seguintes termos:

> Art. 102 §1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Verifica-se que o texto constitucional se limitou a apresentar o nome do instituto, sua competência de julgamento atribuída ao Supremo Tribunal Federal e o seu caráter de norma limitada, dependente de regulamentação legal. Não houve qualquer delimitação mínima de suas funções ou limites, deixando essa caracterização para o legislador ordinário.

Neste contexto, houve a promulgação, mais de dez anos depois, da Lei nº 9.882/1999, que foi responsável pela regulamentação da arguição de descumprimento, de modo que ampliou consideravelmente a abrangência do referido instituto em relação à previsão constitucional, uma vez que permitiu o controle sobre atos normativos municipais e sobre atos normativos anteriores à Constituição Federal de 1988.

Tal ampliação foi inclusive objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2231 do Distrito Federal, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. Embora

ainda esteja pendente de julgamento final,[188] a análise sobre o mérito da modalidade autônoma parece estar prejudicada, diante dos inúmeros julgamentos já realizados pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferentemente do que ocorre com outras ações de inconstitucionalidade, a legislação ao tratar da arguição de descumprimento de preceito fundamental não restringe sua aplicação à inconstitucionalidade de atos normativos. O artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.882/1999 dispõe que a referida arguição "terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, **resultante de ato do Poder Público**" (*negritos nossos*).[189]

Neste sentido, há divergências sobre o alcance no emprego do termo "ato", decorrente da possibilidade de controle de constitucionalidade não apenas sobre atos normativos, mas inclusive em relação a atos administrativos de cunho material, bem como aqueles classificados como atos políticos. A fim de elucidar a abrangência do referido termo, serão utilizados como parâmetro trabalhos doutrinários e, principalmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Sob tal aspecto, é importante ressaltar o tratamento atribuído pela doutrina às expressões "inconstitucionalidade", "contrariedade" e "descumprimento". Enquanto a inconstitucionalidade é um conceito mais restrito, atinente a certos atos normativos, a contrariedade seria um pouco mais ampla, envolvendo o controle difuso exercido por meio do Recurso Extraordinário. Por fim, o descumprimento se situaria em degrau superior na escala de abrangência, uma vez que a referida arguição seria o meio pelo qual se questionam todos os atos emanados do Poder Público que afrontem um preceito fundamental. Este entendimento é corroborado por André Ramos Tavares:

> No caso da arguição, verifica-se que houve o emprego de uma terceira categoria, a de descumprimento. Como se verificará, não se trata nem propriamente de uma inconstitucionalidade nem de uma contrariedade à Constituição. O conceito de descumprimento, para fins de arguição, está atrelado aos preceitos fundamentais. Seus contornos, ademais,

---

[188] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Processos eletrônicos: ADI nº 2.231/DF.** Andamentos. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1828554> acesso em 02 jan 2020.

[189] Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

> dependem do legislador. A medida é a de maior extensão em sua abrangência do que as demais existentes (como a ação direta de inconstitucionalidade) restritas à noção técnica de inconstitucionalidade. Em outras palavras, admite-se que o descumprimento possa ocorrer, em tese, por lei, ato normativo, decisão judicial ou ato administrativo, e mesmo material, incluindo-se o de caráter privado.[190]

Neste ponto, é necessário apresentar uma crítica bastante contundente da doutrina acerca da arguição de descumprimento. Trata-se dos contornos da regulamentação conferida pela Lei nº 9.882/1999, a qual veio ampliar significativamente a abrangência do referido instituto. Sustenta-se, em suma, a inconstitucionalidade do diploma legal mencionado, alegando-se que foi extrapolada a competência regulamentar ao legislador.

Tal crítica reveste-se de boa fundamentação, ao afirmar que a arguição de descumprimento, por sua própria terminologia, seria inicialmente concebida como um instrumento de caráter incidental e de ampla legitimidade ativa. Porém, foi transformada em ação direta com legitimidade restrita, nos moldes das demais ações de constitucionalidade.

Além disso, segundo o referido diploma, a lesão objeto do questionamento ficaria restrita àquela resultante exclusivamente de ato do Poder Público, sem que houvesse qualquer previsão constitucional nesse sentido. Por fim, haveria a ampliação da competência direta do Supremo Tribunal Federal para questionar leis e atos normativos municipais, assim como aqueles que fossem anteriores à vigência da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, com base nos fundamentos que foram apresentados, a opinião crítica é categórica ao sustentar a inconstitucionalidade da Lei federal nº 9.882/1999, conforme se pode observar nos ensinamentos de Sérgio Resende de Barros:

> Em conclusão, a Lei nº 9.882/99, parece-me no todo inconstitucional, porque transforma uma simples arguição em ação direta, dando-lhe **substância** e **forma** não previstas na Constituição, nem por ela autorizadas ao legislador ordinário, cujo regramento não poderia ir além da forma como *será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta*

---

[190] TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.

> *Constituição*. O que a Constituição autorizou à Lei foi estabelecer a forma processual e não a forma substancial. (negritos e itálicos do autor) [191]

Contudo, até o presente momento, o entendimento que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal é o da constitucionalidade e, consequentemente, observância das disposições contidas na Lei 9.882/1999. De qualquer modo, é imprescindível levar em consideração a crítica apresentada, para fins da melhor caracterização da arguição de descumprimento.

## 2.4. CARÁTER AUTÔNOMO E INCIDENTAL

Conforme se identifica na doutrina, a Lei nº 9.882/1999 previu duas modalidades distintas de arguição de descumprimento de preceito fundamental: a arguição autônoma e a arguição incidental.

A arguição autônoma, também definida como direta ou principal, é aquela prevista no próprio *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.882/1999 e que se destina à proteção objetiva dos preceitos fundamentais, nos termos do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal. Nesse caso, a medida não deriva de uma questão incidental a um caso concreto.

Por sua vez, a modalidade incidental encontra respaldo legal no artigo 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999, que prevê também o cabimento da arguição de descumprimento quando restar comprovada a relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal.[192] A referida denominação advém de sua ocorrência como incidente a partir de um processo judicial já em curso, suscitando a lesão ao preceito fundamental diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

---

[191] BARROS, Sérgio Resende de. O Nó Górdio do Sistema Misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 197.

[192] TAVARES, André Ramos. **Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 293.

Portanto, ao contrário da arguição de descumprimento autônoma, a incidental pressupõe a existência de um processo subjetivo, em que haja controvérsia constitucional relevante em relação ao preceito fundamental supostamente violado. É o que ensina Daniel Sarmento:

> [...] **a arguição incidental, cuja existência infere-se da leitura de diversos dispositivos esparramados assistematicamente pelo corpo da lei, como o art. 5º, § 3º, e o 6º, § 1º, representa um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal**, quando inexistir outro meio idôneo para sanar a lesividade ao preceito fundamental. (negritos nossos)[193]

Em que pese o intuito do legislador de prever ambas as modalidades, ressalta-se que o dispositivo que tratava da ampla legitimidade ativa foi vetado, diminuindo-se drasticamente a aplicabilidade da arguição incidental, uma vez que a arguição só poderia ser proposta pelo mesmo rol de legitimados previsto para a ação direta de inconstitucionalidade, igualmente aplicável para a arguição de descumprimento na modalidade autônoma.

Outro fato que merece destaque é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionou a constitucionalidade da Lei nº 9.882/1999, via ação direta de inconstitucionalidade. Durante o seu julgamento, o Ministro Néri da Silveira, relator da ADI nº 2.231/DF,[194] concedeu interpretação conforme ao artigo 1º, parágrafo único, inciso I, do referido diploma legal, para excluir de sua aplicação as controvérsias constitucionais concretamente já apresentadas em juízo.[195]

O relator também votou pelo deferimento da liminar para suspender o § 3º do artigo 5º da Lei nº 9.882/1999, por estar relacionado à arguição incidental. O dispositivo suspenso autorizava a concessão de liminar pelo Supremo Tribunal Federal para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões

---

[193] SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. p. 85-108. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 87.

[194] ADI nº 2.231/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 05/12/2001, DJ 17/12/2001, Informativo nº 253 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/ informativo253.htm>. Acesso em: 09 nov. 2019.

[195] MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

judiciais que apresentassem afinidade com o objeto da arguição de descumprimento.

Por fim, Daniel Sarmento conclui que, apesar da dimensão subjetiva da arguição incidental, em razão de estar relacionada a um caso concreto, prepondera a sua dimensão objetiva, assim como ocorre com a arguição de descumprimento autônoma, na medida em que se constitui como um dos principais instrumentos de preservação da ordem constitucional e só pode ser ajuizada pelos mesmos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade.[196]

## 2.5. LEGITIMIDADE

Conforme já exposto, a descrição da arguição de descumprimento de preceito fundamental na Constituição Federal foi bastante restrita, de modo que o § 1º do artigo 102 do texto constitucional limitou-se a dispor que a medida seria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Coube então à legislação ordinária a função de regulamentar e prever as hipóteses de sua legitimidade. Nesse sentido, a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, estipulou, em seu artigo 2º, quais seriam os legitimados à propositura desse instrumento de controle de constitucionalidade.

O projeto de lei[197] que deu origem à atual legislação previa que além dos legitimados para ação direta de inconstitucionalidade, qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público poderia ajuizar a arguição de descumprimento, conforme constava da redação do inciso II do artigo 2º. [198] Tratava-se de regramento semelhante ao já existente para o recurso de amparo espanhol e o

---

[196] SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. p. 85-108. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 87.
[197] PL nº 17/1999 (Senado Federal) e PL nº 2872/1997 (Câmara dos Deputados).
[198] Art. 2º [...] II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

recurso constitucional alemão, além de visar à ampla proteção dos preceitos fundamentais.

No entanto, o referido dispositivo foi vetado pelo Presidente da República. Segundo a Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999, que expôs os motivos dos vetos presidenciais, estes ocorreram para evitar que fosse conferida ampla legitimidade a qualquer pessoa lesada ou ameaçada, ressaltando sua incompatibilidade com o sistema de controle concentrado de constitucionalidade e o risco de um número excessivo de demandas.[199]

Atualmente, portanto, a ADPF possui legitimidade ativa restrita, figurando apenas como legitimados aqueles indicados no inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882/1999, ou seja, a propositura só pode ser feita por órgãos ou entes específicos, a quem foi atribuída legitimidade nos mesmos moldes da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Há necessidade de destacar a hipótese prevista no § 2º do artigo 2º da Lei nº 9.882/1999, em que se concede à pessoa lesada ou ameaçada pelo ato do Poder Público a faculdade de solicitar a propositura da medida ao Procurador-Geral da República, mediante representação, o qual decidirá sobre o seu ajuizamento. Trata-se de uma forma de controle social, embora indireta, pois necessita de anuência do representante do Ministério Público.

Existia, ainda, a possibilidade de representação ao Supremo Tribunal Federal em caso de negativa do Procurador-Geral da República em atender ao pedido. Porém, tal hipótese foi igualmente vetada,[200] uma vez que a admissão de tal recurso ao Supremo Tribunal Federal desqualificaria a análise de relevância pelo Ministério Público. De acordo com o veto, seria um procedimento desnecessário, que exigiria processamento e julgamento específicos, considerando que não há direito subjetivo a um acesso imediato à Corte Suprema e já é assegurado o uso

---

[199] BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Mensagem de Veto nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>, acesso em: 16 out. 2019.

[200] Art. 2º [...] § 2º Contra o indeferimento do pedido, caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

de outras vias para o questionamento judicial de lides que envolvam discussão constitucional.[201]

Segundo Gabriel Dias Marques da Cruz, o direito à representação, no formato delineado após os vetos, possuiria estrutura e lógica similar ao direito de petição, consagrado no artigo 5º, XXXIV, “a”, do texto constitucional, tornando-se, assim, desnecessário.[202]

Há na doutrina também quem defenda a possibilidade de nova Emenda Constitucional para garantir a propositura da arguição por intermédio de iniciativa popular,[203] nos mesmos moldes do que o artigo 61, § 2º, da Constituição estabelece para os projetos de lei.[204] Seria uma forma de incrementar o controle social, sem o risco de que essas demandas sobrecarregassem ainda mais o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, conforme o sistema constitucional vigente, a legitimidade é concorrente e restrita ao rol expressamente designado. De acordo com o artigo 103 da Constituição Federal, são legitimados para a propositura da Ação de Direta de Inconstitucionalidade e, consequentemente, da arguição de descumprimentos os seguintes órgãos e entes: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

---

[201] BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Mensagem de Veto nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>, acesso em: 16 out. 2019.

[202] CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 73.

[203] Ibid., p. 80.

[204] Art. 61 [...] § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Ressalta-se que até o advento da Constituição Federal de 1988 e desde a Emenda Constitucional nº 26/1965 à Constituição de 1946, a legitimidade ativa para a propositura da ADIN era exclusiva do Procurador-Geral da República.[205]

Embora haja um rol considerável de legitimados no artigo 103 da atual Constituição, alguns deles devem atender a requisitos específicos para poderem exercer tal faculdade. O principal requisito é o da pertinência temática, pela qual se analisa o vínculo entre o objeto da arguição de descumprimento e o interesse do próprio arguente.

Essa condição foi imposta pela jurisprudência do Supremo, em que distingue os legitimados em universais e especiais. Para os legitimados universais, não há restrição à possibilidade de ajuizamento das ações de controle concentrado. Já para os legitimados especiais, estes precisam comprovar a relação direta entre o seu perfil institucional e a matéria que será arguida.[206] Tal entendimento pode ser verificado durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1157-0/DF, conforme a seguinte ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONFEDEREÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL (CSPB) – AUSÊNCIA DE LEGITIMITADADE ATIVA '*AD CAUSAM*' POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA – INSUFICIÊNCIA, PARA TAL EFEITO, DA MERA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO – HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - **o requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa '*ad causam*' para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.** Precedentes. (negritos nossos)[207]

---

[205] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 280.

[206] CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 73

[207] Medida Cautelar ADI nº 1157-0/DF, Ministro relator Celso de Mello, Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil - CSPB Requerido: Governador do Estado de Minas Gerais, Plenário, julgamento em 01/12/1994, DJ de 17/11/2006. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=391350&pgI=1&pgF=100000>. Acesso em: 30 nov. 2019.

Há ainda na doutrina quem entenda que essa interpretação da Corte Constitucional derive dos próprios requisitos para a propositura de qualquer ação: legitimidade para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.[208]

Segundo a classificação definida pelo Supremo Tribunal Federal, os legitimados universais são: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional.

Por sua vez, os legitimados especiais, carecedores de pertinência temática para o exercício da arguição são: a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Além da pertinência temática, a decisão proferida no Agravo Regimental da ADPF nº 566/GO apresenta ainda outros dois requisitos específicos para a legitimidade, conforme especificado no trecho a seguir:

> No caso de entidades de classe de âmbito nacional, a legitimidade deve observar três condicionantes procedimentais: **a) homogeneidade entre os membros integrantes da entidade** (ADI 108-QI, rel. min Celso de Mello, Plenário, DJ de 5/6/1992; ADI 146, rel. min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 19/12/2002); **b) representatividade da categoria em sua totalidade e comprovação do caráter nacional da entidade, pela presença efetiva de associados em, pelo menos, nove estados-membros** (ADI 386, rel. min. Sydney Sanches, Plenário, DJ de 28/6/1991; e ADI 1.486-MC, rel. min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 13/12/1996); e c) pertinência temática entre os objetivos institucionais da entidade postulante e a norma objeto da impugnação (ADI 1.873, rel. min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 19/9/2003). (negritos nossos)[209]

---

[208] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 280

[209] "AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS 323/2016 E 491/2018 DO MUNICÍPIO DE FORMOSA-GO. DISCIPLINA DO SERVIÇO DE MOTOTÁXI NO ÂMBITO MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS ARTIGOS 1º, III; 2º; 5º, CAPUT, II, XIII, XX, XXXVI, LIV E § 1º; 22, XI; E 60, § 4º, III E IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO QUE PRETENDE CONGREGAR SERVIDORES DE CATEGORIAS DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE HOMOGENEIDADE. **AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO CARÁTER NACIONAL DA ENTIDADE. INEXISTÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA EM RELAÇÃO AO CONTEÚDO DAS LEIS IMPUGNADAS. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.** AGRAVO NÃO PROVIDO." (BRASIL. STF. AgReg ADPF nº 566/GO, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 23/08/2019, DJe 03/09/2019, negritos nossos).

Parte da doutrina, contudo, defende que todos esses requisitos especiais não poderiam derivar exclusivamente da jurisprudência. Alega-se que a referida restrição deveria, no mínimo, ser fixada pelo legislador.[210]

No tocante à legitimidade passiva, Daniel Sarmento esclarece que em razão do caráter eminentemente objetivo da arguição de descumprimento, o polo passivo é considerado em seu sentido meramente formal, para o qual devem ser designados os responsáveis pelo ato impugnado.[211]

Interessante notar que em alguns casos haverá uma coincidência entre o polo ativo e o polo passivo da arguição, especialmente, em relação a atos normativos complexos, considerando que o legitimado ativo pode ser também a autoridade responsável pelo ato impugnado. Considerando, ainda, o objeto da arguição de descumprimento, que permite o exame da recepção ou não dos atos do Poder Público pela ordem constitucional vigente, a hipótese de coincidência torna-se mais frequente. É o caso, por exemplo, do que ocorreu na ADPF nº 369/PB,[212] proposta pelo Governador do Estado da Paraíba em face de decreto estadual, figurando, assim, também como legitimado passivo da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

## 2.6. ALCANCE DA EXPRESSÃO *ATO DO PODER PÚBLICO*

A doutrina, diante do conteúdo constitucional e regulamentar da arguição descumprimento, é clara ao permitir a utilização do instrumento em face do conteúdo de diversas espécies de atos provenientes do Poder Público, incluindo-se os atos legislativos, administrativos ou judiciais. Citam-se os seguintes

---

[210] MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169.
[211] SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. p. 85-108. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 107.
[212] BRASIL. STF. ADPF nº 369 MC/PB. Rel. Min. Luiz Fux. j. em 30/06/2017, Dje 30/04/2019.

exemplos: editais de licitação, contratos administrativos, concursos públicos, decisões de tribunais de contas e decisões judiciais.[213]

Também se admite o mecanismo para impugnar atos privados quando estes forem equiparados a atos públicos, como nos casos de permissão ou concessão de serviços públicos.[214]

De forma semelhante, Daniel Sarmento elenca os seguintes atos como passíveis de impugnação via arguição de descumprimento de preceito fundamental:

> Pela própria redação do caput do art.1º, é possível notar a enorme abrangência da ADPF, que pode ser utilizada não apenas com o objetivo de censurar atos normativos, mas também atos administrativos e até mesmo atos jurisdicionais, agora sujeitos também ao crivo do controle concentrado de constitucionalidade. [215]

Segundo o referido autor, seriam sindicáveis por intermédio desse instrumento de controle concentrado de constitucionalidade os "contratos administrativos, editais de licitação e de concurso, decisões dos tribunais de contas, entre inúmeros outros atos estatais."[216]

É importante ponderar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído, no sentido de compreender um alcance cada vez maior do controle sobre os atos estatais. Evidente, ainda, que o requisito de relevância da demanda, muitas vezes, contribui, não só para a análise da condição de subsidiariedade, mas, também, para delimitar a incidência da arguição de descumprimento sobre determinados atos, que, até então, poderiam ser objeto apenas de outras formas de controle.

Isso decorre da própria previsão do artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/1999,[217] que impõe um requisito negativo de existência de outro meio que seja eficaz para

---

[213] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 330-331

[214] Ibid., p. 331.

[215] SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. p. 85-108. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

[216] Ibid.

[217] Art. 4º [...] § 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

sanar a violação ao preceito fundamental. Essa eficácia deve ser entendida como plena, ou seja, na ausência de outro instrumento que consiga impedir a violação de forma geral e imediata, será cabível a arguição de descumprimento. Caso contrário, diante da gravidade da lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição Federal, é certo que a ineficácia da proteção geraria imenso prejuízo à ordem jurídica. Assim, serão examinadas as principais espécies de atos do Poder Público impugnáveis.

### 2.6.1. Leis Municipais

Uma das mais importantes inovações da arguição de descumprimento foi possibilitar o controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais perante o Supremo Tribunal Federal.

Até então, havia a possibilidade somente de declaração direta de inconstitucionalidade dessas normas em face de leis estaduais, no âmbito no respectivo Tribunal de Justiça estadual, com fundamento no artigo 125, § 2º, da Constituição Federal,[218] que prevê a competência dos Estados para instituição de tal mecanismo. Por sua vez, o controle pela Corte Suprema aconteceria apenas no sistema de controle difuso de constitucionalidade, cuja decisão valeria apenas para o caso concreto.

A viabilidade desse controle em face dos atos normativos municipais poder ser verificada no julgamento da ADPF nº 190/SP,[219] em que se declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 2.614/1997, do Município da Estância Hidromineral de Poá, por usurpação da competência legislativa da União, uma vez que excluem valores da base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, fora das hipóteses previstas em lei complementar

---

[218] Art. 125 [...] § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

[219] BRASIL. STF. ADPF 190/SP. Plenário. Rel. Min. Edson Fachin, j. em 29/09/2016, DJe 27/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311682901&ext=.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2019.

nacional, ocasionando redução indireta da alíquota mínima estabelecida no artigo 88 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Nesse sentido, vale ressaltar o efeito vinculante das decisões, que valeriam para todas as leis municipais com disciplina semelhante, conforme exemplifica Gilmar Ferreira Mendes:

> Em outras palavras, se o STF afirmar, em um processo de arguição de descumprimento, que a Lei n. 'X', do Município de São Paulo, que prevê a instituição do IPTU, é inconstitucional, essa decisão terá efeito não apenas em relação a esse texto normativo, mas também em relação aos textos normativos de teor idêntico editados por todos os demais entes comunais.[220]

Na hipótese de que algum diploma municipal não observe a decisão da arguição de descumprimento para o caso originário e preveja disposição similar, será cabível, ainda, reclamação ao Supremo Tribunal Federal, com pedido de declaração de inconstitucionalidade incidental da norma viciada.[221]

Assim, a criação do requisito de subsidiariedade para ADPF, embora tenha reduzido bastante o espectro de atuação desse instrumento, abriu espaço de destaque para o controle de constitucionalidade das leis municipais diretamente em confronto ao texto da Constituição Federal, as quais eram relegadas pelas demais ações de controle em abstrato.

Verificada a questão da inconstitucionalidade das leis municipais, ressalva-se, ainda, que o mesmo raciocínio pode ser aplicado para a declaração de constitucionalidade de leis estaduais e municipais, já que o artigo 102, I, "a", da Constituição Federal limita a atuação da Ação Declaratória de Constitucionalidade ao controle de lei ou ato normativo federal.

Portanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é apta tanto à declaração de inconstitucionalidade de leis municipais quanto à declaração de constitucionalidade de leis municipais e estaduais.

---

[220] MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130-131.
[221] Ibidem, p. 131.

### 2.6.2. Leis não recepcionadas, inclusive por emenda constitucional.

A arguição de descumprimento também pode ser utilizada para alegar a não recepção de normas pela Constituição Federal, inclusive pelas Emendas Constitucionais, o que alcançaria as normas legais editadas posteriormente a 1988, mas que seriam incompatíveis com as regras instituídas pela modificação constitucional.

A possibilidade compreende tanto leis federais quanto estaduais, lembrando-se, conforme já exposto, que a legislação municipal poderá ser objeto da arguição de descumprimento, independentemente de ter vigência anterior ao preceito constitucional violado, uma vez que não há outra ação constitucional de controle de constitucionalidade apta ao seu questionamento, presente, assim, o requisito da subsidiariedade em todas as hipóteses mencionadas.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal pode ser conferido no julgamento da ADPF nº 446/MT,[222] em que houve o questionamento de leis estaduais que previam regime previdenciário para deputados estaduais do Mato Grosso, em confronto ao texto da Emenda Constitucional 20/1998, que proíbe regimes previdenciários para outras categorias além daquelas restritas aos

---

[222] "CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS 5.085/86, 6.243/93, 6.623/95, 7.498/01, 7.960/03 E 9.041/08, DO ESTADO DE MATO GROSSO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS PARLAMENTARES ESTADUAIS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 40, §13, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGENTES POLÍTICOS. CARGOS TEMPORÁRIOS. FILIAÇÃO OBRIGATÓRIA AO RGPS. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PRESERVAÇÃO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À DECISÃO CAUTELAR. 1. **A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a via adequada para impugnação conjunta de atos normativos anteriores e posteriores à edição dos preceitos constitucionais que são invocados como parâmetros de controle.** 2. A Emenda Constitucional 20/98 limitou a filiação aos regimes próprios de previdência apenas a servidores titulares de cargo efetivo, bem como vedou a criação de regimes previdenciários alternativos, em benefício de categorias determinadas. 3. Os agentes políticos, no exercício de mandato, desempenham cargos públicos temporários, de modo que se submetem à filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social, a teor do disposto no art. 40, §13, da Constituição Federal, incluído pela EC 20/18. 4. A existência de regime previdenciário específico para os deputados estaduais de Mato Grosso, com condições mais vantajosas que aquelas definidas no RGPS, importa violação aos princípios republicano, da igualdade, da moralidade, da razoabilidade e da impessoalidade. 5. Medida cautelar confirmada e arguição julgada parcialmente procedente, com modulação dos efeitos da decisão, para resguardar os pensionistas que, até a data da publicação da decisão que deferiu a medida cautelar, já percebiam os benefícios previdenciários previstos nas leis invalidadas." (BRASIL. STF. ADPF nº 446/MT, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 04/10/2019, DJe 17/10/2019, negritos nossos).

servidores titulares de cargo efetivo. O referido acórdão é de extrema importância, porque, ao tratar de leis não recepcionadas por emenda constitucional, demonstra outra possibilidade de controle das leis estaduais por meio da arguição de descumprimento, além da declaração de constitucionalidade.

### 2.6.3. Projetos de Lei

Em que pesem algumas discussões sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de projetos de lei, em sede de arguição de descumprimento, há jurisprudência no sentido de atestar sua conformação apenas em relação ao Poder Executivo, evitando a invasão de competência nas atribuições precípuas do Poder Legislativo, local adequado para a deliberação dos projetos de lei.

Assim, no julgamento da medida cautelar proposta na ADPF nº 435/GO,[223] o Ministro Relator Dias Toffoli determinou que o Governador do Estado de Goiás retificasse a proposta orçamentária encaminhada ao Legislativo, a fim de constar o valor previsto pela Defensoria Pública, reconhecendo sua autonomia orçamentária. Nesse caso, qualquer alteração nos valores do referido projeto deveria ser efetuada pelo Poder Legislativo:

> Anote-se, por fim, que a norma instituidora da autonomia financeira da Defensoria Pública, invocada como parâmetro de controle desta ADPF, **se impõe, no caso, ao Chefe do Poder Executivo, dela decorrendo o dever de enviar a proposta orçamentária no montante definido pelo órgão autônomo**, respeitados os limites da lei de diretrizes orçamentárias (art. 134, § 2º, da CF). **A mesma norma não se impõe ao Poder Legislativo, que poderá deliberar livremente acerca da proposta original formulada pela defensoria**, quando do exame do PLOA, analisando, inclusive, a redução pretendida pelo Governador do Estado, visto ser o Poder Legislativo a seara adequada para se debaterem possíveis alterações ao projeto de lei orçamentária. (negritos nossos)[224]

---

[223] BRASIL. STF. ADPF nº 435 MC/GO, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 05/12/2016, Dje 07/12/2016. Decisão monocrática disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310899593&ext=.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2019.
[224] Ibid.

O mesmo fundamento foi utilizado durante a acórdão que referendou a decisão proferida no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 307/DF,[225] cujo relator foi igualmente o Ministro Dias Toffoli.

### 2.6.4. Atos regulamentares

Outra dúvida que paira de modo recorrente sobre o enquadramento dos atos normativos do Poder Público como objeto de controle, para fins de propositura da arguição de descumprimento, diz respeito à análise dos atos regulamentares.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, não são considerados para efeito de cabimento de arguição de descumprimento os atos normativos que não derivem diretamente da Constituição da República, mas sim de atribuição conferida por lei. Assim, os atos normativos meramente regulamentares de disposição legal não podem ser impugnados via ADPF, ou seja, na hipótese de ausência de norma que inove na ordem jurídica a ponto de vulnerar, substituir ou exceder a lei ordinária, servindo somente para dar-lhe cumprimento.[226]

Nesse sentido, há diversos precedentes que esclarecem ser a arguição de descumprimento meio não idôneo para tratar de inconstitucionalidade decorrente de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar, como, por exemplo, os seguintes acórdãos: Agravo Regimental na ADPF nº 169/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 11.10.2013; Agravo Regimental na ADPF nº 203, Relator Ministro Teori Zavascki, Plenário, DJe 20.6.2013; Agravo Regimental na ADPF nº 93/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 31.08.2006.

---

[225] "Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Medida cautelar. Referendo. **Ato do Poder Executivo do Estado da Paraíba. Redução, no Projeto de Lei Orçamentária de 2014 encaminhado pelo Governador do Estado da Paraíba à Assembleia Legislativa, da proposta orçamentária da Defensoria Pública do Estado.** Cabimento da ADPF. Mérito. Violação de preceito fundamental contido no art. 134, § 2º, da Constituição Federal. Autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas estaduais. Medida cautelar confirmada." (BRASIL. STF. ADPF nº 307/DF, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 19/12/2013, DJe 27/3/2014, negritos nossos).

[226] BRASIL. STF. AgReg ADPF nº 260/DF, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28.05.2015, DJe 11/06/2015.

Verifica-se, no entanto, a possibilidade de que atos regulamentares sejam objeto de arguição de descumprimento, destacando-se, como exemplo na jurisprudência, a Resolução nº 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, questionada na ADPF nº 388/DF [227] e cujo entendimento é plenamente aplicável a outros atos de caráter semelhante.

Embora o Supremo tenha reconhecido natureza normativa aos atos proferidos tanto pelo Conselho Nacional de Justiça quanto pelo Conselho do Ministério Público, [228] o que poderia dificultar o cumprimento do requisito de subsidiariedade, porque tais atos seriam passíveis, *a priori*, de controle via ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, verifica-se, conforme o acórdão mencionado, que o objeto de análise vai além da simples resolução.

Constatou-se, na realidade, que houve a revogação do ato normativo que vedava a nomeação de promotores para cargos externos ao Ministérios Público, em diversos entes da Federação. Com isso, permitiu-se o afastamento de inúmeros profissionais para o exercício de outras funções na Administração Pública.

Configurou-se, assim, uma prática administrativa claramente contrária à intenção do sistema constitucional. Dessa forma, o objeto de controle não foi

---

[227] "Constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Membros do Ministério Público. [...] Caso concreto: Institucionalização de prática aparentemente contrária à Constituição. **Arguição contra a norma e a prática com base nela institucionalizada, além de atos concretos já praticados**. Controle objetivo e subjetivo em uma mesma ação. Cabimento da ADPF. Precedentes. [...] 4. **Resolução 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que disciplina o exercício de 'cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional'**. Derrogação de disposições que reiteravam a proibição de exercício de 'qualquer outra função pública, salvo uma de magistério' (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício de 'de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional' (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (arts. 4º), pela Resolução 72/2011. [...] 9**. Entendimento do CNMP afrontoso à Constituição Federal e à jurisprudência do STF. O Conselho não agiu em conformidade com sua missão de interpretar a Constituição e, por meio de seus próprios atos normativos, atribuir-lhes densidade. Pelo contrário, se propôs a mudar a Constituição, com base em seus próprios atos.** [...] 11. **Ação julgada procedente em parte, para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, e declarar a inconstitucionalidade da Resolução 72/2011, do CNMP**. Outrossim, determinada a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até vinte dias após a publicação da ata deste julgamento." (ADPF nº 388/DF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09/03/2016, DJe 01/08/2016, negritos nossos).

[228] Vide acórdãos dos seguintes julgados: ADI nº 3.831-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 15.12.2006, ADI nº 3.823-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 6.12.2006 e ADC nº 12, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 20.8.2008.

apenas a norma objetiva, mas compreendeu ainda os atos de nomeação dos membros do Ministério Público para exercer funções diversas às suas atribuições constitucionais.

Portanto, é possível o controle de atos regulamentares por meio da arguição de descumprimento, nas hipóteses tratadas, principalmente, ao se considerar a relevância de seus efeitos, com o fundamento de evitar os atos e decisões decorrentes que possam gerar insegurança jurídica.

A acórdão exarado na ADPF 388/DF ainda traz diversos elementos essenciais para o debate do controle dos atos regulamentares. Nesse sentido, cita a possibilidade de utilização do princípio da legalidade como parâmetro de controle para as controvérsias que envolvam lei e regulamento:

> [...] Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.[229]

Tratou também da possibilidade de impugnação simultânea de atos normativos e atos concretos. Segundo o caso analisado, questionou-se, no plano normativo, a Resolução nº 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público. Já no plano concreto, foram contestados os atos de nomeação de membros do Ministério Público para ocupar cargos fora da Instituição. Ressaltou-se que, apesar da prévia existência de ação popular proposta com a finalidade de desconstituir a nomeação de Procurador de Justiça do Estado da Bahia para assumir o cargo de Ministro da Justiça, o cabimento da referida ação não obstaria o manejo da arguição de descumprimento, uma vez que esta possui alcance muito mais abrangente, ao impugnar tanto os atos concretos quanto o ato normativo em si.

Outra peculiaridade que mereceu ser mencionada é referente ao teor da Resolução nº 72/2011, que não chegou a disciplinar a matéria tratada nos autos, mas somente revogou outro diploma que vedava expressamente esse tipo de nomeação. Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu como uma autorização implícita, dando ensejo a uma prática recorrente, a qual, nos termos do acórdão,

---

[229] BRASIL. STF. ADPF nº 388/DF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09/03/2016, DJe 01/08/2016.

constituiu ato passível de controle por arguição de descumprimento de preceito fundamental.

### 2.6.5. Decisões judiciais

As decisões judiciais também constituem atos do Poder Público para efeito de cabimento da arguição de descumprimento. Trata-se de outra inovação do instituto ao questionar um provimento jurisdicional por meio de controle concentrado de constitucionalidade.

De acordo com o artigo 3º, inciso V, da Lei nº 9.882/1999,[230] a petição inicial deverá ser instruída com a comprovação da existência e da relevância da controvérsia judicial acerca da suposta afronta a preceito fundamental. Verifica-se então a necessidade da existência de decisões conflitantes, ameaçando a segurança jurídica, a qual poderia ser considerada igualmente um preceito fundamental, ainda que de caráter instrumental.

Há exemplos icônicos, seja pela relevância do tema, seja pela recorrência de questionamentos semelhantes. O primeiro caso é aquele que permitiu o aborto dos fetos com anencefalia, conforme acórdão exarado na ADPF nº 54/DF,[231] que foi julgada em 12 de abril de 2012, após terem sido impetrados diversos *habeas corpus* sobre o tema.

É evidente que a questão necessitava de uma definição pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que as decisões das instâncias inferiores, em caráter liminar, acabavam por ter efeito definitivo, uma vez que a sua concessão implicaria em óbvia prejudicialidade ao julgamento final, enquanto a denegação dificilmente seria revertida antes do nascimento.

---

[230] Art. 3º A petição inicial deverá conter: [...] V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.
[231] BRASIL. STF. ADPF nº 54/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12/04/2012, DJe 19/04/2012.

Com menor relevância, mas questionada inúmeras vezes, é a hipótese de bloqueio de verbas públicas, pela Justiça do Trabalho, em razão de supostos créditos destinados a entidades privadas com dívidas trabalhistas. Além da afronta a diversos preceitos constitucionais, as decisões judiciais que determinaram a penhora ou sequestro de parte do Erário para o pagamento direto de particulares acabam por violar o regime de precatórios previsto na Constituição Federal, por desrespeito à ordem de pagamentos estabelecida. O assunto é bem exemplificado no seguinte julgado:

> Direito constitucional e processo constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF. Bloqueio, penhora e sequestro de verbas públicas pela Justiça do Trabalho. Cabimento da ação para impugnar ato jurisdicional. Cautelar deferida. **1. É cabível arguição de descumprimento de preceito fundamental voltada a impugnar um conjunto de decisões judiciais potencialmente violadoras de preceitos fundamentais. Precedentes: ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 249, Rel. Min. Celso de Mello; ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio.** 2. Plausibilidade do direito postulado. Atos de constrição praticados pela Justiça do Trabalho, sobre verbas públicas, sob alegação de que as empresas reclamadas deteriam créditos a receber da administração estadual. **Violação do contraditório, da ampla defesa, do princípio do juiz natural, da regra do precatório e da segurança orçamentária. Precedentes: ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 114 MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 23.247, Rel. Min. Edson Fachin.** 3. Perigo na demora, diante das importâncias vultosas já sequestradas. Situação potencialmente comprometedora da continuidade de serviços públicos essenciais. 4. Cautelar deferida.[232] (grifos nossos)

Cabe esclarecer que a divergência de entendimento quanto ao cabimento da arguição de descumprimento para decisões judiciais, quando for verificado o trânsito em julgado. Nesse sentido, destaca-se o precedente do julgamento da ADPF nº 97/PA:

> **Por inadequação da via processual, não se conhece da arguição de descumprimento de preceito fundamental na parte em que pretendida a limitação dos efeitos da decisão judicial transitada em julgado.** Precedente: ADPF 134-AgR/CE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 06.8.2009. (negritos nossos)[233]

---

[232] BRASIL. STF. MC ADPF nº 485/AP, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 09/11/2017, DJe 13/11/2017. Cf. outros precedentes: STF, MC ADPF nº 547/PA, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 12/03/2019, DJe 13/03/2019; STF, ADPF nº 114/PI, Plenário, Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 23/08/2019, DJe 05/09/2019, tese fixada: "**Os recursos públicos vinculados a convênios não podem ser bloqueados ou penhorados por decisão judicial para pagamento de débitos trabalhistas de sociedade de economia mista**, ainda que as verbas tenham sido repassadas à estatal, em virtude do disposto no art. 167, VI e X, da CF/1988 e do princípio da separação de poderes (art. 2º da CF/1988)" (negritos nossos).

[233] BRASIL. STF. ADPF nº 97/PA, Plenário, Min. Rel. Rosa Weber, j. em 21/08/2014, Dje 30/10/2014.

Dessa forma, o referido acórdão estabelece que a arguição de descumprimento não poderia ser utilizada como instrumento processual apto a substituir a ação rescisória no intento de desconstituir decisão judicial que tenha transitada em julgado.

No mesmo sentido, verifica-se o disposto no artigo 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/1999, pelo qual poderá ser concedida liminar para suspender o andamento de processos ou os efeitos de decisões das instâncias inferiores, exceto se decorrentes de coisa julgada.[234] Embora esse dispositivo esteja suspenso até o julgamento definitivo da ADI nº 2.231/DF, ele serve de baliza para o entendimento do Poder Judiciário.

No entanto, há entendimento do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto, permitindo o reconhecimento da violação ao preceito fundamental tutelado, mesmo quando houver a proteção da coisa julgada. Assim, conforme decisão proferida na análise da medida cautelar da ADPF nº 369/PB:

> **Não constitui óbice ao provimento da presente ADPF a existência de decisão transitada em julgado determinando o pagamento de verbas a funcionários indevidamente investidos no cargo com base na norma não recepcionada pela Constituição**. É que o art. 525, § 12, do novo Código de Processo civil expressamente dispõe ser "inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso". Desse modo, sendo reconhecida a incompatibilidade do Decreto do Estado da Paraíba nº 11.981/1987 com a Carta Magna em vigor e uma vez cumpridas as formalidades descritas no CPC/2015, **a coisa julgada anteriormente formada deixa de produzir efeitos, bem como as obrigações contidas no comando da decisão judicial transitada em julgado deixam de ser exigíveis**. (negritos nossos)[235]

Porém, a referida decisão impôs, como ônus ao interessado, a necessidade de propositura de ação rescisória para desconstituir os efeitos da coisa julgada, sempre que o provimento da Corte Suprema for posterior ao momento de sua constituição, conforme dispõe o artigo 525, § 15, do Código de Processo Civil. Nesse caso, o prazo para a propositura começa a contar a partir da data em que a

---

[234] Art. 5º [...] § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

[235] BRASIL. STF. MC ADPF nº 369/PB, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 30/06/2017, Dje 01/08/2017.

decisão reconhecer a inconstitucionalidade ou não recepção da norma questionada.

### 2.6.6. Decisões administrativas

Também podem ser objeto de controle de constitucionalidade por meio da arguição de descumprimento as decisões administrativas, especialmente, aquelas tomadas por órgãos de controle, como os Tribunais de Contas.

Nesse sentido, cita-se o julgamento da medida cautelar na ADPF 478/DF,[236] analisada pelo Ministro Alexandre de Moraes, na qual decidiu suspender determinação do Tribunal de Contas da União que havia interferido na atuação de política pública relativa à reforma agrária. Segundo o relatório, em razão de irregularidades apontadas na relação de beneficiários do Programa Nacional de Reforma Agrária - PNRA, verificadas após cruzamento de dados provenientes de diversos sistemas de informações públicos, o Acórdão nº 755/2016 do TCU suspendeu cautelarmente os processos de seleção de novos beneficiários ao programa, assim como os processos de realização de assentamentos aos já selecionados.

A medida cautelar foi deferida pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que a decisão do Tribunal de Contas da União resultou na paralisação completa do Programa Nacional de Reforma Agrária, promovido pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, causando prejuízo à efetividade de direitos sociais fundamentais. Posteriormente, tendo em vista a reconsideração do Tribunal de Contas e de providências do próprio INCRA, a fim de regularizar os dados cadastrais, a medida cautelar foi revogada e o julgamento da arguição foi dado por prejudicado, em razão da perda do objeto.

---

[236] BRASIL. STF. MC ADPF nº 478/DF, Min. Rel. Alexandre de Moraes, j. em 11/09/2017, DJe 12/09/2017.

Assim, em que pese a decisão final da Corte Constitucional, restou clara a possibilidade de análise de decisões dos Tribunais de Contas, por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No mesmo sentido, o Governador do Estado do Piauí ajuizou a ADPF nº 455/PI, [237] em face de ato administrativo proferido pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, acerca da exploração de serviço lotérico. O ato impugnado consiste em decisão exarada em sede de processo administrativo, no âmbito do órgão fazendário da União, para que a Secretaria da Fazenda do Piauí se abstivesse de explorar, direta ou indiretamente, certas modalidades de serviços lotéricos. Assim, o arguente propôs a medida, alegando a inexistência de monopólio da União, bem como a competência do órgão estadual para o exercício da atividade.

## 2.7. SUBSIDIARIEDADE

A subsidiariedade é um elemento que foi introduzido pelo legislador como condição para o conhecimento da arguição de descumprimento, cuja natureza jurídica pode ser classificada como requisito de procedibilidade.[238]

Segundo dispõe o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, caberá ao relator o indeferimento liminar da petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.[239]

Dessa forma, a subsidiariedade implica na inexistência de outro meio apto à proteção do direito tutelado. Mais especificamente, isso significa não existir medida

---

[237] BRASIL. STF. MC ADPF nº 455/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 27/06/2017, DJe 28/06/2017.
[238] BRASIL. STF. AgReg ADPF nº 17/AP, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 05/06/2002, DJ 14.02.2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347923>. Acesso em: 28 nov. 2019.
[239] Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

cujo provimento, considerado no âmbito da ordem constitucional, consiga solucionar a controvérsia de caráter relevante de forma ampla, geral e imediata.

No tocante a este requisito, é importante destacar parcela considerável da doutrina entende que a subsidiariedade se refere à proteção da ordem constitucional apenas sob uma perspectiva objetiva, de controle concentrado e abstrato. Do contrário, de acordo com tal entendimento, significaria um esvaziamento da própria arguição de descumprimento, uma vez que exigir a subsidiariedade também sob um enfoque subjetivo restringiria extremamente a utilização desse instrumento, pois, equivocamente, haveria necessidade de que fossem esgotadas todas as outras vias judiciais de controle difuso e concreto.

Gilmar Ferreira Mendes, ao abordar o tema da subsidiariedade e do caráter objetivo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, é adepto dessa corrente de pensamento:

> Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade, ou ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de *meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental*.[240]

Portanto, não seria cabível a ADPF quando não fosse possível o manejo de outro instrumento de controle que possuísse eficácia geral e imediata, como ocorre com as demais ações de controle de constitucionalidade.

Em relação às ações ordinárias e aos remédios constitucionais, não se trataria de averiguar a questão de subsidiariedade, mas sim de relevância e risco amplo geral, que não poderia ser sanado por medida que atacasse um simples ato do Poder Público.

Verifica-se, assim, o cabimento da ADPF como meio de impedir repetidos atos que descumpram um preceito fundamental, ainda que potenciais. Ou seja,

---

[240] MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 186.

deve haver o risco de repetições generalizadas do ato que foi impugnado em concreto, causando insegurança jurídica. É, ainda, um instrumento que evita demandas repetitivas em casos de inconstitucionalidade de atos que não possam ser objeto de controle pelas demais ações de constitucionalidade.

Nesse sentido, é clara a orientação do Supremo Tribunal Federal em reconhecer a preponderância do controle em abstrato para efeito de análise da subsidiariedade:

> De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. **Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.**
> Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), **meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.** (negritos nossos)[241]

A jurisprudência e a doutrina percebem ainda a influência do direito comparado sobre este tema, de maneira que tratamento semelhante é atribuído no direito alemão e no direito espanhol.

Conforme já exposto, a *verfassungsbeschwerde* do direito germânico obedecia, em regra, à necessidade prévia de exaurimento das instâncias ordinárias. No entanto, havia duas exceções previstas no § 90 (II) da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã: questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*) e aquelas decorrentes de controvérsias em que se demonstrasse o

---

[241] BRASIL. STF. ADPF nº 388/DF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09/03/2016, DJe 01/08/2016. Cf. o seguinte trecho da ementa: "[...] 3. **Subsidiariedade – art. 4 º, § 1 º, da Lei 9.882/99. Meio eficaz de sanar a lesão é aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. No juízo de subsidiariedade há de se ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Relevância do interesse público como critério para justificar a admissão da arguição de descumprimento. Caso concreto: Institucionalização de prática aparentemente contrária à Constituição. Arguição contra a norma e a prática com base nela institucionalizada, além de atos concretos já praticados. Controle objetivo e subjetivo em uma mesma ação. Cabimento da ADPF. Precedentes.** [...]" (negritos nossos).

risco iminente de grave lesão caso fosse utilizada a via ordinária (*schwerer Nachteil*).[242]

Na Espanha, embora conste na legislação que o recurso de amparo só é cabível após o esgotados todos os recursos possíveis, conforme previsão do artigo 44, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, verifica-se que tanto os julgados quanto o entendimento doutrinário, limitam a referida condição à sua noção de utilidade, ou seja, somente há exigência de interposição de todos os recursos razoavelmente úteis. Nota-se, portanto, que também foi relativizado o critério da subsidiariedade direito espanhol, para evitar que a obrigação de exaurir as instâncias ordinárias acarrete prejuízo à proteção dos direitos fundamentais.[243]

No ordenamento jurídico brasileiro, há uma particularidade que acentua a limitação da subsidiariedade ao caráter objetivo da arguição de descumprimento. Trata-se da legitimidade ativa para a sua propositura. Ao contrário dos modelos estrangeiros, a ADPF possui legitimidade ativa restrita, em razão do veto presidencial ao inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.882/1999, que permitia o seu ajuizamento por qualquer pessoa lesada ou ameaçado por ato do Poder Público.

Dessa forma, como a propositura só pode ser feita por órgãos ou entes específicos, a quem foi atribuída legitimidade nos mesmos moldes da ADI e da ADC, dificilmente a arguição versará apenas sobre situações particulares específicas, sem a evidência de possíveis ofensas semelhantes ao preceito fundamental tutelado.

A ressalva estaria apenas na hipótese descrita no § 2º do artigo 2º da Lei nº 9.882/1999, em que se faculta ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura da medida ao Procurador-Geral da República, que decidirá sobre o seu ajuizamento. Mesmo na situação descrita, haveria o crivo do Ministério Público no tocante ao cabimento e à relevância da arguição de descumprimento, suficiente para mitigar o interesse meramente particular.

---

[242] MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180-181.
[243] Ibid., p.181.

Dessa forma, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma interpretação ao artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.282/1999, pela qual a mera possibilidade de utilização de outros instrumentos processuais, não é suficiente para desrespeitar a condição de subsidiariedade, enquanto pressuposto negativo de admissibilidade, uma vez que se exige que os meios disponíveis sejam aptos a sanar, de maneira eficaz, imediata, ampla e geral, a situação de lesividade ou de potencialidade danosa.

Essa interpretação pode ser conferida no acórdão exarado na ADPF nº 388/DF, já mencionado neste tópico, bem como no julgamento da ADPF nº 33/PA.[244] Vale ressaltar ainda o acórdão proferido durante a apreciação da ADPF nº 378/DF,[245] que versou sobre o rito do procedimento de *impeachment* e confirmou a possibilidade de conhecimento da ADPF ainda que o julgamento sobre a recepção de lei anterior à Constituição Federal implicasse na inconstitucionalidade de norma posterior, como foi o caso dos dispositivos questionados do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. A decisão também incluiu o atributo de fungibilidade das ações diretas e da ADPF, como justificativa que permitiu o exame da norma regimental.

Em relação à fungibilidade, segundo Uadi Lammêgo Bulos, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que a arguição de descumprimento seja conhecida como ação direta de inconstitucionalidade genérica, considerando o seu caráter subsidiário.[246] A admissão da fungibilidade entre a ADPF e ADI pela Corte Suprema foi constatada durante o julgamento da ADPF nº 72/PA,[247] em que foi determinada a sua conversão em ação direta de inconstitucionalidade.

---

[244] BRASIL. STF. ADPF nº 33/PA, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07/12/2005, DJ 27/10/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em: 28 nov. 2019.

[245] BRASIL. STF. ADPF nº 378/DF, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 17/12/2015, DJe 08/03/2016.

[246] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 329.

[247] BRASIL. STF. QO ADPF nº 72/PA, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 01/06/2005, DJ 02/12/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348392>. Acesso em: 28 nov. 2019.

No entanto, vale ressaltar que também há jurisprudência em sentido contrário, declarando a impossibilidade de aplicação da fungibilidade, quando a escolha do instrumento for enquadrada como “erro grosseiro”.[248]

Vale ressaltar que alguns julgados anteriores, apesar de mencionarem a necessidade de haver outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, de forma efetiva e imediata, a violação causada pelo ato impugnado, acabaram por não conhecer da arguição, alegando a existência de outro meio, como foi o caso, por exemplo, do Agravo Regimental ADPF nº 17/AP[249] e da Questão de Ordem ADPF nº 3/CE.[250]

Portanto, houve uma nítida evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de limitar o alcance da subsidiariedade para que não conflite com o caráter objetivo característico da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A partir dessa limitação, o alcance da subsidiariedade resume-se a dois aspectos.

O primeiro refere-se à impossibilidade de utilização dos demais instrumentos de controle normativo abstrato, como ocorre quando o controle incide sobre os seguintes temas: direito pré-constitucional, direito municipal em face do texto constitucional, direito pós-constitucional revogado ou que tenha esgotado seus efeitos. Outra possibilidade reside na declaração de constitucionalidade de lei estadual ou municipal questionada, uma vez que o artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal limita a atuação da ADC ao controle de lei ou ato normativo federal.

Esclarece-se que, em alguns casos, como ocorreu no julgamento das ADPFs nº 378/DF e 388/DF, embora fosse possível o manejo das ações diretas de controle em face dos atos normativos, a tentativa não seria suficiente para impedir a violação

---

[248] “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – IMPROPRIEDADE – ‘ERRO GROSSEIRO' – ADMISSÃO COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE. **Inadmitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental ante ‘erro grosseiro’ na escolha do instrumento, considerado o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, descabe recebê-la como ação direta de inconstitucionalidade.**” (BRASIL. STF. AgReg ADPF nº 314/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11/12/2014, DJe 19/12/2015, negritos nossos).

[249] BRASIL. STF. AgReg ADPF nº 17/AP, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 05/06/2002, DJ 14.02.2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347923>. Acesso em: 28 nov. 2019.

[250] BRASIL. STF. QO ADPF nº 3/CE, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18/05/2000, DJ 27/02/2004, RTJ 189/401. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/189_2.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

do preceito fundamental por intermédio de outras práticas que não decorreriam necessariamente dos atos normativos impugnados.

O segundo aspecto diz respeito aos demais meios ordinários de impugnação, destinados aos atos do Poder Público que venham a ofender preceitos fundamentais em casos concretos. Durante o exame da ADPF nessas situações, são levadas em consideração a relevância do caso e a abrangência do instrumento utilizado para sanar a violação, evitando-se o risco de que outras práticas semelhantes ocorram de forma múltipla e reiterada no território brasileiro. No mesmo sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

> [...] é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderão servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.[251]

Ademais, muitos dos mecanismos ordinários utilizados para a proteção de preceitos fundamentais possuem requisitos próprios que poderiam inviabilizar seu uso ou demandariam um exame que poderia levar a demoradas discussões sobre condições acessórias. Em relação às ações, como nos casos do mandado de segurança e da ação popular, podem ser mencionadas a ocorrência de prazos prescricionais específicos, a definição da legitimidade da autoridade coatora ou do impetrante e a verificação da lesividade ao patrimônio público pelo ato impugnado.

Um exemplo prático dessa situação é que, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, as associações não possuem legitimidade ativa para mandado de segurança quando estas e seus substituídos não forem os titulares do direito que pretendem proteger, podendo, então, utilizar a arguição de descumprimento para sanar a suposta violação a preceito fundamental, conforme o acórdão proferido na ADPF nº 307 MC-Ref/DF,[252] que possui como precedente o

---

[251] MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 186.
[252] BRASIL. STF. MC-Ref. ADPF nº 307/DF, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 19/12/2013, DJe 27/03/2014.

acórdão exarado em questão de ordem levantada durante o julgamento de agravo regimental no MS nº 21.291/DF,[253] nos seguintes termos:

> 1. A Associação Nacional dos Defensores Públicos, **segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não detém legitimidade ativa para mandado de segurança quando a associação e seus substituídos não são os titulares do direito que pretende proteger.** Precedente: MS nº 21.291/DF-AgR-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 20/10/95. **Resta à associação a via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, único meio capaz de sanar a lesividade alegada.** 2. A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental, ensejando o cabimento de ADPF, pois constitui garantia densificadora do dever do Estado de prestar assistência jurídica aos necessitados e do próprio direito que a esses corresponde.

No tocante à eventual prejudicialidade do cabimento da arguição em face do recurso extraordinário, é visível que utilização do sistema de controle de constitucionalidade difuso possui alcance reduzido, considerando que a decisão produz efeito entre as partes e seria ineficaz em face múltiplas afrontas ao preceito fundamental.[254]

Durante o julgamento da ADPF nº 388/DF, foram citados dois casos relevantes em que houve a aplicação do entendimento pelo qual a simples existência de processos ordinários e recursos extraordinários não constituía óbice ao uso da arguição de descumprimento, ao considerar justamente a sua natureza objetiva, capaz de solucionar a questão de forma ampla, geral e imediata, por impedir de modo célere a ocorrência de interpretações diversas a ações que versem sobre questão semelhante. Há, ainda, um trecho na decisão que merece destaque ao supor que a relevância do tema superaria a discussão sobre a inexistência de subsidiariedade:

> **Poder-se-ia ter argumentado que haveria a possibilidade de recursos, que a questão acabaria resolvida pela uniformização da jurisprudência. Isso foi superado pela Corte, exatamente, por entender que havia relevância maior no tema**. (negritos nossos) [255]

---

[253] BRASIL. STF. QO AgReg MS nº 21.291/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 12/04/1991, DJ de 20/10/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373421>. Acesso em: 28/11/2019.

[254] Ibid.

[255] BRASIL. STF. ADPF nº 388/DF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09/03/2016, DJe 01/08/2016.

Os julgados então citados foram: a ADPF nº 101/DF,[256] que tratava da importação de pneus usados, e a ADPF nº 54/DF,[257] que analisou a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos. Em ambos os casos, ocorreram múltiplas decisões judiciais com interpretações incongruentes sobre os temas, impedindo uma solução isonômica para todos os interessados. Por essa razão, foram admitidas as arguições, tendo em vista a necessidade de imediata pacificação das questões.

A existência de múltiplas interpretações jurisprudenciais distintas acarretaria séria ofensa ao princípio da segurança jurídica, cuja relevância da matéria impugnada poderia aumentar ainda mais a sua gravidade. Assim, há relevância fundada em controvérsia judicial, em razão da necessidade de conferir segurança jurídica.

Portanto, considerando que a segurança jurídica pode ser igualmente qualificada como preceito fundamental, haveria embasamento para permitir o conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade, superando-se a necessidade de exaurimento das instâncias inferiores.

Ainda, sobre a necessidade de verificar a relevância da matéria em exame, Gilmar Ferreira Mendes afirma que a relevância da controvérsia pode constituir critério de avaliação do cabimento da arguição de descumprimento, do mesmo modo que o requisito de inexistência de outro meio eficaz, conforme o seguinte excerto:

> **É fácil ver também que a fórmula da relevância do interesse público para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto**. (negritos nossos)[258]

Pelo exposto, o desenvolvimento do tema da subsidiariedade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, seja no tocante ao aspecto dos meios de controle em abstrato, seja quanto aos demais meios de impugnação, demonstra uma intensa

---

[256] BRASIL. STF. ADPF nº 101/DF, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 24/06/2009, DJe 04/06/2012.
[257] BRASIL. STF. ADPF nº 54/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12/04/2012, Dje 19/04/2012.
[258] BRASIL. STF. ADPF nº 388/DF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09/03/2016, DJe 01/08/2016.

preocupação com a prevenção de novas violações e com a garantia da segurança jurídica. Do mesmo modo, a jurisprudência da referida Corte tem entendido como um requisito adicional a relevância e o interesse público da matéria tratada no julgamento.

# CAPÍTULO 3 – A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO COMO PRECEITO FUNDAMENTAL

## 3.1. PRECEITO FUNDAMENTAL

### 3.1.1. Definição

A fim de definir o objeto de cabimento da arguição de descumprimento, tratar-se-á da abrangência da expressão *preceito fundamental*, na qual ainda repousa certa polêmica, principalmente, pela frequente dificuldade em delimitar o seu alcance.

Embora esteja prevista no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988,[259] desde o modelo originário, e que tal dispositivo tenha sido regulamentado pela Lei federal nº 9.882/1999,[260] constata-se que tanto o texto constitucional quanto o texto legal não apresentaram o conceito ou qualquer exemplo de *preceito fundamental*, deixando o encargo para o Supremo Tribunal Federal.

A proposta de análise incluirá tantos os aspectos semânticos da expressão, quanto a própria crítica de utilização de tais termos dentro do arcabouço constitucional. Dessa forma, verifica-se que o vocábulo *preceito* tem origem no termo latino *praeceptum*, cujo significado pode ser entendido como regra, mandamento, comando ou diretriz de conduta.[261]

---

[259] Artigo 102 (...) § 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

[260] Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

[261] CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 48.
TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei. p. 38-76 In: TAVARES, André Ramos;

O termo abarcaria tanto regras quanto princípios, possuindo, assim, semelhança ao conteúdo da palavra *norma*. Todavia, esta tem uso polissêmico, de modo que serve como sinônimo para outros termos, inclusive no texto constitucional, quando lhe é atribuído, por exemplo, o sentido de *lei*, *dispositivo* ou *diretriz*. Assim, a escolha de *preceito fundamental* pode ter por razão evitar maiores discussões sobre o seu significado, uma vez que seria mais isento de outras concepções.[262]

De acordo com André Ramos Tavares, os preceitos fundamentais são "aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição".[263]

Nesse sentido, ao analisar a expressão, o autor afirma a existência de determinados valores previstos no texto constitucional que são responsáveis por fundamentar materialmente todo o ordenamento jurídico e, por essa razão, fazem jus a mecanismos específicos que lhe garantam efetiva proteção.[264]

Segundo Celso Ribeiro Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas, a expressão *preceito fundamental* restringe o espectro da arguição "tão somente aos grandes princípios e regras basilares" [265] da Constituição Federal, de modo que o instrumento processual não tem a finalidade de fiscalizar lesão provocada por qualquer dispositivo constitucional que não se encaixe nessa especificação.

Há, também, o entendimento de que a definição de preceito fundamental poderia se confundir com o conceito de normas materialmente constitucionais,

---

ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 51.

[262] TAVARES, André Ramos. **Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 118-119.

[263] TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei. p. 38-76 In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 53.

[264] Ibid., p. 40

[265] BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. **A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a avocatória.** Revista Jurídica Virtual. Brasília, v. 1, nº 8, janeiro 2000, p. 1. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1080/1063>. Acesso em: 18 nov. 2019.

considerando o grau de importância de temas efetivamente constitucionais.[266] Para melhor identificação, cabem alguns esclarecimentos de José Joaquim Gomes Canotilho acerca da referida classificação, ao afirmar que nem toda norma prevista no texto constitucional seria merecedora da dignidade formal da constituição:

> A tentativa de recortar um 'conteúdo', 'substância' ou 'matéria' da constituição dentro do texto constitucional pretende reforçar o caráter 'básico' e 'fundamental' de uma constituição expulsando dela matérias de alcance constitucional discutível. Existem exemplos clássicos. É o caso das normas constitucionais que foram incorporadas no texto constitucional tendo em conta a importância transitória de certas matérias (ex.: caixa pública de amortização em França consagrada constitucionalmente em 1926 através de lei de revisão para garantir aos cidadãos o compromisso solene do Estado). Noutros casos, certas normas de escassa relevância constitucional obtêm dignidade forma, e são inseridas na constituição através de iniciativas populares (ex.: a proibição de venda e consumo de absinto na Suíça foi elevada a proibição constitucional por iniciativa legislativa popular). [...] Em tempos mais recentes, verifica-se mesmo a inserção no texto de normas constitucionais técnicas marcadamente regulamentares (exs.: os artigos 87.º/E e 87.º/F da *Gundgesetz* da Alemanha referentes aos caminhos de ferro e aos correios e telecomunicações introduzidas pela revisão de 1994).[267]

No ordenamento brasileiro, o exemplo mais evidente de norma considerada constitucional apenas do ponto de vista formal é o da previsão contida no artigo 242, § 2º, da Constituição, pela qual se dispõe que o "Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal".

Em que pese a referida distinção, certo é que não existe hierarquia formal entre as normas constitucionais originárias, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.[268] No entanto, trata-se um parâmetro que tem por função auxiliar o intérprete a verificar os preceitos fundamentais.

---

[266] CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 53.

[267] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed., 9 reimp., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1138.

[268] "Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao

Há na doutrina quem pondere que a indefinição do conceito seja uma das causas de falta de efetividade da arguição de descumprimento e considere que todo o conteúdo da Constituição Federal poderia ser objeto, ainda que indiretamente, do instrumento de controle, em razão do alcance reflexo de outros preceitos fundamentais.[269]

No entanto, é inegável a efetividade da arguição de descumprimento, diante de tantos julgados de extrema relevância que foram consagrados por meio desse instrumento, como é o caso da ADPF nº 54/DF, que permitiu a interrupção da gravidez de feto anencéfalo.[270]

Outro elemento que merece exame é a expressão *decorrente desta Constituição*, constante do artigo 102, § 1º, do texto constitucional. Dessa forma, o dispositivo permite que os preceitos fundamentais derivem direta ou indiretamente da Constituição.

Ou seja, ainda que o preceito não estivesse previsto expressamente, haveria a possibilidade de considerá-lo como tal, quando o Supremo Tribunal Federal entender que ele esteja implicitamente integrado à Constituição Federal. Além de permitir essa interpretação mais ampla, a utilização da referida expressão serviria, de acordo com a doutrina, para evitar que fossem considerados, para efeito de cabimento da arguição de descumprimento, os preceitos que decorressem meramente do Direito Natural.[271]

---

Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido." (BRASIL. STF. ADI nº 815-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 28/03/1996, DJ 10/05/1996, negritos nossos. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em: 29 nov. 2020).

[269] CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 57.

[270] TOBIAS, Raquel Cristina Marques. **O conceito de "preceito fundamental" na arguição de descumprimento de preceito fundamental – Lei 9.882/99**: à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. Águas de São Pedro: Livronovo, 2012, p. 67-68.

[271] TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei. p. 38-76 In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

Por fim, André Ramos Tavares esclarece que a missão de definir o alcance da expressão *preceitos fundamentais* cabe ao Supremo Tribunal Federal, o qual deverá interpretá-la à luz dos valores que se destacam na Constituição. Assevera, ainda, que esses valores podem ser compostos tanto por regras quanto por princípios constitucionais, desde que sejam fundamentais.[272]

### 3.1.2. Objeto

Analisada a definição de *preceito fundamental*, cabe verificar quais regras e princípios, em nosso sistema jurídico, podem ser assim classificados.

De um modo geral, há consenso doutrinário e jurisprudencial para considerar que o preceito fundamental deve ser interpretado de forma abrangente, reconhecendo-se um conteúdo mínimo exemplificativo em torno dos princípios fundamentais, das cláusulas pétreas, nos quais se incluem os direitos e garantias individuais, dos demais direitos e garantias fundamentais, bem como dos princípios sensíveis.

Nesse sentido, segundo Elival da Silva Ramos, além dos princípios fundamentais dispostos no Título I da Constituição e das cláusulas pétreas previstas no § 4º do artigo 60 da Constituição, também podem ser considerados preceitos fundamentais aqueles:

> [...] que estruturam a federação, como, por exemplo, os que tratam da repartição de competências entre os entes federados; os que disciplinam os mecanismos de participação política, por meio do voto, direto, secreto, universal e periódico, ou por meio de outros direitos políticos; os que consubstanciam a organização dos Poderes, assegurando-lhes a independência ou deferindo-lhes competências próprias; e, enfim, os que albergam os direitos e garantias fundamentais. *Grosso modo*, são essas, também, as matérias-sede dos princípios cujo menoscabo é autorizador da intervenção federal, como se pode verificar no confronto com o disposto no art. 34, inciso VII, da Constituição. [273]

---

[272] TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei. p. 38-76 In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 50-51.

[273] RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamentos do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de

Ou seja, assim como maior parte da doutrina, o autor enumera os princípios sensíveis como conteúdo obrigatoriamente implícito no conceito de preceito fundamental.

No mesmo sentido, Walter Claudius Rothenburg esclarece que a designação de preceitos fundamentais compreende tanto princípios quanto regras, mas sem abarcar toda e qualquer norma constitucional. Assim, estabelece que devem ser considerados preceitos fundamentais, acima de qualquer suspeita, as cláusulas pétreas, os princípios sensíveis e os princípios fundamentais.[274]

Gilmar Ferreira Mendes ainda ressalta a possibilidade de ajuizamento da arguição em razão de disposições que atribuam maior conteúdo ou significado a um princípio fundamental, conforme se verifica no trecho a seguir:

> [...] a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que configuram densidade normativa ou significado específico a esse princípio.[275]

Cabe destacar que, no julgamento da ADPF 388/DF,[276] foi exposto exatamente o mesmo raciocínio. Esse critério seria válido também para o caso de outros princípios constitucionais que sejam enquadrados como preceitos fundamentais. Assim, qualquer norma constitucional que lhe atribua conteúdo mais denso ou específico, servirá de parâmetro para efeito de cabimento da ADPF.

Portanto, existe o reconhecimento de um conceito extensivo de preceito fundamental, em que se abrangem também as normas básicas, quando for possível identificar uma conexão com outras regras ou princípios que sejam qualificados como preceitos fundamentais.[277]

---

Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 124.

[274] ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. P. 198-238. São Paulo: Atlas, 2001, p. 213.

[275] MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

[276] BRASIL. STF. ADPF nº 388/DF, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09/03/2016, DJe 01/08/2016.

[277] MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 152.

De forma análoga e em consonância com nosso sistema constitucional, o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal apresenta outro exemplo de extensão da proteção conferida a certas normas àquelas que lhes forem correlatas, dispondo que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A aplicação desse entendimento consta de decisão do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939, na qual se elevou o princípio da anterioridade tributária à categoria de cláusula pétrea, prevista no artigo 60, § 4º, da Lei Maior, por considerá-lo uma garantia individual do contribuinte, em que pese não constar expressamente do rol que compõem o artigo 5º da CF.[278]

Em linhas gerais, verifica-se que são preceitos fundamentos todos os dispositivos que impliquem na definição e limitação de poderes do Estado, como ocorre, por exemplo, com os princípios constitucionais da Administração Pública.

Gabriel Dias Marques da Cruz, apresenta mais exemplos do que se pode considerar como preceito fundamental. Desse modo, além dos princípios fundamentais, direitos e garantias fundamentais, demais cláusulas pétreas e princípios sensíveis, o autor atribui a referida natureza jurídica aos dispositivos referentes à organização do Estado e dos Poderes, previstos respectivamente nos Títulos III e IV da Constituição, em decorrência de sua função de garantia do próprio Estado de Direito. Inclui, ainda, os princípios gerais da atividade econômica, dispostos nos artigos 170 a 181 da Constituição.[279]

Portanto, considerando que dentre os diversos preceitos que integram o Título III (Da Organização do Estado) da Constituição Federal, um dos mais

---

[278] BRASIL. STF. ADI nº 939/DF, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 15/12/1993, DJ 18/03/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 29 nov. 2019.

[279] CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 54.

relevantes é o artigo 37, cujo *caput* enumera os princípios constitucionais da Administração Pública, mais uma vez verifica-se sua qualidade fundamental.

Interpretação semelhante pode ser verificada no julgamento da questão de ordem da ADPF nº 1/RJ,[280] no qual o Ministro Relator Néri da Silveira, diante da novidade do instituto, teceu considerações acerca da matéria que poderia ser arguida como preceito fundamental, destacando a competência do Supremo Tribunal Federal para definir a matéria. Segundo o seu voto, estariam nitidamente compreendidos nessa condição: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais.

O Ministro Relator ainda complementou que são admitidos como preceitos fundamentais todos os dispositivos que visassem à proteção da estabilidade e da continuidade da ordem jurídica democrática, citando de forma exemplificativa aqueles que tratam dos seguintes temas: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho; livre iniciativa; pluralismo político; direitos coletivos; direitos sociais; direitos políticos; normas referentes à organização político-administrativa; repartição de competências entre os entes da Federação e os Poderes do Estado; discriminação de rendas; garantias da ordem econômica e financeira.

É evidente que, em compasso com evolução da sociedade e, consequentemente, dos valores atribuídos às diversas normas constitucionais, caberá ao Supremo Tribunal Federal a missão de verificar de forma ampla e constante o desenvolvimento do que se entende por preceito fundamental, conforme os seguintes ensinamentos:

> A tarefa de identificar, topicamente, todos os preceitos constitucionais fundamentais, dentro desse contexto geral, caberá precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, na condição de órgão que dita a última palavra

[280] "Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. **Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental**. 3. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal.[...]" (BRASIL. STF. ADPF nº 1/RJ, Plenário, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 03/02/2000, DJ 07.11.2003, negritos nossos. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>. Acesso em: 29/11/2019.)

> em questões constitucionais, por meio de sua percuciente análise e atenção à constante evolução valorativa.[281]

Importante ressaltar que o anteprojeto inicial de regulamentação do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, da Comissão Especial presidida por Celso Ribeiro Bastos,[282] previa uma enumeração dos preceitos fundamentais, que era expressamente exemplificativa, em que constavam os seguintes preceitos: soberania nacional; Estado Democrático de Direito; separação e harmonia entre os Poderes; dignidade dos Poderes; dignidade da pessoa humana; isonomia; não-subalternização das funções jurisdicionais; legalidade e moralidade administrativas, busca da economicidade na Administração; acesso ao Judiciário e ampla defesa.[283]

Nota-se, assim, a inclusão, mesmo nesse reduzido rol, de dois princípios constitucionais da Administração Pública, a legalidade e a moralidade administrativas, que estão posicionadas ao lado do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição. Além disso, a menção expressa à busca pela economicidade da Administração, que pode ser considerada um dos componentes da eficiência, conduz à inevitável conclusão de que o princípio da eficiência administrativa, não é apenas um preceito fundamental, mas, também, um dos mais relevantes.

## 3.2. ESCOLHA POR CONCEITOS INDETERMINADOS

A doutrina ainda estabelece a diferenciação entre conceito jurídico indeterminado e cláusula geral, de acordo com o momento da análise da imprecisão. Considerando esse critério de distinção, o conceito jurídico indeterminado apresenta vagueza de sentido apenas na análise que antecede às consequências de seu enquadramento, ou seja, a vagueza reside no seu conteúdo e tipicidade, como ocorre com os preceitos fundamentais. Já a cláusula geral, além

---

[281] TAVARES, André Ramos. **Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 114.
[282] Portaria nº 572, publicada no Diário Oficial de 7 de julho de 1997.
[283] TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 25.

dessa indefinição, possui consequências jurídicas indeterminadas, como é o caso do princípio da boa-fé objetiva, cujo descumprimento poderá ensejar sanções diversas, em conformidade com o estabelecido em contrato ou decisão judicial.[284]

Em regra, a imprecisão semântica de normas constitucionais pode ser defendida, alegando-se que têm por escopo proporcionar uma permeabilidade em relação à evolução ideológica, sendo um meio importante para resguardar a abrangência do texto constitucional. Por outro lado, é criticável na medida em que supostos exageros levariam a uma falta de definição das normas constitucionais, resultando na dificuldade de sua aplicação.

Assim, a carência de definição não pode comprometer a funcionalidade do instituto conceituado, principalmente, quando for um instrumento de defesa de direitos. Nesses casos, reputa-se imprescindível uma delimitação mais clara do instituto, sem a qual haverá enormes prejuízos para os cidadãos e a garantia de seus direitos.

Elival da Silva Ramos faz uma crítica ao legislador constituinte, em razão da baixa densidade informativa da norma que instituiu a arguição de descumprimento, principalmente, pela novidade e relevância desse instrumento de proteção dos preceitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico.[285] O autor até pondera que existe um nível maior de imprecisão semântica no texto constitucional, em razão dos seguintes fatores:

> [...] de um lado, o maior campo da abrangência das disposições constitucionais explica a predileção pelo uso de terminologia vaga dotada de alta dose de ambiguidade, tal fenômeno, porém, também está relacionado ao caráter compromissório das Constituições modernas, geradas em sociedades complexas e plurais, em que está longe de existir um monismo ideológico, em face do que se compreende que a anemia semântica constitui, por vezes, elemento importante para a viabilização da própria Lei Maior em determinado momento histórico; de outro lado, a dimensão prospectiva da Constituição, revelada pela presença das normas ditas programáticas, também milita contra a precisão semântica

---

[284] TOBIAS, Raquel Cristina Marques. **O conceito de "preceito fundamental" na arguição de descumprimento de preceito fundamental – Lei 9.882/99**: à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. Águas de São Pedro: Livronovo, 2012, p. 67-68.

[285] RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamentos do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. P. 109-127. São Paulo: Atlas, 2001, p. 109.

> das normas constitucionais, pois o regramento do amanhã há que ser bastante cauteloso.[286]

No entanto, apesar dessa qualidade das normas constitucionais, a crítica decorre do excesso de imprecisão para o tratamento de normas consideradas fundamentais, uma vez que a falta de definição impacta na eficácia da proteção aos referidos preceitos. A situação é agravada porque não havia no ordenamento jurídico brasileiro qualquer regulamentação anterior do instituto da arguição, ao contrário do ocorreu com o *habeas corpus*, por exemplo. Apesar de o remédio constitucional figurar na Constituição republicana de 1891, este já havia sido disciplinado pelo Código de Processo Criminal de 1832, evitando-se lacunas na sua aplicação.[287]

Sobre a indeterminação do conceito de arguição de descumprimento de preceito fundamental, Zeno Veloso reflete que:

> O que hoje se pode considerar preceito fundamental, dada a dinamicidade do ordenamento jurídico, pode ter a sua densidade normativa diminuída no decorrer do tempo. O texto do dispositivo está inserido num contexto fático-político-social que, variando, determina a moderação do conteúdo do preceito. Inversamente, o fenômeno pode transformar, futuramente, em preceito fundamental o que não tem este *status* atualmente.[288]

Por fim, ao tratar do significado da expressão *preceito fundamental*, Daniel Sarmento afirma que o legislador optou por utilizar um conceito jurídico indeterminado, de modo que "a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição."[289]

---

[286] RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamentos do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. P. 109-127. São Paulo: Atlas, 2001, p. 110.
[287] Ibid., p. 110.
[288] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade:** atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2ª ed. rev., atual. e amp.. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 296.
[289] SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. p. 85-108. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 91.

## 3.3. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL

### 3.3.1. Enquadramento dos Princípios da Administração Pública

Antes de analisar propriamente o cabimento da eficiência administrativa como preceito fundamental, é importante demonstrar a possibilidade de utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental em casos de afronta aos princípios constitucionais da Administração Pública, ou seja, a viabilidade de fundamentar a propositura desse instrumento quando houver violação ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.[290]

Além dos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e a própria Eficiência, previstos no referido dispositivo do texto constitucional, há diversos outros princípios que regem a Administração pública presentes no sistema constitucionais, como aqueles que estão dispostos nos incisos do artigo 37 ou, até mesmo, previstos de forma implícita à Constituição, como o Princípio da Proporcionalidade

Nesse sentido, considerando a definição constitucional da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, principalmente, a sua regulamentação pela Lei nº 9.882/1999, constata-se que o instituto deve ser utilizado em face de ato proferido pelo Poder Público, nos termos do *caput* do artigo 1º deste diploma legal.[291] Ou seja, o instrumento visa ao controle da atividade da Administração Pública.

Assim, uma vez que os princípios insculpidos no caput do Artigo 37 da Constituição Federal regem a atuação da Administração Pública, é possível concluir que tais princípios são preceitos fundamentais para efeito de cabimento da referida

---

[290] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

[291] Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

arguição, pois não se pode encontrar preceito mais fundamental do que os mais importantes princípios norteadores da atividade que se pretende fiscalizar.

Compartilhando desse entendimento, Zeno Veloso relaciona expressamente os princípios regentes da Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição, ao tratar dos princípios que seriam enquadrados como preceitos fundamentais. Acrescenta ainda que há outros princípios decorrentes e que constitui atribuição do intérprete a utilização do princípio democrático como principal vetor dessa análise:

> Estes são princípios reitores, regras nucleares, linhas mestras ou vigas-mestras da organização política e social brasileira, sem olvidar que há preceitos fundamentais que deles decorrem, havendo necessidade, para descobri-los, de ser feita uma inferência, um desenvolvimento por parte do intérprete.
> Isto tudo sem deixar de observar, em nenhum momento, que a República Federativa do Brasil constitui-se em *Estado Democrático de Direito*, funcionando o princípio democrático como vetor supremo da interpretação da Constituição; começo, meio e fim do labor do intérprete.[292]

Outro aspecto relevante diz respeito à atuação da Administração Pública, que é pautada por princípios limitadores de sua atividade e, ao mesmo tempo, garantidores do cumprimento dos direitos fundamentais dos administrados. Do mesmo modo, esses princípios limitadores visam à manutenção dos fundamentos da própria República que, devido à sua importância, estão dispostos logo no Artigo 1º da Constituição.[293] O próprio Direito Constitucional estabelece para o Estado a definição de seus poderes e, dialeticamente, as diretrizes e os mecanismos para limitação desses poderes, atribuindo direitos e garantias aos cidadãos.

Nesse sentido, o arcabouço constitucional torna-se um instrumento de legitimação da atuação do Poder Público. Por tal motivo, a defesa da adequação dos atos administrativos aos princípios constitucionais da Administração Pública é

---

[292] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade:** atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2ª ed. rev., atual. e amp., Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 296.

[293] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

também um meio de garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, conferindo assim maior importância ao seu cumprimento.

Verifica-se também que determinados princípios adquirem um grau de importância mais elevado quando forem uma decorrência lógica ou mesmo integrantes da essência de princípios fundamentais. Dessa forma, os princípios da legalidade administrativa, da impessoalidade e da moralidade podem, por exemplo, ser considerados como corolários do princípio republicano, previsto no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal.[294]

A análise sobre o enquadramento dos princípios constitucionais da Administração Pública como preceitos fundamentais é algo necessário, desde o início da utilização da arguição de descumprimento.

Durante o exame da Questão de Ordem ADPF nº 3/CE,[295] embora a arguição não tenha sido conhecida por ausência de subsidiariedade, é importante frisar que um dos fundamentos de sua propositura foi o possível descumprimento aos preceitos previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, alegação que não foi contestada na decisão. Nesse sentido, destaca-se trecho da petição

---

[294] VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade:** atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2ª ed. rev., atual. e amp., Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 296.

[295] "Direito constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (arts. 102, § 1°, da Constituição Federal, 1° e seguintes da Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999). Vencimentos de servidores públicos ativos e proventos de inativos. Gratificações. Vantagens. Cálculo de acréscimos pecuniários. Teto de vencimentos e proventos. Impugnações de decisões monocráticas e colegiadas do Tribunal de Justiça do Ceará, proferidas em reclamações. **Alegação de violação aos arts. 5°, LIV e LV, 37, *caput* e inciso XIV, 100, § 2°, da CF de 1988**, bem como ao art. 29 da Emenda Constitucional n° 19/98. Questão de ordem. Medida cautelar. [...] Trata-se, nesse caso, de Arguição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. [...] 6. Cogita-se, isto sim, de Arguição autônoma prevista no caput do art. 1° da Lei. 7. Dispõe, contudo, o § 1° do art. 4° do diploma em questão: '§ 1° Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade'. 8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. **9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** [...] 12. Questão de Ordem que o Supremo Tribunal Federal resolve não conhecendo da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar. (BRASIL. STF. QO ADPF nº 3/CE, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18/05/2000, DJ 27/02/2004, RTJ 189/401. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/189_2.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019, negritos nossos)

redigida pela Procuradoria-Geral do Estado do Ceará, onde consta a seguinte afirmação:

> Assim, os **princípios constitucionais** do devido processo legal, da supremacia das normas constitucionais originárias e derivadas, dos **que disciplinam a atuação da administração pública (art. 37, CF/88)** e o da harmonia entre os Poderes, **são, inequivocamente, preceitos fundamentais, cuja lesão, tal como se verifica na espécie, está a ensejar o uso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. (negritos nossos)[296]

Dessa forma, ainda que não se trate de um entendimento jurisprudencial, o exemplo serve para demonstrar a necessidade de aprofundar a análise sobre o tema e ressaltar o posicionamento do referido órgão jurídico estadual.

A partir de então, diversas arguições foram propostas versando sobre a violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, conforme as decisões que serão verificadas a seguir.

Nota-se, assim, uma preocupação especial com a Moralidade Administrativa e, muitas vezes, sua conjugação com os princípios da Legalidade e da Impessoalidade. No entanto, há julgados que contemplam igualmente os demais princípios previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

O primeiro exemplo é a ADPF nº 260/DF, proposta pela Associação de Praças das Forças Armadas, em razão de normas previstas no Regulamento do Estatuto dos Militares, que supostamente violariam diversos preceitos fundamentais, dentre os quais o princípio da moralidade administrativa. Na análise de todos os motivos que ensejaram o não conhecimento da ADPF, verifica-se que em nenhum momento foi rejeitado a fundamentação da escolha dos preceitos fundamentais violados. Durante o julgamento do Agravo Regimental, a Ministra Relatora Cármen Lúcia ressaltou os fundamentos jurídicos do pedido, incluindo-se o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal:

> A Agravante requer o provimento do agravo e o processamento da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para 'declara[r-se] a inconstitucionalidade dos arts. 24, § 3º do Decreto n. 880, de 1993, e 25, § 5º, do Decreto n. 3.690, de 2000, com efeitos ex tunc e erga omnes, dada a incompatibilidade com os arts. 5º, II, XXXVI, **37,**

---

[296] BRASIL. STF. QO ADPF nº 3/CE, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 18/05/2000, DJ 27/02/2004, RTJ 189/401. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/189_2.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019

> ***caput*,** 61, § 1º, incisos I e II, alínea 'f', e 142, inciso X, todos da Constituição Federal, assim como a anulação de todos os atos praticados pelo Poder Público com suporte nos referidos atos normativos.' (negritos nossos) [297]

Também é possível verificar o princípio da moralidade como fundamento durante o julgamento de referendo da medida cautelar da ADPF nº 402/DF,[298] cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio. Porém, neste caso especificamente, o referido princípio foi tratado de forma implícita, não havendo sua referência expressa como preceito fundamental.

De acordo com a decisão, houve o referendo parcial da liminar concedida para que os substitutos eventuais do Presidente da República, mencionados no artigo 80 da Constituição Federal, ficassem impossibilitados exercer esta função, quando fossem réus criminais perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo manifestação do Ministro Dias Toffoli, em seu voto:

> [...] a previsão de suspensão do presidente da República de suas funções (art. 86, § 1º, da Constituição Federal) encontra, de fato, **fundamento na moralidade pública** e no princípio republicano, revelando o intuito de preservar a dignidade de relevante função pública ante o recebimento de ação penal pelo STF.[299]

---

[297] "AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SERVIÇO MILITAR. INGRESSO NO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO DE SOLDADOS POR CONCURSO PÚBLICO. LICENCIAMENTO EX OFFICIO. **ALEGADA LESÃO AOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS DA LEGALIDADE, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA BOA-FÉ E DA MORALIDADE.** DISPOSITIVOS DOS DECRETOS NS. 880/1993 (§ 3º DO ART. 24) E 3.690/2000 (§ 5º DO ART. 25) PELOS QUAIS SE REGULAMENTA O ESTATUTO DOS MILITARES (LEI N. 6.880/1980). OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO." (BRASIL. STF. AgReg ADPF nº 260/DF, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28.05.2015, DJe 11/06/2015, negritos nossos).

[298] "[...] CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE DETERMINA O AFASTAMENTO PREVENTIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM HIPÓTESE DE INSTAURAÇÃO, CONTRA ELE, DE PROCESSO DE ÍNDOLE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA ("IMPEACHMENT") OU DE NATUREZA PENAL (CF, art. 86, § 1º) – SITUAÇÃO DE IMPEDIMENTO QUE TAMBÉM ATINGE OS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO (PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL E PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL), SE E QUANDO CONVOCADOS A EXERCER, EM CARÁTER INTERINO, A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO INTERINO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA QUE, NO ENTANTO, NÃO OBSTA NEM IMPEDE QUE O SUBSTITUTO EVENTUAL CONTINUE A DESEMPENHAR A FUNÇÃO DE CHEFIA QUE TITULARIZA NO ÓRGÃO DE ORIGEM – REFERENDO PARCIAL DA DECISÃO DO RELATOR (MINISTRO MARCO AURÉLIO), DEIXANDO DE PREVALECER NO PONTO EM QUE ORDENAVA O AFASTAMENTO IMEDIATO DO SENADOR RENAN CALHEIROS DO CARGO DE PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL." (BRASIL. STF. Ref MC ADPF nº 402/DF, Redator do acórdão Min. Celso de Mello, j. em 07/12/2016, DJe 01/12/2017).

[299] BRASIL. STF. Ref MC ADPF nº 402/DF, Redator do acórdão Min. Celso de Mello, j. em 07/12/2016, DJe 01/12/2017.

O mesmo ocorreu no julgamento da ADPF nº 79/DF,[300] que referendou parcialmente a decisão proferida na medida cautelar proposta pelo Governador do Estado de Pernambuco em face de diversas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, que equiparavam salários dos professores do referido Estado, em razão de interpretação equivocada atribuída ao princípio da isonomia.

Além dos danos causados ao orçamento público, alegou-se a violação a diversos preceitos fundamentais, incluindo-se o princípio da moralidade administrativa, uma vez que, sem base legal ou constitucional, elevaram-se indevidamente os vencimentos dos servidores públicos. Tal fundamento foi acatado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual consignou durante o julgamento da medida cautelar:

> A mesma situação deixa claro também que vários dispositivos constitucionais de importância estrutural em nosso sistema constitucional estariam sendo desrespeitados, tais como o princípio da legalidade, **o princípio da moralidade administrativa**, o princípio basilar da Federação, o princípio basilar da separação de poderes e a norma constitucional que proíbe qualquer tipo de vinculação ao salário mínimo.[301]

Há decisões, ainda, que abordam expressamente o princípio da legalidade e da moralidade como preceitos fundamentais. É o caso da decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Luiz Fux, durante o exame de Medida Cautelar na ADPF nº 605/DF, em que se deferiu o pedido e foi determinada a preservação do material probatório conseguido na investigação da Operação *Spoofing*, conforme trecho extraído da decisão:

---

[300] "1. **RECURSO. Agravo regimental. Interposição contra decisão liminar sujeita a referendo. Admissibilidade. Interesse recursal reconhecido. Agravo conhecido. Votos vencidos**. É admissível agravo regimental contra decisão monocrática sujeita a referendo do órgão colegiado. 2. **AÇÃO OU ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF. Liminar concedida. Suspensão de processos e efeitos de sentenças. Servidor público. Professores do Estado de Pernambuco. Elevação de vencimentos com base no princípio da isonomia. Casos recobertos por coisa julgada material ou convalidados por lei superveniente. Exclusão da eficácia da liminar. Agravo provido em parte e referendo parcial, para esse fim. Aplicação do art. 5º, § 3º, in fine, da Lei federal nº 9.882/99**. Não podem ser alcançados pela eficácia suspensiva de liminar concedida em ação de descumprimento de preceito fundamental, os efeitos de sentenças transitadas em julgado ou convalidados por lei superveniente." (BRASIL. STF. AgReg ADPF nº 79/PE, Plenário, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 18/06/2007, DJ 17/08/2007, negritos originais).

[301] BRASIL. STF. MC ADPF nº 79/PE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 29/07/2005, DJ 04/08/2005, Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43610/44681>. Acesso em: 29 nov. 2019.

> Sustenta o Requerente que as provas em comento são /essenciais para o deslinde do caso, máxime para fins de confirmar a autenticidade das mensagens publicadas com base nos arquivos do "*Intercept Brasil*". Por isso, haveria ameaça de afronta ao devido processo legal formal e material (artigo 5º, LIV, da CRFB), **os princípios que iluminam a Administração Pública, notadamente os da moralidade e legalidade (artigo 37, caput, da CRFB)** e o princípio da segurança pública (artigo 144, caput, da CRFB).[302]

De igual modo, a legalidade e moralidade administrativas foram consideradas expressamente como preceitos fundamentais na decisão proferida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes, quando da análise conjunta da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 568/PR, proposta pelo Procuradora-Geral da República, e da Reclamação Constitucional nº 33.667, proposta pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, que tratavam do mesmo objeto. As medidas tinham a finalidade de desconstituir a homologação judicial de Acordo de Assunção de Compromissos, celebrado entre a Petróleo Brasileiro S.A. e o Ministério Público Federal, em que era previsto o cumprimento de obrigações junto a autoridades públicas norte-americanas e envolvia a destinação de quantias de grande vulto a autoridades brasileiras, sem a participação dos órgãos competentes, conforme se verifica no trecho a seguir:

> [...] a ADPF ajuizada pela Procuradora-Geral da República foi dirigida contra ato ilícito do Poder Público – acordo realizado por autoridades sem legitimidade e homologado por decisão judicial em juízo incompetente, tratando da utilização de recursos destinados à União, sem sua participação; em flagrante desrespeito à integridade de preceitos fundamentais da Constituição Federal, como a separação dos Poderes, o respeito à chefia institucional e à independência financeira do Ministério Público e os princípios Republicano e **da Legalidade e da Moralidade administrativas**. (negritos nossos) [303]

Ressalta-se que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil manifestou-se pela procedência do pedido, alegando que o acordo violou também

---

[302] "ADPF: REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE EQUIVALENTE. ARGUIÇÃO COMO VIA DE EFICÁCIA SINGULAR. ADMISSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR INIBITÓRIA EM ADPF. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL COADJUVADA PELO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUÍZO. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DE PROVA NECESSÁRIA À UTILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. LICITUDE DA PROVA COMO QUESTÃO PREJUDICIAL PARA O ACOLHIMENTO OU REJEIÇÃO DO PEDIDO. POSSIBILIDADE DE INSTRUÇÃO DO FEITO CONDUCENTE À VISÃO DE CONJUNTO DA PROVA. VALORAÇÃO QUE RECLAMA O CONHECIMENTO DOS [SIC] DO ACERVO PROBATÓRIO EM SUA INTEIREZA. DEFERIMENTO DA LIMINAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO." (BRASIL. STF. MC ADPF nº 605/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 01/08/2019, DJe 05/08/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340726249&ext=.pdf>. Acesso em 30 nov. 2019.)

[303] BRASIL. STF. ADPF 568/PR e Reclamação Constitucional nº 33.667, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 17/09/2019, DJe 19/09/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341176810&ext=.pdf>. Acesso em 30 nov. 2019.

os princípios da legalidade e da impessoalidade. Durante a análise de mérito, o Ministro Relator ratificou a lesão aos princípios constitucionais da Administração Pública, nos seguintes termos:

> No mérito, não há qualquer dúvida sobre a nulidade absoluta do "Acordo de Assunção de Compromissos", que, realizado pela Procuradoria da República no Paraná com a Petrobras e homologado pela 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, desrespeitou os preceitos fundamentais da Separação de Poderes, do respeito à chefia institucional, da unidade, independência funcional e financeira do Ministério Público Federal e **os princípios** republicano e **da legalidade e da moralidade administrativas**, pois ambas as partes do acordo não possuíam legitimidade para firmá-lo, o objeto foi ilícito e o juízo era absolutamente incompetente para sua homologação. (negritos nossos)[304]

Após a concessão de medida cautelar, houve a interrupção do andamento do ajuste, evitando a concretização de seus efeitos. Ao final, para afastar as nulidades existentes, o Supremo Tribunal Federal homologou um novo termo de acordo, dessa vez, com a Procuradora-Geral da República, o Presidente da Câmara dos Deputados e a União, prevendo a destinação dos valores à União, em conformidade com as devidas finalidades orçamentárias.

Em outro acórdão, é possível notar a consagração dos princípios da moralidade e da impessoalidade como preceitos fundamentais. A situação ocorreu no julgamento da ADPF nº 446/MT, em que se discutia a validade de um regime próprio de previdência para os deputados estaduais de Mato Grosso, contrariando diversos dispositivos constitucionais, dentre os quais também figuravam os referidos princípios previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, de acordo com a seguinte passagem:

> Cuida-se de saber, portanto, se as normas impugnadas, que asseguram um sistema de previdência específico para os parlamentares estaduais, violam (a) os princípios federativo (art. 2º e 25, caput e § 1º, da CF) e republicano (art. 1º da CF); (b) a competência da União para editar normas gerais em matéria de previdência social (art. 24, XII, da CF); (c) os princípios da igualdade (art. 5º, caput, da CF), **da moralidade e da impessoalidade (art. 37, caput, da CF)**; (d) o art. 40, § 13, da CF, que vincula ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) os ocupantes de cargos temporários e em comissão, e o art. 201, caput e § 7º, I e II, da CF, que preveem obrigatoriedade do regime geral e regras gerais de aposentadoria. (negritos nossos) [305]

---

[304] BRASIL. STF. ADPF 568/PR e Reclamação Constitucional nº 33.667, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 17/09/2019, DJe 19/09/2019.

[305] "CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS 5.085/86, 6.243/93, 6.623/95, 7.498/01, 7.960/03 E 9.041/08, DO ESTADO DE MATO GROSSO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS

Em decisão recente sobre a ADPF nº 129/DF,[306] em que se discutia o sigilo de informações acerca da movimentação de créditos com despesas confidenciais, o chamado *cartão corporativo*, o Supremo Tribunal Federal entendeu que havia violação ao princípio da publicidade, considerando que deve haver transparência em relação à utilização dos recursos financeiros pela Administração Pública. Assim, o referido tribunal reconheceu a incompatibilidade do artigo 86 do Decreto-Lei nº 200/1967 com o texto constitucional.

Ressalta-se, também, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 93/DF. Embora não conhecida por ausência de subsidiariedade, conforme acórdão proferido em agravo regimental, ficando vencido o voto do Ministro Marco Aurélio pelo provimento, vale destacar a enumeração de preceitos fundamentais feita na petição inicial, em que relaciona os princípios da Administração Pública com os direitos e garantias individuais, dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> [...] b) o princípio da isonomia, tanto no sentido da igualdade do art, 5º, caput, quanto no sentido de impessoalidade no art. 37, caput, da Constituição de 1988, por instituir discriminação fundada em critério material constitucionalmente não permitido, uma vez que favorece os fortes às custas dos hipossuficientes no universo dos usuários do serviço público de energia elétrica; [...] d) o princípio da legalidade da ação administrativa, tanto em sua vertente 'reserva' quanto 'supremacia da Lei (arts. 5º, II e 37, caput, da Constituição de 1988) porque o Decreto não só regula matéria afeita à lei como também viola, positivamente, inúmeros dispositivos de lei; [...] f) o princípio da moralidade, do art. 37, caput, [...] porque o Decreto repropõe, parcialmente, matéria que já foi objeto de

PARLAMENTARES ESTADUAIS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 40, §13, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGENTES POLÍTICOS. CARGOS TEMPORÁRIOS. FILIAÇÃO OBRIGATÓRIA AO RGPS. MODULAÇÃO DE EFEITOS. PRESERVAÇÃO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À DECISÃO CAUTELAR. [...] **4. A existência de regime previdenciário específico para os deputados estaduais de Mato Grosso, com condições mais vantajosas que aquelas definidas no RGPS, importa violação aos princípios republicano, da igualdade, da moralidade, da razoabilidade e da impessoalidade.** 5. Medida cautelar confirmada e arguição julgada parcialmente procedente, com modulação dos efeitos da decisão, para resguardar os pensionistas que, até a data da publicação da decisão que deferiu a medida cautelar, já percebiam os benefícios previdenciários previstos nas leis invalidadas." (BRASIL. STF. ADPF nº 446 MT, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 04/10/2019, DJe 17/10/2019, negritos nossos).

[306] "ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 86 DO DECRETO-LEI Nº 200/1967, QUE PREVÊ O SIGILO DA MOVIMENTAÇÃO DOS CRÉDITOS DESTINADOS À REALIZAÇÃO DE DESPESAS RESERVADAS OU CONFIDENCIAIS. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE. **1. O Princípio de Publicidade dos Atos da Administração Pública caracteriza-se como preceito fundamental para fins de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** [...]" (BRASIL. STF. ADPF nº 129/DF, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 05.11.2019, DJe 09.12.2019, negritos nossos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341915532&ext=.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

> impugnação judicial da ABRADEE – e disso resultou a retirada do ato normativo anterior que tratava da mesma matéria agora regulada no indigitado Decreto. (grifos originais)[307]

Merece análise, ainda, o julgamento da ADPF nº 484/AP, que se fundamenta inclusive em preceitos fundamentais mais específicos do que os princípios elencados no *caput* do artigo 37 do texto constitucional, os quais seriam atingidos de forma indireta.

Assim, verifica-se no deferimento da medida cautelar que o Estado tem destinação específica para suas verbas, devendo estar de acordo com as previsões orçamentárias e atender às regras de obrigatoriedade de realização de concurso público e licitação, conforme artigo 37, incisos II e XXI,[308] considerando que tal dever decorre da proteção ao patrimônio público, assim como ocorre com a utilização do sistema de precatórios, disposto no artigo 100 da Constituição. É o que se demonstra neste trecho:

> O requerente defende que "as reiteradas decisões proferidas pelos órgãos do Judiciário demonstram as manifestações do Poder Público em afronta direta às normas da Constituição", e traduzem violação dos preceitos fundamentais da Constituição da República concernentes ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º), à concretização do direito social à educação, transporte e alimentação escolar (art. 6º), **à regra constitucional do concurso público e/ou licitação** (art. 37, II, § 2º), à regra do regime de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em ordem cronológica de apresentação de precatórios (art. 100), de transposição de dotação orçamentária realizado pelo Poder Judiciário, violando o art. 167, VI e X da Constituição de 1988, e, ainda, ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa. (negritos nossos)[309]

---

[307] ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL 5.597, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2005, QUE REGULAMENTA O ACESSO DE CONSUMIDORES LIVRES ÀS REDES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO ARGÜENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (BRASIL. STF. AgReg ADPF nº 93/DF, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20/05/2009, DJe 27/05/2009 Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2304325.PDF>. Acesso em: 30 nov. 2019).

[308] Art. 37. [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[309] "MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO OBJETO DE CONTROLE.

Dessa forma, se podem ser consideradas como preceitos fundamentais simples regras que apresentam deveres específicos da Administração Pública, conforme os incisos citados do artigo 37 da Constituição, com maior razão possuem essa qualidade os princípios gerais que regem toda a atuação administrativa e que são encontrados logo no *caput* da referida norma.

Por fim, há necessidade de analisar um acórdão que aplica um entendimento mais abrangente sobre o cabimento da arguição de descumprimento. O acórdão proferido na ADPF nº 97/PA trata da vedação à vinculação de vencimentos e equiparação automática entre carreiras, contrariando os artigos 37, XIII, e 39, §1º,[310] da Constituição de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, entendendo que não houve recepção de Lei Complementar do Estado do Pará, que trazia previsão em sentido oposto. Para o arguente, esses dispositivos seriam enquadrados como preceitos fundamentais:

> Pontua que os arts. 37, XIII, e 39, § 1º, da Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional nº 19/1998, albergam preceitos fundamentais, na medida em que traduzem prescrições jurídicas inafastáveis, 'no que pertine ao regime remuneratório dos servidores públicos civis de todas as esferas federativas', relativamente à vedação de qualquer vinculação e equiparação em matéria de vencimentos.[311]

---

POSSIBILIDADE. SUBSIDIARIEDADE. INEXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO PARA SANAR A LESÃO OU AMEAÇA EM CARÁTER AMPLO. PARÂMETRO DE CONTROLE. NORMAS DE DIREITO FINANCEIRO (ART. 167 DA CRFB/88). DENSIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º DA CRFB/88). BLOQUEIO JUDICIAL DE VERBAS PÚBLICAS PARA QUITAR DÍVIDAS TRABALHISTAS. CAIXAS ESCOLARES E UNIDADES DESCENTRALIZADAS DE EXECUÇÃO DA EDUCAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA AD REFERENDUM DO PLENÁRIO." (BRASIL. STF. MC ADPF nº 484/AP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/11/2017, DJe 20/11/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313321867&ext=.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.)

[310] "Art. 37 […] XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;"
"Art. 39 [...] § 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; II - os requisitos para a investidura; III - as peculiaridades dos cargos."

[311] ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. EFICÁCIA TEMPORAL. LIMITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 65 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 22/1994 DO ESTADO DO PARÁ. VINCULAÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS DELEGADOS DE POLÍCIA AOS DOS PROCURADORES DO ESTADO. **SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998. ARTS. 37, X e XIII, 39, §§ 1º e 4º, e 144, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. NÃO-RECEPÇÃO**. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (BRASIL. STF. ADPF nº 97/PA, Plenário, Min. Rel. Rosa Weber, j. em 21/08/2014, DJe 30/10/2014, negritos nossos)

Segundo o acórdão mencionado, a relevância da controvérsia, por vezes, afasta a necessidade de identificar a natureza jurídica dos dispositivos constitucionais indicados como supostamente violados:

> Na verdade, independentemente de qualquer discussão sobre a natureza dos citados dispositivos constitucionais, é certo que a presente ação envolve questões constitucionais relevantes, atinentes (a) ao princípio da isonomia, que é subjacente à discussão sobre a validade da equiparação de vencimentos entre carreiras distintas, e (b) aos limites da tutela constitucional da coisa julgada, e de sua possível relativização, diante de emenda constitucional superveniente. Portanto, há controvérsia constitucional relevante na presente ADPF (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99), o que afasta a preliminar suscitada, pouco importando a natureza dos dispositivos constitucionais apontados como violados na inicial, até em razão do princípio da causa de pedir aberta, vigente na jurisdição constitucional concentrada brasileira.[312]

É de extrema importância consignar que a decisão alcança entendimento mais amplo, ao mencionar o raciocínio de que a expressão *preceito fundamental* abarcaria, inclusive, princípios constitucionais implícitos, destacando-se o princípio da razoabilidade.

> A própria redação do art. 102, § 1º, da Constituição da República, ao aludir a preceito fundamental "decorrente desta Constituição" é indicativa de que os preceitos em questão não se restringem às normas expressas no seu texto, incluindo, também, prescrições implícitas, desde que revestidas do indispensável traço de essencialidade e fundamentalidade. É o caso, v.g., de princípios como o da razoabilidade e o da confiança, realidades deontológicas integrantes da nossa ordem jurídica, objetos de sofisticados desenvolvimentos jurisprudenciais nesta Corte, embora não expressos na literalidade do texto da Constituição.[313]

Resta, portanto, evidente a plena qualificação dos princípios da Administração Pública como preceitos fundamentais, incluindo-se os princípios implícitos, como é o caso do princípio da razoabilidade.

### 3.3.2. Enquadramento do Princípio da Eficiência

Após analisada a possibilidade de propositura da arguição de descumprimento com fulcro nos demais princípios constitucionais da Administração

---

[312] BRASIL. STF. ADPF nº 97/PA, Plenário, Min. Rel. Rosa Weber, j. em 21/08/2014, DJe 30/10/2014.
[313] Ibid.

Pública, previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, reconhecendo-os como preceitos fundamentais, cabe examinar, especificamente, o enquadramento do princípio da eficiência administrativa.

De início, deve ser verificada a possibilidade de utilizar o princípio da eficiência como parâmetro para qualquer controle de constitucionalidade, considerando toda a sua abrangência. Para maior elucidação sobre o assunto, vale conferir os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos:

> "Como norma constitucional, o princípio da eficiência desempenha força vinculante sobre toda a legislação ordinária. Por isso, serve de substrato para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à plenitude de seus efeitos."[314]

A partir da viabilidade de seu controle de constitucionalidade, em termos gerais, surge a necessidade analisar se a violação ao princípio da eficiência poderia ser objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, dada a sua relevância para o controle dos atos emanados do Poder Público.

Interessante notar que, no direito espanhol, um dos direitos contemplados com a proteção do recurso de amparo é aquele disposto no artigo 31.2 da Constituição de 1978,[315] que trata entre outros pontos da eficiência na execução orçamentária.

Assim, no direito comparado, já há previsão para análise de eficiência mediante instrumento de controle de constitucionalidade semelhante à arguição de descumprimento de preceito de fundamental, reconhecendo-se que o recurso de amparo foi uma das inspirações para a sua criação.

No Brasil, por sua própria localização no texto constitucional, ao lado dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, é lógico que possua a mesma natureza de preceito fundamental inerente a eles. Dessa forma, para que

---

[314] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1036.

[315] Artigo 31 [...] 2. O gasto público realizará uma distribuição equitativa dos recursos públicos, e a sua programação e execução responderá a critérios de eficiência e economia. 3. Só poderão estabelecer-se prestações pessoais ou patrimoniais de carácter público de acordo com a lei. (ESPANHA. CORTES GERAIS. **Constituição Espanhola**. Madrid, 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019).

seja viável verificar esta afirmação, analisar-se-á, inicialmente, a jurisprudência específica acerca do princípio da eficiência, mencionando-o de forma expressa.

Em seguida, a fim de mostrar outra possibilidade de utilização da eficiência administrativa como preceito fundamental, serão tecidas considerações sobre sua relação com o direito fundamental à boa Administração. Ademais, será examinada a expansão do conteúdo da eficiência, por meio de direitos reflexos que reflitam a densificação de seus comandos.

Finalmente, buscar-se-á evidenciar diversas hipóteses de aplicação da eficiência administrativa como preceito fundamental, considerando exemplos viáveis de casos concretos, nos quais os atos do Poder Público seriam passíveis de controle via arguição de descumprimento.

O primeiro acórdão que merece análise é aquele que referendou a medida cautelar na ADPF nº 309/DF. Durante o julgamento, o Ministro Relator expressamente apontou o princípio da eficiência como preceito fundamental em seu voto:

> Ato judicial no sentido de impor novo lapso temporal implicou evidente reavaliação de diagnósticos e prognósticos feitos pelo órgão especializado competente para tanto, resultando na transgressão de preceitos fundamentais como a separação de poderes, o devido processo legal e a **eficiência administrativa**. (negritos nossos) [316]

O princípio da eficiência também teve papel de relevo no julgamento da Medida Cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 114/PI,[317] proposta contra ordem do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região que determinou o bloqueio de repasses de recursos federais, originalmente destinados à execução de convênios celebrados entre o Estado do Piauí e autarquias federais, para o adimplemento de dívida trabalhista da Companhia de Desenvolvimento do Piauí – COMDEPI, que é uma sociedade de economia mista estadual.

O Ministro Joaquim Barbosa, então relator, ressaltou que, embora fosse alegada na petição inicial a ofensa aos preceitos fundamentais relativos à execução

---

[316] BRASIL. STF. MC-Ref. ADPF nº 309/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25/09/2014, DJe 01/12/2014.
[317] BRASIL. STF. MC ADPF nº 114/PI, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 21/06/2007, DJ 27/06/2007.

orçamentária pela Administração Pública (artigo 167, inciso X, CF),[318] estes dispositivos se identificariam com outras normas de maior relevância no constitucional:

> Não que essa regra, isoladamente considerada, seja por si só, um preceito fundamental que mereça amparo pela via da ADPF. Mas sugere, concretamente, um desígnio maior da Constituição Federal, no que exige a concretização de outras garantias. Em exame preliminar, entendo que essa norma constitucional revela num ponto específico a conjunção de outros princípios entre os quais identifico: **(i) o princípio constitucional da eficiência da administração pública, e o da continuidade dos serviços públicos – art. 37**; [...] (negritos nossos)[319]

A referida decisão monocrática foi confirmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 23 de agosto de 2019,[320] bem como foi citada em diversas decisões sobre casos análogos em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, como, por exemplo, a ADPF nº 437 MC/CE[321] e a ADPF nº 513 MC/MA.[322]

No mesmo sentido e com ainda maior destaque ao preceito da eficiência administrativa, há o acórdão proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 275/PB, cuja ementa traz expressamente a declaração de sua violação:

> CONSTITUCIONAL. ADPF. BLOQUEIO DE RECEITAS PÚBLICAS POR DECISÕES JUDICIAIS. CRÉDITOS TRABALHISTAS DEVIDOS POR ENTE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES E LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA. ARGUIÇÃO PROCEDENTE. 1. Decisões judiciais que determinam o bloqueio, penhora ou liberação de receitas públicas, sob a disponibilidade financeira de entes da Administração Pública, para satisfação de créditos trabalhistas, violam o princípio da legalidade orçamentária (art. 167, VI, da CF), o preceito da separação funcional de poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III, da CF), o **princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput, da CF)** e o princípio da continuidade dos serviços públicos (art. 175, da CF). Precedente firmado no julgamento da ADPF 387 (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/3/2017). 2. Arguição conhecida e julgada procedente. (negritos nossos) [323]

---

[318] Art. 167. São vedados: [...] X – a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionistas, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
[319] BRASIL. STF. MC ADPF nº 114/PI, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 21/06/2007, DJ 27/06/2007.
[320] BRASIL. STF. ADPF nº 114/PI, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 23/08/2019, DJe 05/09/2019.
[321] BRASIL. STF. MC ADPF nº 437/CE, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 22/03/2017, DJe 24/03/2017.
[322] BRASIL. STF. MC ADPF nº 513/MA, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 09/03/2018, DJe 14/03/2018.
[323] BRASIL. STF. ADPF nº 275/PB, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 17/10/2018, DJe 27/06/2019.

Outra pertinente decisão monocrática foi tomada pelo Ministro Edson Fachin, ao analisar a ADPF nº 392/DF, que discutiu a contratação sem licitação de empresas terceirizadas para executar atividade auxiliar ao serviço público postal, realizada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Apesar de negar seguimento à arguição de descumprimento por entender não restar preenchido o requisito de subsidiariedade, o Ministro Relator indicou a suposta violação a diversos preceitos fundamentais, nos quais se incluíram alguns princípios constitucionais da Administração Pública, em especial, o Princípio da Eficiência, conforme se verifica a seguir:

> Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil em face do ato administrativo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, suscitando violação de preceitos fundamentais da Constituição Federal, quais sejam: Princípio da Obrigatoriedade da Licitação, Princípio da Isonomia, Princípio da Probidade Administrativa, Princípio da Legalidade, Princípio da Igualdade, Princípio da Coisa julgada, Princípio da Segurança Jurídica, Princípio da Eficiência do Ato Administrativo, Princípio da Supremacia do Interesse Público, Princípio da Livre Iniciativa e do Livre Exercício do Trabalho. [324]

Vale ressaltar também o deferimento de liminar durante o julgamento da Medida Cautelar da ADPF nº 369/PB,[325] para suspender *ex tunc* os efeitos do Decreto nº 11.981/1987 do Estado da Paraíba, que versava sobre o enquadramento dos cargos do Instituto de Previdência do Estado da Paraíba – IPEP.

De acordo com a decisão, o decreto não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, uma vez permitia o enquadramento de servidores em cargos distintos dos quais originalmente ocupavam e possibilitava a prestadores de serviço da referida autarquia a investidura em cargo efetivo sem a realização de concurso público, sendo suficiente a homologação do Diretor Superintendente da entidade.

Conforme decisão do Ministro Luiz Fux, em que restou clara a ofensa a diversos preceitos fundamentais, citando expressamente, entre eles, a eficiência administrativa, e que assentou serem válidas como parâmetro de controle as

---

[324] BRASIL. STF. ADPF nº 392/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 15/12/2016, DJe 19/12/2016.
[325] BRASIL. STF. MC ADPF nº 369/PB, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 30/06/2017, DJe 30/04/2019.

normas que confiram densidade normativa ou sentido específico a preceitos fundamentais:

> O diploma, dessa forma, dispensou o concurso público tanto para a primeira investidura em cargo público, quanto para o aproveitamento de servidores em cargo de natureza e complexidade distintas do anteriormente ocupado. Essa sistemática de provimento de cargos representa **patente ofensa a preceitos fundamentais da Carta Magna**, dentre eles a isonomia (art. 5º, caput), a moralidade, a impessoalidade e a **eficiência na Administração Pública (art. 37, caput)**, a regra do concurso público e o amplo acesso aos cargos públicos (art. 37, II), derivando todos do princípio republicano (art. 1º), verdadeiro vértice constitucional.[326]

Com objeto semelhante, mas sem referência direta, foi ajuizada a ADPF nº 482/DF,[327] cuja Medida Cautelar foi julgada pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes, deferindo-se a liminar contra decisão proferida pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que havia autorizado a remoção, por permuta nacional, entre membros vinculados de Ministérios Públicos de diversos Estados, do Distrito Federal e de Territórios, em desacordo com a regra do concurso público, prevista no artigo 37, inciso II, do texto constitucional.

### 3.3.3. Inclusão como garantia fundamental à boa Administração

Ainda que não fosse admissível considerar o princípio constitucional da eficiência como preceito fundamental, de forma direta, cuja viabilidade foi confirmada na jurisprudência colacionada, em razão de sua relevância enquanto um dos princípios regentes da Administração Pública, é inegável que por associação indireta do seu conteúdo também haveria de ser reconhecida tal natureza jurídica.

Isso ocorre, porque, conforme já demonstrado nesta dissertação, é possível afirmar que o Princípio da Eficiência e o Direito Fundamental à Boa Administração representam duas perspectivas de um mesmo preceito. Enquanto o primeiro

---

[326] BRASIL. STF. MC ADPF nº 369/PB, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 30/06/2017, DJe 01/08/2017.
[327] BRASIL. STF. MC ADPF nº 482/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 02/10/2017, DJe 04/10/2017.

destaca o aspecto objetivo, o segundo acentuaria o enfoque subjetivo. A importância dessa relação é estabelecer que vincular o Princípio da Eficiência à proteção dos direitos fundamentais o enquadraria como uma das modalidades de preceito fundamental mais aceitas na doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal traz importante previsão ao afirmar que “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Assim, o texto constitucional expressamente estende a proteção conferida aos direitos fundamentais às normas que lhe sejam correlatas. É o caso do princípio da eficiência, que atua como forma de densificação da garantia do cidadão à boa Administração Pública.

Portanto, enquanto o lado objetivo da eficiência administrativa traduziria o modo de atuação do Estado e, também, a orientação do sistema jurídico brasileiro, com vistas à satisfação da boa Administração, de modo a lhe conferir legitimidade e diretriz hermenêutica, a sua dimensão subjetiva caracterizar-se-ia pela exigibilidade dessa condição pelos cidadãos.

De acordo com tal raciocínio, embora não haja previsão expressa, é evidente a sua função de parâmetro de controle de constitucionalidade e, em especial, para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, sempre que houver afronta aos ditames da boa Administração, gozando, assim, da mesma proteção concedida aos direitos individuais, coletivos e sociais em face dos atos praticados pelo Poder Público.

A arguição de descumprimento, como instrumento de controle da atividade administrativa, não poderia olvidar da defesa do princípio constitucional da eficiência, cuja importância mereceu atenção especial da reforma administrativa gerencial, ao nível de decidir por sua inclusão na Constituição Federal como comando superior da Administração Pública.

Vale ressaltar que o princípio constitucional da eficiência, entendido como norteador da atuação do Poder Público, pode ser caracterizado como preceito que, além de capaz de fortalecer o direito à boa Administração, é competente para

garantir o melhor cumprimento a todos os demais direitos fundamentos explícitos ou implícitos na Constituição Federal, garantindo a sua efetividade e ampliando o seu exercício pelos cidadãos.

Essa relação entre os princípios constitucionais da Administração Pública e os direitos fundamentais é o resultado da fusão entre a natureza subjetiva e objetiva de ambos, em que paralelamente os direitos fundamentais passam de simples declarações para mecanismos de limitação do Estado, a fim de alcançar uma proteção efetiva do interesse público.

Assenta-se, por consequência, que independentemente da admissibilidade de que os princípios insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal possam ser considerados diretamente preceitos fundamentais, é manifesto que o atendimento à eficiência administrativa guarda estrita relação com a proteção aos diversos direitos fundamentais e, especificamente, com o direito à boa Administração.

O princípio da eficiência vincula, assim, a própria ação do Estado, de modo a garantir a proteção à afirmação dos direitos insculpidos na Constituição Federal. Surge, dessa forma, um dever de proteção eficiente aos direitos fundamentais. Tal afirmação acarreta o reconhecimento do referido princípio constitucional como parâmetro de controle de constitucionalidade em abstrato dos atos do Poder Público, para efeito de cabimento da arguição de descumprimento.

### 3.3.4. Direitos reflexos

Em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que a utilização do princípio da eficiência como preceito fundamental costuma envolver o desrespeito a outro dispositivo constitucional, cujo conteúdo possa ser considerado como um reflexo ao referido princípio. Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes assevera:

> [...] a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na

> ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a esse princípio.
> Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.[328]

Assim, o princípio da eficiência pode ser tratado como preceito fundamental implícito na consecução de diversos outros preceitos, uma vez que zela pela realização da atividade administrativa da melhor forma possível e, assim, do cumprimento máximo de diversos dispositivos constitucionais, como os direitos fundamentais e os demais princípios regentes da Administração Pública.

No mesmo sentido, tratando especificamente da eficiência administrativa como diretriz normativa e fonte para a declaração de inconstitucionalidade, Alexandre de Moraes explica:

> Lembremos que o princípio da eficiência, enquanto norma constitucional, apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis, atos normativos e condutas positivas ou omissivas do Poder Público, servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária à sua plena e total aplicabilidade.[329]

Dessa forma, ainda que não citado expressamente, o princípio está subentendido no cumprimento de outros preceitos fundamentais. Situação semelhante ocorre com o princípio da legalidade e o preceito da separação de poderes.

Abre-se, ainda, a possibilidade de o Princípio da Eficiência ser invocado juntamente com outros preceitos fundamentais. Tal hipótese ocorreria, por exemplo, quando houvesse desrespeito à competência de agentes públicos de forma reiterada por parte dos órgãos de controle, violando, também, a separação de poderes. Nessa circunstância, haveria a infringência a dois preceitos, quais sejam: a eficiência administrativa e a separação de poderes.

---

[328] MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.
[329] MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 427.

A referida situação foi apontada pelo Ministro Relator Marco Aurélio, durante o julgamento do acórdão que referendou a medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309, do Distrito Federal, em que o regulamento de política pública de acessibilidade foi irregularmente afastado por decisão judicial, conforme trecho a seguir destacado:

> Ato judicial no sentido de impor novo lapso temporal implicou evidente reavaliação de diagnósticos e prognósticos feitos pelo órgão especializado competente para tanto, **resultando na transgressão de preceitos fundamentais como a separação de poderes, o devido processo legal e a eficiência administrativa**. [330] (negritos nossos)

Importante destacar que a eficiência, muitas vezes, faz parte da justificativa empregada para efeito de cumprimento do requisito de relevância necessário ao conhecimento da arguição de descumprimento, que é avaliada juntamente com a noção de subsidiariedade.

Um exemplo dessa situação ocorre quando o Supremo Tribunal Federal constata no caso concreto que a adoção de medidas judiciais individuais poderia afrontar o princípio da eficiência. Isso pode ocorrer sempre que for averiguado que as vias de controle difuso são ineficientes para a efetividade da finalidade almejada, seja por lentidão na resolução do conflito, seja por sobrecarga do Poder Judiciário com lides desnecessárias, resultando, dessa forma, em graves prejuízos à satisfação da demanda e à organização do sistema judiciário. Cita-se, assim, trecho da decisão monocrática proferida no julgamento da medida cautelar da ADPF 478/DF, proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes:

> O cabimento da ADPF será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para a preservação do preceito (ADPF 186/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 20/10/2014). Caso os mecanismos utilizados de maneira exaustiva mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da arguição. **Da mesma forma, como na presente hipótese, se desde o**

---

[330] "PODER DE CAUTELA – JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário. POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE – REGULAMENTAÇÃO – MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES – AFASTAMENTO POR DECISÃO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – ARGUIÇÃO NO SUPREMO – PENDÊNCIA DE APRECIAÇÃO – SEPARAÇÃO DE PODERES – INSEGURANÇA JURÍDICA – LIMINAR REFERENDADA. Envolvida matéria de alta complexidade técnica e pendente de solução em outra arguição formalizada, cumpre suspender decisão judicial a se sobrepor a futuro pronunciamento do Supremo." (BRASIL. STF. MC-Ref. ADPF nº 309/DF, Plenário, Rel. Min. Ministro Marco Aurélio, j. em 25/09/2014, DJe 01/12/2014.)

> **primeiro momento se verificar a ineficiência dos demais mecanismos jurisdicionais para a proteção do preceito fundamental, será possível que um dos legitimados se dirija diretamente ao Supremo Tribunal Federal, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental**. (negritos nossos)[331]

### 3.3.5. Hipóteses de alcance da eficiência como parâmetro de controle para os atos do Poder Público

Analisada a viabilidade do enquadramento da eficiência administrativa como preceito fundamental, a fim de permitir o cabimento da arguição de descumprimento, cabe examinar as hipóteses que dariam origem ao controle dos atos do Poder Público, sob tal fundamento.

A princípio, a violação ao preceito fundamental da eficiência poderia decorrer de quaisquer espécies de atos do Poder Público passíveis de sindicância por essa modalidade de controle de constitucionalidade em abstrato. Ou seja, o seu espectro abrangeria, por exemplo, atos normativos, atos judiciais e atos administrativos materiais, de efeitos concretos.

Alguns filtros seriam igualmente aplicáveis, como a verificação do requisito de subsidiariedade e da relevância da questão abordada na arguição de descumprimento.

Dessa forma, em relação aos atos normativos, pode ser afirmada, em temos gerais, a possibilidade de cabimento, quando houvesse afronta à eficiência administrativa, em caso de inconstitucionalidade de leis municipais e de não recepção de normas anteriores à Constituição Federal de 1988, uma vez que tais situações não são passíveis de controle abstrato de constitucionalidade pelos demais instrumentos de caráter concentrado.

Do mesmo modo, poderia ser declarada a constitucionalidade de leis estaduais, considerando que ação declaratória de constitucionalidade serve apenas para leis federais, bem como a não recepção de normas por emendas

---

[331] BRASIL. STF. MC ADPF nº 478/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 11/09/2017, DJe 12/09/2017.

constitucionais, especialmente, no tocante à Emenda Constitucional nº 19/1998, que incluiu a eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Assim, partindo do pressuposto que é cabível a arguição de descumprimento para tratar de inconstitucionalidade de lei federal, estadual ou municipal anteriores à promulgação de Emenda Constitucional, presume-se que seria possível seu cabimento em face de leis que contrariassem a eficiência do Estado, quando editadas anteriormente ao advento da referida Emenda Constitucional nº 19/1998, em que pese a afirmação doutrinária e jurisprudencial de prévia existência do princípio da eficiência, de forma implícita.

Conforme já citado, fato semelhante ocorreu na análise da ADPF nº 97/PA,[332] que foi julgada parcialmente procedente para declarar a não recepção de Lei Complementar do Estado do Pará, que vinculava os vencimentos dos delegados de polícia a dos procuradores do Estado, em razão da nova redação aos incisos X e XIII do artigo 37, entre outros, da Constituição Federal, atribuída justamente pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

O mesmo ocorreu durante o julgamento da ADPF nº 446/MT.[333] No acórdão, foram questionadas leis estaduais que previam regime previdenciário para deputados estaduais do Mato Grosso, em razão do advento da Emenda Constitucional 20/1998, que limitou a adesão a regimes próprios de previdência

---

[332] BRASIL. STF. ADPF nº 97/PA, Plenário, Min. Rel. Rosa Weber, j. em 21/08/2014, DJe 30/10/2014.

[333] CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS 5.085/86, 6.243/93, 6.623/95, 7.498/01, 7.960/03 E 9.041/08, DO ESTADO DE MATO GROSSO. [...] **1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a via adequada para impugnação conjunta de atos normativos anteriores e posteriores à edição dos preceitos constitucionais que são invocados como parâmetros de controle. 2. A Emenda Constitucional 20/98 limitou a filiação aos regimes próprios de previdência apenas a servidores titulares de cargo efetivo, bem como vedou a criação de regimes previdenciários alternativos, em benefício de categorias determinadas.** 3. Os agentes políticos, no exercício de mandato, desempenham cargos públicos temporários, de modo que se submetem à filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social, a teor do disposto no art. 40, §13, da Constituição Federal, incluído pela EC 20/18. **4. A existência de regime previdenciário específico para os deputados estaduais de Mato Grosso, com condições mais vantajosas que aquelas definidas no RGPS, importa violação aos princípios republicano, da igualdade, da moralidade, da razoabilidade e da impessoalidade.** 5. Medida cautelar confirmada e arguição julgada parcialmente procedente, com modulação dos efeitos da decisão, para resguardar os pensionistas que, até a data da publicação da decisão que deferiu a medida cautelar, já percebiam os benefícios previdenciários previstos nas leis invalidadas. (BRASIL. STF. ADPF nº 446/MT, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 04/10/2019, DJe 17/10/2019, negritos nossos).

somente aos servidores titulares de cargo efetivo, além de vedar a criação de outros regimes previdenciários para determinadas categorias.

Outra hipótese relevante seria uma emenda constitucional apresentar uma previsão ou procedimento mais eficiente do que seria até então disposto na legislação, tornando as antigas normas desatualizadas. Seria cabível *prima facie* a ADPF para questionar a legislação ordinária, com fundamento no princípio da eficiência.

Ressalta-se que para o cabimento da arguição em face de decisões judiciais, seria necessária a existência de diversas decisões conflitantes, que acarretassem grande insegurança jurídica.

Isso porque, de acordo com o requisito de subsidiariedade, a princípio, não se poderia utilizar da arguição de descumprimento para impugnar decisão judicial única, da qual seria cabível recurso.

Raciocínio semelhante tenderia a ser usado para as decisões administrativas e proferidas por outras instâncias de controle, como os Tribunais de Contas, uma vez que essas decisões poderiam ser objeto de mandado de segurança ou outra ação judicial pertinente ao tema em questão, como, por exemplo, ação popular, ação civil pública e *habeas data*.

No entanto, há exceções a essa regra. Se, dada à extrema relevância do tema arguido, bem como ao risco iminente e grave de que possíveis demandas semelhantes venham a sobrecarregar o Poder Judiciário, verifica-se igualmente uma hipótese de perturbação da segurança jurídica e, assim, segundo arbítrio do Supremo Tribunal Federal, passível de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A arguição de descumprimento seria, também, possível em face de decisões judiciais contra procedimentos de licitação, principalmente, em decorrência de regras dos sistemas que aleguem ser mais eficientes, ainda que haja regra legal disciplinando. Porém, se houver previsão na legislação, as referidas decisões implicarão igualmente em ofensa ao princípio da legalidade administrativa.

Situação fática que demonstra bem essa descrição aconteceu com o desenvolvimento do pregão eletrônico. Embora a mencionada modalidade de licitação seja regulada pela Lei nº 10.520/2002, que dispõe em seu artigo 4º, incisos VIII e IX,[334] sobre o critério de seleção obrigatório para os licitantes aptos a participar da fase de lances, verifica-se que os sistemas pregão eletrônico, lastreados em decreto ou não, incluem os licitantes classificados na fase de lances, independentemente da diferença entre o valor ofertado, de maneira a permitir maior competição na disputa e evidente redução dos preços.

A mudança tem por fundamento a agilidade do pregão eletrônico em comparação com o presencial, possibilitando o lançamento simultâneo de valores pelos participantes, enquanto a modalidade presencial exigia que os lances fossem verbais e sucessivos, nos termos da previsão contida na Lei nº 10.520/2002. Se a mesma regra do sistema eletrônico fosse aplicada ao pregão presencial, seria nítido o prejuízo à celeridade do certame, o que não ocorre no procedimento eletrônico.

Outra situação que, em tese, permitiria o uso da arguição de descumprimento em caso de decisões conflitantes ou de grande relevância seria a ocorrência de decisões judiciais ou dos demais órgãos de controle sobre procedimentos de cobrança fiscal que isentassem de ação de cobrança, por ineficiência da medida, considerando o valor da isenção excessivo ou sem fundamento econômico.

Portanto, verifica-se que embora tenha se estudado toda a amplitude do Princípio Constitucional da Eficiência, parece que, para efeito de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o seu sentido é constantemente reduzido às ideias de economicidade e celeridade, mais facilmente averiguadas, com base em meios e resultados apresentados.

Por outro lado, a eficiência administrativa tomada em sua concepção mais ampla também implicaria no desrespeito a outros princípios, especialmente, aqueles constantes do artigo 37 da Constituição Federal, o que pode ser de suma

---

[334] Art. 4º. [...] VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor; IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

importância para análise dos direitos reflexos considerados para efeito de cabimento da arguição.

De um modo geral, todos os atos que atribuam concretude ou que visem ao controle de procedimentos novos, seriam, desde que obedecidos outros requisitos processuais, impugnáveis via arguição de descumprimento, quando fundada na ineficiência administrativa tanto do próprio procedimento quanto da decisão que o revogou ou invalidou.

Como visto, esses procedimentos poderiam ser referentes a licitações e contratos administrativos, a processos de isenção ou anistia fiscal, bem como para o reconhecimento de dívida ativa. Além disso, estariam ainda abarcados os procedimentos que estabelecessem critérios diferenciados de prova para concurso público ou requisitos para cobranças administrativas e judiciais indevidas que pudessem causar morosidade e prejuízos financeiros.

Ainda, conforme se explanou quando analisados o controle da eficiência e a responsabilidade dos agentes, diversos temas do cotidiano administrativo poderiam ser arguidos com base no princípio da eficiência, como a nomeação e exoneração de agentes públicos, incluindo-se servidores efetivos, estáveis ou não, em comissão e empregados públicos.

Temas diversos como controle da Administração Público e avaliação de desempenho institucional, inclusive quando implicar em responsabilização são frequentemente associados ao preceito da eficiência administrativa, assim como o seu detalhamento, por meio de alcance de metas ou a instituição de objetivos desarrazoados, que venham a caracterizar omissão administrativa, como na falta de manutenção de políticas ou mesmo de serviços, culminando em prejuízos futuros.

Da mesma forma, envolve todo o planejamento e a análise de riscos, a fim de evitar retrabalhos ou uso desnecessários de recursos, como compras, serviços e obras de alto custo cuja exigência de qualidade seja injustificada. Inclui, ainda, questões como a falta de adaptação à evolução tecnológica e a necessidade de elaboração de estudo de impacto regulatório para a edição de qualquer ato normativo, nos termos da recente Lei nº 13.874/2019.

Para que o parâmetro de controle da arguição de descumprimento seja exclusivamente decorrente da eficiência administrativa na hipótese mencionada, considerar-se-ia importante que não existisse lei expressa sobre a matéria tratada, principalmente, por três motivos distintos.

O primeiro decorreria de que o preceito fundamental atacado seria a própria legalidade e não somente a eficiência. O segundo é que se a divergência deriva de norma, pode resultar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade, por retirar o caráter de subsidiariedade, salvo se questionada lei municipal ou anterior à Constituição. O terceiro motivo é a relação de complementariedade entre legalidade e eficiência, que resulta em uma legalidade finalística, o que poderia evitar a aplicação da medida mais eficiente quando fosse vedada pela legislação.

Além disso, como já tratado, a análise do Princípio da Eficiência possui tal importância para as arguições de descumprimento que a própria verificação do requisito de subsidiariedade, necessário ao cabimento desse instrumento de controle, pode ser consequência direta da afronta à eficiência judicial, como, por exemplo, no caso de decisões judiciais conflitantes, que inutilizem sua eficácia, a ponto de requerer provimento do Supremo Tribunal Federal, conforme consta na seguinte jurisprudência:

> A ADPF sempre será cabível quando não existir, para a hipótese in concreto, qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, estando **observado o princípio da subsidiariedade desde que, ab initio, verificar-se a inutilidade e ineficiência das vias judiciais ordinárias para a preservação dos preceitos fundamentais desrespeitados** (ADPF 186/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 20/10/2014; ADPF 13-1, Rel. Min. ILMAR GALVÃO; ADPF 15-7/PA, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA)[...][335]

Ficam, assim, elencadas as principais hipóteses de aplicação da eficiência administrativa como parâmetro de controle para efeito de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

---

[335] BRASIL. STF. ADPF 568/PR e Reclamação Constitucional nº 33.667, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 17/09/2019, DJe 19/09/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341176810&ext=.pdf>. Acesso em 30 nov. 2019.

# CONCLUSÃO

Inicialmente, buscou-se delimitar a aplicação do Princípio da Eficiência, inserido no artigo 37 da Constituição, após a Emenda Constitucional nº 19/1998. Assim, foi possível verificar o seu conceito jurídico, concluindo-se que a eficiência, nesse sentido, pode ser definida como a realização de melhor desempenho possível, em busca da qualidade da atuação administrativa, a partir da excelência no uso racional dos meios e do atingimento dos resultados ao máximo.

Analisou-se ainda as diferenças entre eficiência, eficácia e efetividade, além de sua integração quanto à densidade do conteúdo previsto no princípio da eficiência. Dessa forma, o sentido jurídico pleno de eficiência pressupõe o cumprimento das metas propostas e o alcance do devido impacto da medida, compreendendo assim a eficácia e a efetividade.

Apresentou-se o contexto histórico da reforma administrativa gerencial no Brasil, de modo a constatar que a reforma administrativa gerencial foi marcada pela busca da eficiência e da melhoria de gestão, com o aproveitamento de práticas da iniciativa privada. Qualifica-se ainda por visar ao incremento da participação democrática, mediante o controle social, da avaliação de desempenho, com foco no controle de resultados, além da descentralização administrativa, por meio de contratos de gestão. Trata-se, assim, de uma resposta ao regime burocrático então vigente.

No Brasil, procurou-se atribuir um novo desenho institucional, inovando-se nos métodos de gestão e controle, eliminando-se o excesso de formalismos e voltando-se para a participação social e a qualidade dos serviços públicos. Dessa forma, a reforma gerencial brasileira promoveu inúmeras alterações legislativas e, em especial, deu origem à Emenda Constitucional nº 19/1998, bem como almejou uma mudança cultural para uma visão gerencial, enfatizando a autonomia do gestor e a análise de seus resultados.

Por todo o exposto, verificou-se que o Princípio Constitucional da Eficiência se tornou parte integrante do regime jurídico administrativo, seja ao estabelecer

diretrizes para a atuação do agente público, seja pela repercussão direta na legislação, com a crescente presença de dispositivos que expressa ou implicitamente busquem a eficiência administrativa.

Assim, a necessidade de modernização da máquina pública implica em repensar a organização administrativa, aprimorando sua estrutura e atividade de modo eficiente. Para tanto, há uma série de vetores, dentre os quais se destacam a transparência, a celeridade, a economicidade e a sustentabilidade, além da prevenção e do combate à corrupção.

Preocupou-se, outrossim, com a aplicação direta dos princípios, ao tentar entender o avanço dos critérios de avaliação da discricionariedade do agente público. De modo que a análise acerca da conveniência e oportunidade do ato administrativo também deve ser pautada pela obediência aos princípios constitucionais, utilizando-se critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Não se pode deixar que o juízo de discricionariedade seja transformado em verdadeira arbitrariedade do agente público, considerando que este deve zelar pela manutenção do regime de Estado Democrático de Direito.

Tratou-se, igualmente, da relação entre os Princípios da Legalidade e da Eficiência, demonstrando que ambos não são excludentes, mas complementares, na medida em que a eficiência deve orientar a produção e a aplicação das normas, atribuindo-lhe legitimidade e um caráter finalístico. Assim, a Administração Pública não deve aplicar as regras indiscriminadamente, mas de maneira racional, buscando o interesse público. Ademais, a norma deve possuir real aptidão para cumprir eficientemente o objetivo que a motivou.

Em seguida foi abordada sua relação com o direito fundamental à boa Administração, chegando-se à conclusão de que os direitos fundamentais e os princípios objetivos do Estado são semelhantes e complementares, ao possuírem um viés subjetivo e objetivo que permite simultaneamente o exercício do direito pelos cidadãos e o parâmetro norteador da atuação e estrutura da Administração Pública. Assim, percebeu-se que o viés subjetivo do princípio da eficiência poderia ser considerado um direito fundamental, com abrangência análoga ao da boa Administração.

Analisou-se, ainda, a evolução do controle da atuação administrativa, especialmente, no tocante à verificação dos resultados e de sua legitimidade. Do mesmo modo, foi abordada a importância dos instrumentos de controle para um funcionamento administrativo mais eficiente, incluindo-se o aperfeiçoamento de seus próprios mecanismos.

Após, objetivou-se delimitar o controle da eficiência administrativa, analisando-se sua aplicação prática e extensão da responsabilidade do Estado e de seus agentes, apresentando-se jurisprudência sobre o tema.

Dessa forma, persiste a necessidade de uma configuração normativa que apresente critérios mais objetivos e razoáveis de controle sobre a atuação discricionária do agente público, até para o seu próprio resguardo. Por isso, é fundamental estabelecer os parâmetros de incidência do Princípio da Eficiência, ou seja, determinar quais são os seus comandos diretamente derivados.

No segundo capítulo, foi realizada a análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ressaltando o histórico de sua inclusão na Constituição Federal de 1988 e sua regulamentação legal, objeto de veto e de questionamento de inconstitucionalidade, ainda pendente de julgamento.

Também foram apresentados os seus principais aspectos processuais, como a questão da legitimidade ativa e passiva, concluindo-se, no caso da primeira, pela escolha de legitimados específicos em rol taxativo, nos mesmos moldes da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, analisando-se requisitos especiais, como a necessidade de alguns legitimados demonstrarem a pertinência temática.

A proposta que inicialmente permitia a qualquer cidadão propor diretamente a arguição foi vetada pelo então Presidente da República, alegando-se, principalmente, o volume excessivo de demandas que seriam direcionadas ao Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, aos interessados não legitimados restou apenas a possibilidade de representar ao Procurador-Geral da República, a fim de requerer a propositura da arguição de descumprimento, conforme previsão contida no artigo 2º, §1º, a Lei nº 9.882/1999.

Além disso, foram abordados requisitos processuais específicos como a subsidiariedade e a relevância da controvérsia para efeito de conhecimento da arguição. Apresentaram-se os possíveis atos que podem ser impugnados, considerando o alcance da expressão *ato do Poder Público*, presente no *caput* do artigo 1º do referido diploma regulamentador.

Nesse sentido, restou demonstrado que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é um dos mais importantes instrumentos de controle dos atos do Poder Público. Isso porque é o único que permite o controle concentrado de constitucionalidade das mais variadas espécies de atos estatais, como, por exemplo, os atos normativos, as decisões judiciais e os atos administrativos de cunho material. Além disso, a arguição de descumprimento destaca-se dos demais mecanismos de controle da Administração Pública porque possibilita de uma só vez a impugnação de múltiplas medidas que afrontem a preceito fundamental decorrente da Constituição Federal, uma vez que a decisão do Supremo Tribunal Federal possuirá eficácia *erga omnes.*

Por fim, no terceiro capítulo, que deu origem ao título da presente dissertação, buscou-se aplicar as ideias desenvolvidas nas premissas anteriores, a fim de demonstrar a possibilidade de considerar a eficiência da Administração Pública como preceito fundamental, para efeito de cabimento da arguição de descumprimento.

Trata-se de hipótese nada ou, ao menos, pouco explorada na doutrina, que permite análise desse princípio constitucional da Administração Pública diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, em face de atos normativos que não podem ser impugnados pelas ações diretas de constitucionalidade e, principalmente, de outras espécies de atos, como decisões judiciais e medidas administrativas, desde que respeitados os demais requisitos de cabimento da ADPF.

Para tanto, no derradeiro capítulo, procurou-se trazer o conceito de preceito fundamental e exemplificar quais os objetos que se poderiam enquadrar nessa classificação. Houve, ainda, uma abordagem sobre a utilização de conceitos indeterminados, suas vantagens, problemas e desafios.

Finalmente, concluiu-se pela possibilidade de utilização da eficiência administrativa como fundamento para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Assim, conforme foi explanado, a designação de preceito fundamental abrange muito mais do que os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, as demais cláusulas pétreas e os princípios sensíveis.

É reconhecida essa natureza a diversos outros dispositivos, incluindo-se o Título III que trata da organização do Estado. Dessa forma, o *caput* do artigo 37 da Constituição é claramente incluído nessa classificação, de modo que os princípios constitucionais da Administração Pública, como demonstrado por meio de precedentes judiciais, são tipicamente preceitos fundamentais.

Ocorre que, ainda que não fosse reconhecida diretamente a inclusão de outros preceitos fundamentais além dos princípios, direitos e garantias nomeadamente fundamentais, das demais cláusulas pétreas e dos princípios sensíveis, há possibilidade de garantir a defesa da eficiência administrativa, por meio da arguição, utilizando-se do seu caráter subjetivo que a aproxima da condição de direito fundamental à boa Administração, nos termos do artigo 5º, §2º, do texto constitucional, ao dispor que “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A partir da verificação do enquadramento da eficiência da Administração como preceito fundamental, passou-se à análise das conjecturas em que seria possível sua aplicação. Foram apresentados julgados, com casos práticos a respeito, e relacionados os atos que possibilitam o controle via arguição, os quais já haviam sido explicados quando da análise do objeto da arguição, entendido como ato do Poder Público.

Sob este prisma, a avaliação da eficiência compreende o próprio mérito da atuação, passando pelas estruturas e procedimentos, até o resultado efetivamente alcançado. Pretendeu-se, assim, a caracterização bem definida de um regime de

direito orientador da atividade administrativa, de forma a preservar a segurança jurídica sobre os procedimentos da Administração Pública.

Outro aspecto estudado se refere à rigidez e à complexidade em excesso de algumas normas que disciplinam os procedimentos administrativos. Dessa forma, é imprescindível manter a prudência e a coerência em seu sistema de responsabilização, para que a atribuição descomedida de obrigações aos agentes púbicos não paralise a atividade da Administração Pública, de modo a causar despesas desnecessárias e, assim, os mesmos prejuízos que procurou evitar ao Erário.

Assim, o presente trabalho buscou apresentar as principais consequências jurídicas do controle de constitucionalidade da eficiência administrativa, prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, por meio de parâmetros mais objetivos e, também, de sua caracterização como direito fundamental à boa Administração.

Em um período de intensificação de antigos anseios sociais, que clamam pela eficiência da Administração Pública, foi de extrema importância verificar a relação entre controle e eficiência, a fim de conferir concretude à enunciação principiológica, oriunda da reforma administrativa gerencial.

Portanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental zela pela preservação da ordem constitucional em face de atos estatais, de natureza normativa ou não, que violem princípios ou regras responsáveis pela definição e limitação de poderes do Estado, como é o caso dos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente, do princípio da eficiência. Restou demonstrada, assim, a hipótese proposta por esta dissertação, com a sua contribuição para a evolução do tema.

# REFERÊNCIAS


ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Princípio da Eficiência**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, 2004, p. 1-6. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44361/44784>. Acesso em 8 out. 2019.

ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out-dez 2005, p. 1-25. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=67>, acesso em 5 out. 2019.

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008.

_____. **Direitos Humanos**: Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Liberdade e contrato**: a crise da licitação. 2ª ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999.

_____. O Nó Górdio do Sistema Misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Simplificação do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/simplificacao-do-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 02 dez 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional** – Tomo III. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. **A argüição de descumprimento de preceito fundamental e a avocatória.** Revista Jurídica Virtual. Brasília, v. 1, nº 8, janeiro 2000, p. 1. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/ 1080/1063>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BEÇAK, Rubens. **As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/rubens_becak.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2019.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurelio Nogueira. 6ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, Brasília: ENAP, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BUZAID, Alfredo. **"Juicio de amparo" e mandado de segurança** (contrastes e confrontos). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 56, n. 1, p. 172-231, 1º jan. 1961. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66387/68997>. Acesso em: 08/11/2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed., 9 reimp., Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: lineamentos básicos e revisão crítica no Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DUTRA, Carlos Roberto Alckmin. **Controle de Constitucionalidade**: análise dos princípios processuais aplicáveis. São Paulo. Saraiva, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Olavo A. V. Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 2ª ed, São Paulo: Método, 2005.

FIX-ZAMUDIO, Héctor; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El derecho de amparo en el mundo**. 1ª ed. México D.F.: Editorial Porrúa, 2006.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas:** concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2008

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**: algumas considerações. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Ensaio sobre a determinação da responsabilidade administrativa pelo Princípio da Eficiência: graus de omissão e concorrência culposa do lesado. p. 295-306 In: LEITE, George Salomão. **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Método, 2008.

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: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/view/59/91>, acesso em 10 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novo referencial no Direito Administrativo**: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública. In: Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006, Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/06/ebook-10-artigos-controle-administracao-publica-selecao.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. **Comentários sobre a lei da segurança jurídica e da eficiência**: lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

PASCARELLI FILHO, Mario. **A nova Administração Pública**: profissionalização, eficiência e governança. São Paulo: DVS Editora, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação.** 1ª ed. São Paulo: Editora NDJ, 2012.

QUINTILIANO, Leonardo David. **Direitos sociais e vinculação do legislador**: as reformas previdenciárias e seus limites constitucionais no Estado Social e de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamentos do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. P. 198-238. São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. p. 85-108. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, Antonio de Moraes. **Diccionario da Lingua Portugueza**. 8 ed. rev. e melhor. Empreza Litteraria Fluminense: Rio de Janeiro: 1890. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242523>. Acesso em: 08/11/2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em Busca de uma Administração Pública de Resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto (Coord.). **Controle da Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TÁCITO, Caio. **O contrôle da Administração e a nova Constituição do Brasil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 90, p. 23-29, jul. 1967. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30641>. Acesso em: 17 Jun. 2019.

TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Tratado da argüição de descumprimento de preceito fundamental**: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOBIAS, Raquel Cristina Marques. **O conceito de "preceito fundamental" na arguição de descumprimento de preceito fundamental – Lei 9.882/99**: à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. Águas de São Pedro: Livronovo, 2012.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessôa. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade:** atualizado conforme as Leis 9.868 de 10/11/1999 e 9.882 de 03/12/1999. 2ª ed. rev., atual. e amp.. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.